

UNIVERSITÉ PANTHÉON – ASSAS (PARIS II)
(École doctorale de droit)

UNIVERSITÉ ST-JOSEPH (BEYROUTH)
(Faculté de droit et des sciences politiques)

Thèse en cotutelle

CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES ET INTÉRÊT SOCIAL
EN DROIT COMPARÉ
(Liban – France – USA)

Thèse de Doctorat en droit
présentée et soutenue publiquement
le 4 mars 2011 par

Saba K. ZREIK

Jury:

- M. Philippe MERLE** : **Directeur de thèse**
Professeur émérite de l'Université Panthéon – Assas
(Paris II)
- M. Richard CHEMALY** : **Co-directeur de thèse**
Professeur à la Faculté de droit et des sciences politiques
(USJ, Beyrouth), Doyen honoraire.
- M. Jean-Jacques DAIGRE** : Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Paris I)
- M. Georges NAFFAH** : Professeur à l'Université Libanaise, École doctorale,
(Filière francophone de droit)

L'UNIVERSITÉ PANTHÉON – ASSAS (PARIS II), École doctorale de droit, et L'UNIVERSITÉ ST-JOSEPH (BEYROUTH), Faculté de droit et des sciences politiques n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer ma sincère gratitude à mes éminents professeurs : Philippe Merle, qui, voilà plus de trente cinq ans, a éveillé en moi un penchant certain pour le droit des sociétés, qui est devenu par la suite mon pain quotidien, et Richard Chemaly, qui m'avait suivi dans mes travaux pratiques en droit commercial, consolidant aussi ce penchant, d'avoir bien voulu accepter de co-diriger ma thèse.

Je remercie également ma famille (épouse, enfants et petits-enfants) d'avoir toléré que je vaque à cette entreprise au prix de maintes privations qu'elle a dû subir.

* * *

Résumé

L'intérêt social est la raison d'être principale de la réglementation des conventions réglementées. Il est délimité par des intérêts voisins et par l'intérêt personnel abrité par ces conventions, dont le jeu conflictuel peut léser la société. L'existence d'un conflit et de sa justification peuvent être présumées. L'intérêt social est désormais celui de l'entreprise vue dans son contexte économique large. Un intérêt de groupe est distinctement reconnu. La qualification des conventions sert à identifier celles qui doivent être contrôlées. La mise en œuvre de la protection de l'intérêt social s'opère à travers la prévention des conflits d'intérêts, moyennant une révélation de l'intérêt personnel. Cette révélation déclenche la procédure d'appréciation par les organes sociaux concernés. Des garanties législatives et jurisprudentielles assurent la primauté de l'intérêt social, par la limitation de l'exercice de certains droits et par l'application judiciaire stricte du respect des obligations légales qui pèsent sur les intéressés. La convention frauduleuse est nulle. Celle non autorisée qui est préjudiciable à la société est annulable; et ses conséquences sont supportées par l'intéressé qui engage sa responsabilité civile et même parfois sa responsabilité pénale. La comparaison du traitement de ce sujet dans les trois systèmes juridiques libanais, français et américains a dévoilé des failles dans les deux premiers ; des projets de réforme sont proposés.

Descripteurs

Intérêt personnel, équité intrinsèque, jugement d'affaires, rémunération, avantage particulier, commission aux conventions, qualification, révélation, rapport spécial, obligation fiduciaire, transparence, responsabilité, ABS.

Title

Related party transactions and corporate interest in comparative law (Lebanon, France, USA).

Abstract

The corporate interest is the main reason behind the regulation of related party transactions. Its limits are defined by similar interests and the personal interest embodied in these transactions. The inter-action of these conflicting interests may harm the company. The existence of a conflict and of its justification may be presumed. The corporate interest is from now on that of the enterprise seen within its wide economic context and the interest of a group of companies is distinctively acknowledged. The qualification of those transactions helps identify those that are subject to scrutiny. The protection of the corporate interest is achieved by the prevention of the conflicts of interests through the disclosure of the personal interest. This disclosure triggers the concerned corporate bodies' evaluation process. Legislative and jurisprudential guarantees ensure the predominance of the corporate interest through limitations on the exercise of certain rights and a strict judicial enforcement of legal duties laid on the interested party. The fraudulent transaction is void. The unauthorized one that is damaging to the company is voidable and its consequences are assumed by the interested party who may be exposed to civil and, sometimes, criminal liability. The comparison of the treatment of this subject in the Lebanese, French and American legal systems revealed the weaknesses in the first two; amendment proposals are made.

Keywords

Personal interest, intrinsic fairness, business judgment, remuneration, private advantage, transactions, transactions committee, qualification, disclosure, special report, fiduciary duty, liability, waste of corporate assets.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Al Adl	Revue du Barreau de Beyrouth
ALI PCG	American Law Institute Principles of Corporate Governance (Principes de gouvernement d'entreprise)
AMF	Autorité des marchés financiers
Art.	Article
BCNCC	Bulletin du Conseil national des commissaires aux comptes
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation - chambres civiles
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Bull. Joly	Bulletin Joly sociétés
CA	Cour d'appel
CE	Conseil d'Etat
Cass. com.	Arrêt d'une chambre commerciale de la Cour de cassation française
Cass. crim.	Arrêt d'une chambre criminelle de la Cour de cassation française
Cass. soc.	Arrêt d'une chambre sociale de la Cour de cassation française
C.civ.fr.	Code civil français
C.com.fr.	Code de commerce français
C.com.lib.	Code de commerce libanais
C.com.lib.ann.	Code de commerce libanais annoté (C. Fabia et P. Safa).
CMCL	Code de la monnaie et du crédit libanais
CNCC	Compagnie nationale des commissaires aux comptes
COCL	Code des obligations et des contrats libanais
COB	Commission des opérations de bourse
C.pén.fr.	Code pénal français
C.pén.lib.	Code pénal libanais
DCLA	Delaware Corporation Laws Annotated
DH	Dalloz recueil hebdomadaire
DS	Dalloz-Sirey, recueil de doctrine, de jurisprudence et de législation
fr.	Français
Hatem	Recueil de jurisprudence Hatem
IAS	International Accounting Standards
JCP	Juris-Classeur périodique

JS	Journal des sociétés
L.	Loi
LCCG	Lebanese Code of Corporate Governance
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
lib.	Libanais
LLC	Limited Liability Company (Société à responsabilité limitée)
POEJ	Proche-orient études juridiques - Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques de Beyrouth
Rép. soc.	Répertoire sociétés Dalloz
Rev. soc.	Revue des sociétés
RJC	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJL	Revue judiciaire libanaise
RMBCA	Revised Model Business Corporation Act
RTDC	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Recueil de jurisprudence Sirey
SA	Société anonyme de type classique
SACS	Société anonyme avec conseil de surveillance et directoire (structure dualiste)
SARL	Société à responsabilité limitée
SAS	Société par actions simplifiée
SEA	Securities Exchange Act
SEC	Securities and Exchange Commission
SOA	Sarbanes-Oxley Act
T. com	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance
TPI	Tribunal de première instance
USA	Etats-Unis d'Amérique

<u>SOMMAIRE</u>		<u>Page</u>
<u>INTRODUCTION</u>		9
<u>PREMIÈRE PARTIE: L'INTÉRÊT SOCIAL, RAISON D'ÊTRE PRINCIPALE DE LA RÉGLEMENTATION DES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES</u>		29
Titre 1	<u>Délimitation de l'intérêt social</u>	31
	Chapitre 1 Définition des intérêts en jeu	32
	Section 1 Intérêt social et intérêts voisins	32
	Section 2 Intérêt social et intérêts concurrents	42
	Chapitre 2 Jeu conflictuel des intérêts	53
	Section 1 Conditions de l'existence d'un conflit	53
	Section 2 Preuve de l'existence d'un conflit	58
Titre 2	<u>Champ de confrontation avec l'intérêt social</u>	73
	Chapitre 1 Actes juridiques visés par les trois réglementations	74
	Section 1 Diversité des actes juridiques visés	74
	Section 2 Qualification des actes juridiques visés	129
	Chapitre 2 Personnes intéressées à l'acte juridique réglementé	152
	Section 1 Personnes intéressées agissant directement	152
	Section 2 Personnes intéressées agissant indirectement	182
<u>DEUXIÈME PARTIE: LA MISE EN OEUVRE DE LA PROTECTION DE L'INTÉRÊT SOCIAL EN MATIÈRE DE CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES</u>		219
Titre 1	<u>Prévention des conflits d'intérêts</u>	220
	Chapitre 1 Révélation de l'intérêt personnel	221
	Section 1 Acteurs de la révélation	221
	Section 2 Étendue de la révélation de l'intérêt personnel	236
	Chapitre 2 Appréciation de l'intérêt social dans les conventions	250
	Section 1 Décision des organes sociaux	250
	Section 2 Effets de la décision sur les conventions	300
Titre 2	<u>Garanties de la primauté de l'intérêt social</u>	313
	Chapitre 1 Garanties législatives et jurisprudentielles	314
	Section 1 Exceptions aux principes généraux du droit	314
	Section 2 Obligations inspirées des règles de gouvernement d'entreprise	349
	Chapitre 2 Sanctions de l'atteinte à l'intérêt social	370
	Section 1 Mise en cause de l'acte juridique préjudiciable à la société	370
	Section 2 Mise en cause de la responsabilité personnelle des violateurs de la réglementation des conventions	406
<u>CONCLUSION</u>		457
<u>LISTE BIBLIOGRAPHIQUE</u>		460
<u>LISTE CHRONOLOGIQUE DE JURISPRUDENCE</u>		475
<u>TABLES DES ANNEXES</u>		487
<u>TABLES DES MATIÈRES</u>		546

« Nul serviteur ne peut servir deux maîtres ; car, ou il haïra l'un et aimera l'autre ; ou il s'attachera à l'un et méprisera l'autre.

Vous ne pouvez servir Dieu et Mammon »

St. Luc XVI, 13

INTRODUCTION

La société commerciale ne jouissant d'aucune faculté divine, St. Luc ne saurait être déçu outre mesure si le dirigeant d'une telle société, ou l'un de ses associés, se servait du patrimoine social sans veiller à maintenir un certain équilibre avec l'intérêt social. Une régulation se forge à coup de lois et règlements qui ne cessent d'affluer. Des préoccupations presque contradictoires font créer des normes et directives côtoyant des textes de lois, simples ou compliqués, clairs ou ambigus, mariés à des jurisprudences qui balancent entre le traditionnel, qui est rigoureux et conservateur, et le progressiste, qui se veut flexible et libéral, à l'image de la société civile et celle du monde des affaires entreprenant. L'élaboration d'une telle régulation met en valeur, entre autres, une meilleure transparence financière à travers une communication plus importante aux associés et aux commissaires aux comptes, et un contrôle plus permanent et étroit du comportement des organes sociaux, et surtout des dirigeants.

Il s'agit de protéger et la société et ses associés, sans ignorer les tiers de bonne foi. Un assainissement généralisé s'opère à travers la moralisation des pratiques commerciales et l'institutionnalisation de l'intégrité des mandataires sociaux. Des obligations relevant du droit naturel inspirent celles du droit positif subjectif.

Faut – il donner à l'initiative privée plus d'espace ? ou la sacrifier sur l'autel de ces géants, pour ne pas dire ces monstres, que sont les multinationales qui drainent l'épargne publique ? Faut – il freiner des ambitions personnelles rien que pour valoriser l'intérêt social ? Cette dernière notion a fait couler beaucoup d'encre et ne semble pas être appréciée de la même manière par tout le monde.

Une chose est sûre et c'est que la personnalité morale de la société est une fiction¹ créée par la loi ; c'est une « *creature of the law* »². Elle jouit d'une autonomie par rapport aux associés ; une autonomie émanant de l'*affectio societatis* et consacrée par le contrat de société. Cette personnalité morale possède des droits³, et assume des obligations comme si elle était une personne physique. La société a donc un intérêt propre qui est différent de celui de ses associés. Cet intérêt, qu'on confondait jadis peut-être avec l'intérêt commun des associés, acquiert de nos jours une certaine autonomie, mise en relief par la nécessité de le protéger contre les abus des dirigeants ou associés indéclicats dont les agissements ont été à

1. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, Précis Dalloz, 14^e éd., Dalloz, 2010, n° 75, p. 110 : personnalité morale : « Réalité ou fiction ».

2. L. Solomon et A. Palmiter, Corporations, 3^e éd., Aspen Law & Business, New York, USA, 1999, § 1.1.2, p. 7.

3. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 75, p. 109 : « la personnalité morale doit alors être dotée de tous les droits qui lui sont nécessaires pour que la société accomplisse sa mission ».

l'origine de scandales financiers retentissants. Ce genre de scandales (ou de scandales politico-financiers) semble être toujours à la base des « retouches » législatives¹ qui sont entreprises d'une manière accélérée, les atouts devenant beaucoup plus substantiels. Ces scandales menacent les investissements dans une ère de privatisation croissante.

Mais est-ce que la poursuite d'un intérêt personnel est toujours opposée à l'intérêt social ? Cette opposition crée-t-elle dans tous les cas un conflit d'intérêts préjudiciable à la société ? Autant de questions qui ont alimenté nos recherches en quête de réponses satisfaisantes.

La société, personne morale, est habilitée à contracter avec autrui, y compris ses associés et dirigeants. La conclusion de conventions entre une entité et l'un de ses dirigeants ou l'un de ses membres... est « inévitable »². La société peut avoir avec ceux-là des rapports de droit, devenir leur créancière ou leur débitrice comme s'ils étaient des tierces personnes³.

Il est normal que les rapports de droit créés dans une convention, qui peuvent être noués entre la société et les parties qui sont censées la protéger, et qui peuvent générer des abus dont la société devient victime, soient une des préoccupations principales du législateur. Ainsi, c'est une question de principe, un dirigeant « partagé entre son intérêt personnel et les devoirs de sa charge »⁴ ne devrait point faire prévaloir cet intérêt sur celui de la société qu'il dirige et dont il est mandataire. « Nemo in rem suam auctor esse potest » : nul ne pouvant officier en sa propre cause⁵. Le conflit entre ces deux intérêts ne doit point être « résolu au détriment » de la société⁶. Un associé prédominant ne peut non plus profiter du poids que sa quote-part du capital fait peser sur les décisions sociales pour se faire accorder des avantages ou des valeurs aux dépens de sa société. Méfiant envers le « risque d'abus et de complaisance » que des conventions conclues entre un administrateur et sa société pourraient créer, et envers les conséquences « préjudiciables aux intérêts de la société » qui pourraient en résulter, le législateur a voulu faire subordonner ces conventions « à certaines conditions en vue d'assurer la protection desdits intérêts »⁷. La doctrine est unanime, les dirigeants ne

1. Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, op. cit., n° 15, p. 28.

2. *Compagnie nationale des commissaires aux comptes (CNCC), Les conventions entre les entités et les personnes «intéressées»*, éd. CNCC, mai 2004, p. 7.

3. E. Tyan, *Droit commercial, Tome premier*, éd. Librairie Antoine, Beyrouth, 1968, n° 289, p. 297.

4. C. Malecki, *Conventions réglementées*, Rép. soc. Dalloz, septembre 2002, p. 3.

5. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, Paris, n° 255.

6. C. Fabia, *Les contrats des administrateurs de sociétés anonymes*, Commerce du Levant, n° 113, Beyrouth, 1968, p. 16.

7. Gh. Mahmassani, *Les contrats des administrateurs de sociétés anonymes avec leurs sociétés suivant l'article 158 nouveau du Code de commerce libanais*, POEJ, n° 6, janvier – avril 1969, p. 37.

peuvent profiter de leur « position dans la société » pour servir leurs propres intérêts ou ceux d'entreprises auxquelles ils seraient intéressés...¹

Aux Etats-Unis, les devoirs des dirigeants envers leur société imposent « l'intégrité absolue, non seulement en cas de conflit entre leurs devoirs et leurs intérêts ils doivent faire prévaloir les premiers, mais ils doivent même éviter le plus possible ce genre de conflits »². Les concepts de *trust* et de *confidence* (confiance) constituent le « cœur » du droit des sociétés relatif aux devoirs et obligations fiduciaires des dirigeants et des associés prépondérants des sociétés commerciales américaines³. Les *self - dealing transactions*, ou « transactions (contrats) avec soi-même » y sont également réglementées, tout comme au Liban et en France, avec toutefois une simplicité jugée « riche en exigences très sévères », qui « dispense d'une bonne partie de la réglementation que l'on trouve en France »⁴. Le devoir de *disclosure* (divulgarion, révélation) de l'intérêt personnel du contractant visé avec la société est omniprésent en droit américain, en application des principes de transparence du gouvernement d'entreprise qui ont été une inspiration pour beaucoup de pays. La simplicité du système américain, fidèle aux préceptes du *case law*, soumet les conventions avec les *related parties* (parties liées)⁵ à une certaine autopsy pour apprécier leur *fairness* pour la société.

* * *

L'intérêt social, étant celui de la personne morale qu'est une société, il est normal que tous les systèmes juridiques qui reconnaissent cette personnalité tentent de le protéger contre les abus et excès des dirigeants et / ou associés, surtout les associés majoritaires. Et pourtant, la jurisprudence a trouvé que les groupes de sociétés, qui n'ont pas de personnalité morale distincte de celles des sociétés qui les constituent, ont quand même un intérêt propre qui mérite d'être aussi protégé. C'est un intérêt supérieur à l'intérêt individuel des sociétés du groupe. La jurisprudence avait reconnu apparemment « un droit naturel des groupements à la personnalité juridique. La réalité juridique trouvait directement assise dans la réalité sociale »⁶.

-
1. I. Balensi, Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, Collection Etudes juridiques comparatives, Economica, Paris, 1975, p. 3.
 2. A. Tunc, Le droit américain des sociétés anonymes, Paris, Economica, 1985, p. 10.
 3. L. Solomon et A. Palmiter, Corporations, op. cit., p. 191.
 4. A. Tunc, Le droit américain des sociétés commerciales, op. cit. p. 10. Cet ouvrage, publié en 1985, conserve en ce qui concerne la constatation de son auteur quant à la simplicité de la législation américaine comparée à celle de la France, toute son actualité.
 5. L'adjectif « lié » pour signifier « related » est le plus souvent retenu, surtout dans les rapports des commissaires aux comptes ; dans le même sens peuvent-être utilisés les termes « apparenté » et parfois « associé » : v. B. Dhucq et D. Frison, Dictionnaire de l'anglais juridique : Ed. BMS 2004, p. 365.
 6. N. Fadel Raad, L'abus de la personnalité morale en droit privé, Thèse, Paris 2, dir. F. Terré, LGDJ, 1991, n° 102, p. 99.

C'est ainsi que le développement des groupes de sociétés apporte une nouvelle dimension à la définition de l'intérêt social, tant juridique qu'économique. Les conventions conclues entre sociétés appartenant au même groupe, et qui sont dirigées le plus souvent par des conseils d'administration à administrateurs communs ou par des dirigeants communs, sont courantes. L'intérêt social de la filiale ou de la société membre du groupe tend, en dépit de son caractère distinct, à se fondre en quelque sorte dans l'intérêt du groupe. Ces conventions portent sur un grand nombre de produits et services dont les sociétés du groupe ont besoin pour la réalisation de leurs objets sociaux respectifs, ou du moins pour assurer une meilleure appartenance au groupe et facilitent l'atteinte de l'objectif suprême de la société mère ou de la holding du groupe. Nous n'hésiterons pas à ajouter que parfois ces conventions sont conclues pour faire passer un bénéfice, du patrimoine d'une société du groupe dans le patrimoine d'une autre société du même groupe pour réduire les obligations fiscales de la première. Cette pratique acceptable dans les groupes soumis à un régime d'intégration fiscale, l'est moins dans les groupes qui ne le sont pas. Les conventions au sein du groupe constituent en soi un dispositif efficace de contrôle et de concentration qui empiètent sur l'indépendance des sociétés du groupe, la rendant plutôt relative, la société mère exerçant sur elles une influence prédominante. L'autonomie de ces sociétés cède la place à l'autonomie du groupe en tant qu'un ensemble lui conférant, en dépit de l'absence d'une existence juridique propre, une âme et un certain intérêt qu'on ne retrouve même pas dans certaines entités dotées d'une personnalité morale. A moins que ces conventions ne constituent des outils de concentration économique et ne dissimulent des pratiques anticoncurrentielles, elles sont soutenues aussi bien par la doctrine que par la jurisprudence.

Il s'agit donc de maintenir « un équilibre délicat entre des tendances parfois contradictoires »¹. Certains auteurs concluent que l'intérêt social doit « primer » l'intérêt des actionnaires²; favorisant ainsi la définition de l'intérêt social comme étant non l'intérêt commun des associés, mais celui de l'entreprise. « La recherche de l'équilibre contractuel »³ pour la protection des intérêts divergents est la méthode suivie à quelques rares exceptions dans nos trois systèmes juridiques: libanais, français et américain. Les conventions conclues entre les personnes visées par la réglementation et leur société ne sont nulles de plein droit que si elles ont un objet particulier limitativement prévu⁴.

1. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, Contrats entre les administrateurs et la société, Sociétés Traité, Juris-Classeur, Fasc. 130-50, LexisNexis 2005, n° 1, p. 3.

2. F. Peltier, La Corporate Governance au secours des conseils d'administration, Dunod, 2004, p. 92.

3. C. Malecki, Conventions réglementées, op. cit., p. 3.

4. A savoir les conventions interdites.

En somme, il faut trouver un compromis entre la relation institutionnelle créée entre un dirigeant et sa société, par son élection ou sa nomination par l'organe social compétent, et la relation contractuelle qu'il fait créer lui-même en tant qu'intéressé à une convention qu'il conclut, ou fait conclure, avec sa société. C'est cette dualité de qualités qui favorise les conflits d'intérêts. Cette dualité semble exister naturellement dans les groupes de sociétés. Une société holding maintient un lien de capital avec ses filiales, assorti d'un dispositif humain apte, non seulement à diriger et faire fructifier ce capital mais, surtout, à assurer une meilleure intégration de la filiale dans cette unité économique et sociale entre les sociétés qui forment le groupe. Cet objectif est atteint en nommant les administrateurs et autres dirigeants de la filiale, le plus souvent choisis au nombre des dirigeants de la holding elle-même, surtout dans les groupes d'importance moyenne. Cette pratique, en raison de la menace de partialité, place la holding et sa filiale dans le cœur de la réglementation des conventions. Un auteur avait jugé la procédure de contrôle des conventions de l'ancien art. 40 de la loi française du 24 juillet 1867, dans certains cas, comme « frappée d'une inefficacité totale », ce qui fait exclure les conventions intra-groupe de sociétés du contrôle, pourvu que certains critères soient remplis¹.

Les conventions conclues par les personnes visées par la réglementation, et l'intérêt social qui en est la préoccupation principale, obéissent à deux normes presque contradictoires, comme nous l'avons signalé au début de cette introduction. Ils doivent parfois cohabiter, dans l'intérêt social lui-même. Dans un climat de liberté contractuelle accrue, il n'est pas souhaitable en principe d'alourdir la conclusion d'un contrat de conditions autres que celles que dictent les principes généraux du droit des contrats ; mais un intérêt supérieur, celui de la société elle-même, justifie l'instauration d'un régime strict de contrôle de ces conventions.

* * *

Face aux risques que posent les conflits d'intérêts au sein des sociétés commerciales, les législateurs au Liban et en France, vu la nécessité de ne pas faire perdre à la société une chance de conclure des conventions qui pourraient quand même lui être « utiles »², ont méthodiquement et systématiquement catégorisé les conventions que peut conclure un dirigeant, ou (du moins en France) un associé, d'une société avec celle-ci en trois catégories distinctes, dépendant du degré du risque qui menace les intérêts de la société, permettant les unes, contrôlant et interdisant les autres³. Aux Etats-Unis cette distinction est moins évidente.

1. M. Vanhaecke, *Les groupes de sociétés*, LGDJ, 1959, p. 329.

2. Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, op. cit., n° 398, p. 469; Y. Guyon, *Droit des affaires*, Tome 1, *Droit commercial général et sociétés*, 7^e éd., Economica, 1992, n° 419, p. 426.

3. Art. 158 C.com.lib; art. 225-38 C.com.fr.

Les trois catégories de conventions en question sont les suivantes : les conventions libres, ou celles qui n'ont besoin, pour être valablement conclues, d'aucune autorisation ou approbation préalable ; les conventions réglementées qui sont soumises au contrôle ; et enfin les conventions interdites qui sont prohibées¹, du moins en droit libanais et en droit français.

* * *

L'étude comparative de notre sujet nous éclairera sans doute sur l'expérience des systèmes juridiques les plus avancés en la matière et leur contribution à une meilleure protection de l'intérêt social, prévenant les conflits d'intérêts entre les dirigeants, les associés et leur société.

Reste à savoir quels pays choisir pour que la comparaison puisse produire les résultats escomptés. Il s'agit pour l'auteur de cette thèse d'analyser des systèmes juridiques qui ont été éprouvés en la matière, ou qui ont eu l'occasion de légiférer sur le sujet. Le choix du Liban, de la France et des Etats-Unis d'Amérique s'est imposé sans aucune difficulté pour les raisons suivantes : leurs systèmes juridiques respectifs sont suffisamment représentatifs des modèles adoptés ailleurs².

Le Liban est, pour plus d'une raison, dans un coma législatif dans nombre de domaines. Il n'a malheureusement pas suivi les développements qu'ont connus d'autres pays. L'évolution législative dans ces derniers aurait pu l'aider à mettre les textes de son Code de commerce en harmonie avec les exigences croissantes du monde des affaires. Cet état de choses plutôt statique a été encore plus figé par l'absence d'une véritable jurisprudence en la matière. La législation libanaise actuellement en vigueur et son application pratique affichent dans ce domaine une attitude d'indifférence à l'égard des dangers que peuvent susciter les conflits entre les intérêts personnels des dirigeants et associés et l'intérêt de leur société. C'est pourquoi le droit libanais a tout intérêt à voir de plus près ce qui se passe ailleurs.

En France, par contre, l'évolution législative présente une image d'un système juridique anxieux, qui ne cesse de tenter de combler, parfois maladroitement, les lacunes découvertes au prix de crises économiques ou problèmes surgissant dans des sociétés. Les Etats-Unis, en fidèles anglo-saxons, se sont contentés pendant longtemps des principes posés par la jurisprudence jusqu'au jour où l'Etat fédéral a trouvé indispensable d'intervenir, et

1. Le traitement des conventions interdites sort du cadre de la thèse présente. Ces conventions y seront quand même évoquées, avec des détails limités aux besoins du contexte, et plus particulièrement, infra, à la section relative à la qualification des actes juridiques par la réglementation, p. 131.

2. En effet, au cours de nos recherches, nous avons réalisé que la plupart des pays qui ont adopté dans leur législation des dispositions relatives aux conventions réglementées y ont traité, avec plus ou moins de détails, et d'une manière plus ou moins complète, les mêmes questions que cette thèse évoquera.

récemment avec force, en légiférant dans un sens tranchant à plusieurs égards; les dirigeants profiteurs de leur position sociale devenant de plus en plus nombreux et cupides.

Au Liban, la matière est régie principalement par l'article 158 C.com.lib., pour les sociétés anonymes. Cet article, avant sa modification en 1968¹, transposait littéralement le texte du fameux art. 40 de la loi française du 24 juillet 1967. Il disposait ce qui suit :

« Ils doivent également se faire autoriser spécialement s'ils entendent prendre ou conserver un intérêt direct ou indirect dans une entreprise ou un marché avec la société ou pour son compte »².

Cette modification a élargi le champ d'application des conventions visées par la réglementation³. L'art. 158 nouveau C.com.lib. dispose ce qui suit :

« Toute convention entre la société et l'un des administrateurs, que cette convention intervienne directement ou indirectement ou par personne interposée, doit être soumise à une autorisation préalable de l'assemblée générale. Font exception à cette disposition les contrats usuels portant sur des opérations entre la société et ses clients.

Est pareillement soumise à l'autorisation préalable de l'assemblée générale, toute convention entre la société et une autre entreprise, si l'un des administrateurs est propriétaire, associé en nom collectif, directeur ou administrateur de cette entreprise. L'administrateur se trouvant dans l'un de ces cas doit en aviser le conseil d'administration.

Le conseil d'administration ainsi que les commissaires de surveillance soumettent séparément à l'assemblée générale un rapport spécial sur les conventions projetées. L'assemblée prend sa décision à la lumière de ces deux rapports, et les conventions autorisées ne peuvent être attaquées qu'en cas de fraude.

L'autorisation doit être renouvelée tous les ans si elle concerne des contrats comportant des engagements successifs à long terme.

Il est interdit aux administrateurs de la société, autres que les personnes morales, d'obtenir de la société, sous quelque forme que ce soit, un prêt au découvert en compte courant en leur faveur, ou un cautionnement ou un aval de leurs effets de commerce envers les tiers. Toutefois, ladite interdiction ne s'applique pas aux banques si les opérations précitées constituent des opérations rentrant habituellement dans le cadre des activités de ces banques ».

Le Liban n'ayant malheureusement pas suivi les évolutions de la législation française relatives à ce sujet ; cet article est systématiquement bafoué. En l'absence d'un dispositif de contrôle adéquat, les lacunes existantes sont de véritables pièges pour les associés non avertis. En raison de son texte succinct, il constitue tout au plus un texte cadre. Aucune réglementation spécifique similaire à l'art. 158 du C.com.lib. n'existe pour les

1. Par le décret-loi n° 9798 du 4 mai 1968, publié au journal officiel du 19 mai 1968, p. 625.

2. Cet article, qui commence par « Ils » semble continuer le dernier alinéa de l'article précédent, art. 157, C.com.lib., qui dispose que : « La société est obligée par les actes de ses représentants accomplis dans la limite de leurs pouvoirs... ». Le terme « représentants », à cause de sa généralité, soumettait à l'autorisation spéciale une catégorie plus large de personnes visées.

3. Art. 1 du décret-loi n° 9798 du 4 mai 1968 a remplacé les « marchés et entreprises » par « toute convention », à l'alinéa 1 de l'art. 158 C.com.lib.

conventions conclues entre un gérant ou un associé et une société à responsabilité limitée libanaise, à l'exception des conventions à caractère purement financier, qui sont prohibées¹. Hélas, la jurisprudence libanaise, avec un nombre non significatif d'arrêts rendus en la matière, n'a été d'aucun soutien. Heureusement que la doctrine n' en a pas été aussi absente.

Nous ne partageons toutefois pas l'opinion, que nous jugeons plutôt sévère, qu'un éminent juriste libanais avait exprimée au sujet de ce texte, l'accusant d'avoir instauré « un système très lourd et manifestement incompatible avec les exigences de souplesse et de célérité, indispensables au bon développement de la vie commerciale »². Il nous semble que le jugement critique que ce juriste avait porté repose uniquement sur le fait que la loi libanaise, n'ayant pas suivi les modifications apportées par le législateur français, qui a substitué le conseil d'administration à l'assemblée générale pour autoriser au préalable les conventions réglementées, accuse un recul au détriment de la célérité de la procédure.

L'évolution législative française, permet de mettre l'accent, sans trop d'efforts, sur les points de divergence avec le droit libanais, un droit qui accueillera volontiers certaines modifications inspirées du modèle français. En outre, la France a connu des crises qui ont aidé à faire mûrir sa législation et l'ont amenée à se pencher encore plus sur sa réglementation des conventions réglementées, surtout celles conclues par les dirigeants de sociétés cotées en bourse avec leur société, plus particulièrement en ce qui concerne les rémunérations de ses dirigeants et les avantages attachés à leur emploi. En France, ce sont les articles L.225-38 et s. C.com.fr., pour les sociétés anonymes, de type classique, avec conseil d'administration, les articles L.225-86 et s. pour les sociétés anonymes à structure dualiste, avec conseil de surveillance et directoire, les articles L. 223-19 et s. pour les SARL et L.227-10 et s. pour les SAS qui régissent cette matière. Les modifications législatives, espacées au début, et plus fréquentes récemment³, ne cessent d'actualiser la nécessité du contrôle des conventions réglementées. Une jurisprudence, relativement abondante, a permis d'éprouver l'efficacité de ces textes⁴.

La réglementation des conventions réglementées a été introduite en France par la loi du 24 juillet 1867. L'article 40 de cette loi disposait comme suit :

1. Art. 18 du décret-loi n° 35 du 5 août 1967.

2. Gh. Mahmassani, Les contrats des administrateurs de sociétés anonymes avec leurs sociétés suivant l'article 158 nouveau du Code de commerce libanais, op. cit., p. 41 ; v. aussi pp 69 et 71. A notre sens, l'auteur déplore plutôt les dispositions du C.com.fr., beaucoup plus détaillées dans cette matière que le C.com.lib., car le texte en droit libanais, tout en n'étant pas complet, n'est pas vraiment lourd. Il est en tout cas bien plus « léger » que le texte correspondant, ou plutôt les textes correspondants, en droit français.

3. A cause de scandales financiers et des exigences croissantes du monde des affaires.

4. Plus de 540 arrêts recensés, dont le premier a été rendu déjà en 1845 : Cass. crim., 8 août 1845, D., 1845, I, p. 364.

« Il est interdit aux administrateurs de prendre ou de conserver un intérêt direct ou indirect dans une entreprise ou dans un marché fait avec la société ou pour son compte, à moins qu'il n'y soit autorisé par l'assemblée générale ; il est chaque année rendu à l'assemblée un compte spécial de l'exécution des marchés et entreprises autorisés aux termes du paragraphe précédent ».

Tout en étant plutôt limitative en ce qui concerne les actes visés : « une entreprise » ou « un marché », nous soulignons que la portée de cet article, dans son ancienne rédaction, était plus expresse que le texte actuel en ce qui concerne la mention de la nature directe ou indirecte de l'intérêt personnel qui conditionne l'application de la procédure de contrôle, à savoir l'autorisation de l'assemblée générale. L'article 40 en question disposait expressément que la procédure est exigée quand l'intérêt est soit direct soit indirect.

Il a fallu au législateur français 75 ans pour réaliser que l'art. 40 était incomplet et ne produisait pas les résultats escomptés. Pour parfaire la protection qu'il entérine, le champ des actes visés a été par la suite élargi, en vertu de la loi du 4 mars 1943 dont l'article 10 dispose ce qui suit :

« L'article 40 de la loi du 24 juillet 1867 est abrogé et remplacé par les dispositions suivantes :

Toute convention entre une société et l'un de ses administrateurs, soit directement ou indirectement, soit par personne interposée, doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration. Avis en est donné aux commissaires.

Il en est de même pour les conventions entre une société et une autre entreprise si l'un des administrateurs de la société est propriétaire, associé en nom, gérant, administrateur ou directeur de l'entreprise. L'administrateur se trouvant dans l'un de ces cas ainsi prévus est tenu d'en faire la déclaration au Conseil d'administration. Avis en est également donné aux commissaires.

Les dispositions qui précèdent ne sont pas applicables aux conventions normales partant sur les opérations de la société avec ses clients.

Les commissaires présentent à l'assemblée générale un rapport spécial sur les conventions autorisées par le Conseil. L'assemblée statue sur ce rapport. Les conventions qu'elle approuve ne peuvent être attaquées qu'en cas de fraude. Celles qu'elle désapprouve n'en produisent pas moins leur effet. Mais les conséquences dommageables pouvant en résulter restent, en cas de fraude, à la charge de l'administrateur intéressé et, éventuellement, du Conseil d'administration.

Il est interdit aux administrateurs d'une société autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers. Toutefois, si la société exploite un commerce de banque, cette interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes de ce commerce ».

Avec cette modification, toutes les conventions (sans exception quant à leur nature) conclues, directement ou indirectement, ou par personne interposée, entre la société et l'un de

ses administrateurs, ou celles conclues entre la société et une autre entreprise dont l'un des administrateurs, propriétaire, associé en nom ou gérant est également administrateur de la société de référence sont soumises au contrôle spécial. Le dirigeant visé est cependant resté l'administrateur de sociétés anonymes, à l'exclusion de tout autre dirigeant. Cette modification législative de l'art. 40 a aussi consacré la prohibition absolue des conventions interdites et l'exclusion du contrôle des conventions libres, définies comme étant celles conclues à des conditions « normales portant sur les opérations de la société avec ses clients »¹. Une autre nouveauté de cette modification de 1943 est que l'autorisation préalable d'une convention doit désormais être donnée par le conseil d'administration et non plus par l'assemblée générale.

Vingt trois ans après, l'article 101 suivant de la loi du 24 Juillet 1966 :

« Toute convention intervenant entre une société et l'un de ses administrateurs ou directeurs généraux doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration.

Il en est de même des conventions auxquelles un administrateur ou directeur général est indirectement intéressé ou dans lesquelles il traite avec la société par personne interposée.

Sont également soumises à autorisation préalable, les conventions intervenant entre une société et une entreprise, si l'un des administrateurs ou directeurs généraux de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général ou membre du directoire ou du conseil de surveillance de l'entreprise »

vint élargir encore plus le champ d'application de la procédure de contrôle spécial, en incluant les directeurs généraux de sociétés anonymes et en étendant l'application de la réglementation aux sociétés en commandite par actions et aux sociétés à responsabilité limitée. Cette loi a aussi instauré une interdiction de vote de la personne intéressée sur l'autorisation ou l'approbation de la convention. Enfin, cette loi a apporté une correction importante à la caractérisation des conventions libres qui ne seront plus celles conclues à des conditions normales « portant sur les opérations de la société avec ses clients » mais celles qui sont « courantes et conclues à des conditions normales »².

La loi n° 2001-420, du 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques (NRE) a, dans un souci croissant de transparence, inclus les actionnaires de sociétés par actions dans la catégorie des personnes visées, à condition qu'ils détiennent plus de 5% des droits de vote ; et, dans le cas où c'est une société qui est actionnaire, ce sont les actionnaires, personnes morales, qui la contrôlent³ qui sont également visées. L'art. 105 de cette loi dispose que :

1. Un texte limitatif que le Code de commerce libanais a repris dans son art. 158.

2. Art. L. 102 de la loi du 24 juillet 1966.

3. Art. L. 233-3 C.com.fr. définit la notion de contrôle à laquelle renvoie l'art. L.225-38 C.com.fr.

« Toute convention intervenant directement ou par personne interposée entre la société et son directeur général, l'un de ses directeurs généraux délégués, l'un de ses administrateurs, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 5% ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3, doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration.

Il en est même des conventions auxquelles une des personnes visées à l'alinéa précédent est indirectement intéressée.

Sont également soumises à autorisation les conventions intervenant entre la société et une entreprise, si le directeur général, l'un des directeurs généraux délégués ou l'un des administrateurs de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, membre du conseil de surveillance ou, de façon générale, dirigeant de cette entreprise ».

La loi NRE a aussi ajouté les sociétés par actions simplifiées (SAS) aux autres formes de sociétés déjà prévues par la réglementation et a étendu son application aux personnes morales non commerçantes ayant une activité économique ainsi qu'aux associations qui reçoivent des aides et subventions de l'Etat¹.

Le législateur a dû se rendre compte plus tard que la procédure de contrôle était lourde et a profité de la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 pour l'alléger un peu. L'art. L. 225-38 C.com.fr. dispose, après sa modification par cette loi, comme suit :

« Toute convention intervenant directement ou par personne interposée entre la société et son directeur général, l'un de ses directeurs généraux délégués, l'un de ses administrateurs, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à « 10% » ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L.233-3, doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration.

Il en est de même des conventions auxquelles une des personnes visées à l'alinéa précédent est indirectement intéressée.

Sont également soumises à autorisation préalable les conventions intervenant entre la société et une entreprise, si le directeur général, l'un des directeurs généraux délégués ou l'un des administrateurs de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, membre du conseil de surveillance ou, de façon générale, dirigeant de cette entreprise ».

C'est ainsi qu'en vertu de cette loi ne doivent plus être communiquées les conventions libres conclues avec une société anonyme qui ne sont pas significatives pour l'une ou l'autre des parties². En outre, le seuil des 5% des droits de vote que doit détenir un actionnaire pour qu'il soit soumis au contrôle a été élevé à 10%³.

1. Art. L. 612-4 et L. 612-5, C.com.fr.

2. Art. L. 225-39, al. 2, C.com.fr.

3. Art. L. 225-38, al. 1, C.com.fr.

Le législateur a voulu par la suite mettre un accent spécial sur les conventions portant sur la rémunération des dirigeants, surtout les dirigeants de sociétés cotées en bourse. Effectivement, nombre de scandales avaient pour origine des rémunérations excessives consenties à des dirigeants peu scrupuleux. La loi pour la confiance et la modernisation de l'économie, du 26 Juillet 2005¹ est venue, en introduisant l'art. L. 225-42-1, au C.com.fr., réglementer les cas des rémunérations et avantages consentis à des mandataires sociaux à l'occasion des modifications qui peuvent affecter leur condition au sein de la société, ou à l'occasion de leur départ de la société. Cette loi a soumis au régime des conventions réglementées les engagements pris par des sociétés cotées en bourse au bénéfice de leurs présidents, directeurs généraux ou directeurs généraux délégués, par la société elle-même ou par toute société contrôlée ou qui la contrôle, correspondant à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus à raison de la cessation ou changement de ces fonctions ou postérieurement à celles-ci. Par ailleurs, cette même loi a modifié l'art. L. 225-102-1, C.com.fr. en disposant que le rapport annuel du conseil d'administration à l'assemblée générale doit décrire les détails des rémunérations fixes, variables et exceptionnelles versées aux mandataires sociaux.

Cette loi n'a apparemment pas servi à limiter les abus, puisque deux ans plus tard, et à la suite d'une affaire médiatisée de retraite-chapeau², le législateur français a apporté des modifications, en vertu de la loi du 21 août 2007³, en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat. L'art. L. 225-42-1 C. com. fr. dispose ce qui suit :

« Dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, les engagements pris au bénéfice de leurs présidents, directeurs généraux ou directeurs généraux délégués, par la société elle-même ou par toute société contrôlée ou qui la contrôle au sens des II et III de l'article L. 233-16, et correspondant à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions, ou postérieurement à celles-ci, sont soumis aux dispositions des articles L. 225-38 et L. 225-40 à L. 225-42.

Sont interdits les éléments de rémunération, indemnités et avantages dont le bénéfice n'est pas subordonné au respect de conditions liées aux performances du bénéficiaire, appréciés au regard de celles de la société dont il préside le conseil d'administration ou exerce la direction générale ou la direction générale déléguée.

L'autorisation donnée par le conseil d'administration en application de l'article L. 225-38 est rendue publique selon des modalités et dans des délais fixés par décret en Conseil d'Etat.

1. Loi Breton, n° 2005-842.

2. Retraite-chapeau du président du conseil d'administration de Carrefour ; v. définition de cette retraite complémentaire, infra, p. 93.

3. Loi Tepe, n° 2007-1223.

La soumission à l'approbation de l'assemblée générale en application de l'article L. 225-40 fait l'objet d'une résolution spécifique pour chaque bénéficiaire. Cette approbation est requise à chaque renouvellement du mandat exercé par les personnes mentionnées au premier alinéa.

Aucun versement, de quelque nature que ce soit, ne peut intervenir avant que le conseil d'administration ne constate, lors ou après la cessation ou le changement effectif des fonctions, le respect des conditions prévues. Cette décision est rendue publique selon des modalités et dans des délais fixés par décret en Conseil d'Etat. Tout versement effectué en méconnaissance des dispositions du présent alinéa est nul de plein droit.

Les engagements correspondant à des indemnités en contrepartie d'une clause interdisant au bénéficiaire, après la cessation de ses fonctions dans la société, l'exercice d'une activité professionnelle concurrente portant atteinte aux intérêts de la société ne sont soumis qu'aux dispositions du premier alinéa. Il en va de même des engagements de retraite à prestations définies répondant aux caractéristiques des régimes mentionnés à l'article L. 137-11 du Code de la sécurité sociale, ainsi que des engagements répondant aux caractéristiques des régimes collectifs et obligatoires de retraite de prévoyance visés à l'article L. 242-1 du même code».

La loi interdit désormais les rémunérations, indemnités et avantages dont le bénéficiaire n'est pas subordonné au respect de conditions liées aux performances du bénéficiaire, requiert la publicité de la décision d'autorisation par le conseil d'administration et exige une résolution d'approbation par l'assemblée générale spécifique pour chaque bénéficiaire.

Pour parfaire la justice sociale, la loi n°2008-1528, du 3 décembre 2008, sur les revenus du travail a conditionné l'attribution des *stock-options*, un des éléments de rémunération importés en France des Etats-Unis¹, à la distribution corrélative à l'ensemble des salariés et, à au moins 90% de ceux des filiales, d'options de même nature, d'actions gratuites ou d'autres dispositifs d'intéressement et de participation².

Les rémunérations et avantages visés par la réglementation revêtent de nombreuses formes et sont connus sous des appellations multiples. Nous évoquons ici les plus fréquentes, qui seront traitées en profondeur dans le corps de la thèse. Ce sont les *stock-options*, qualifiées de « miraculeuses » dans l'affaire Elf Aquitaine, les « golden parachutes » (parachutes dorés) des présidents de Valéo et de Vivendi Universal, et les « bonus » exorbitants du successeur de ce dernier, les « retraites-chapeau », « en or », du président de Carrefour, ou bien les « indemnités de départ » du président de Vinci.

Les textes régissant la matière dans le Code de commerce français sont complétés, du moins en ce qui concerne l'information, outil indispensable pour assurer une meilleure

1. V. infra, définition p. 94.

2. Ph. Houillon, Rapport d'information déposé par la Commission des lois constitutionnelles de la législation et de l'administration de la République sur les rémunérations des dirigeants mandataires sociaux et des opérateurs de marchés, n° 1798, enregistré à la présidence de la République le 7 juillet 2009, recherche sur internet, google, « Houillon Ph. », p. 31.

transparence, par les directives et règlements de l'Autorité des marchés financiers, l'AMF qui, à partir du 24 novembre 2003, a remplacé la Commission des opérations de bourse (COB).

Il convient toutefois de signaler, d'ores et déjà, que la doctrine n'a pas accueilli d'un œil favorable la réglementation des conventions en France. Cette réglementation a été qualifiée de tous les noms : « mécanisme sinueux et turbide que les lois suivantes des 15 mai 2001 et 1^{er} août 2003 n'ont pas su réformer »¹; « Ce mécanisme complexe et laborieux marqué par le caractère formel de la procédure »²; « Législation impérative, formulaire tatillon, définitions imprécises, risque accrue de contentieux... »³; « la protection des actionnaires est loin d'être efficace »⁴.

Pour certains, l'institution régulatrice de la loi NRE du 15 mai 2001, dans sa partie relative aux conventions réglementées, a été confrontée à la « fiction de la prévention des conflits »⁵. Le dispositif « largement inefficace » de l'art 40, renforcé par la loi 1966, n'a pu améliorer « la procédure de contrôle assez lourde »⁶.

Les Etats-Unis ont apporté à notre matière une nouvelle dimension. Ils ont connu, surtout durant cette décennie, beaucoup de scandales financiers qui ont été causés par des versements exorbitants à des dirigeants partants, à un moment où leurs sociétés restructuraient leurs finances et réduisaient leurs effectifs. L'année 2002 a été particulièrement éprouvante avec la chute d'Enron, Tyco, Global Crossing et Worldcom. Les règles de gouvernement d'entreprise, si chères aux Américains, ont été violées dans ces sociétés. La cupidité de leurs dirigeants manœuvrant dans l'ombre, avec une dangereuse opacité, a contribué aux désastres qu'elles ont essuyés. Des géants qui s'écroulent et secouent tout un monde autour d'eux. Le cabinet d'audit comptable Arthur Andersen n'est plus. Il a été la victime de ses propres dirigeants qui ont dissimulé, moyennant des pratiques frauduleuses et criminelles, les failles et déconfitures d'Enron. Un grand nombre de banques complices ont été touchées après avoir enregistré des transactions fictives pour dissimuler les dettes de cette malheureuse société. Les dirigeants financiers de Worldcom ont frauduleusement caché des dépenses pendant deux ans (2000-2002) pour embellir la situation financière de leur société.

1. D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, éd. Joly, 2004, n° 100, pp. 110 et 111.

2. *Idem.*, n° 102, p. 112

3. P. Le Cannu, *Les conventions réglementées après le loi n° 2001 – 420 du 15 mai 2001*, Bull Joly, juillet 2001, § 165, p. 720.

4. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, *Contrats entre les administrateurs et la société*, op. cit., p. 3.

5. *La NRE et le droit des sociétés: Colloque-Université des Sciences sociales de Toulouse, le 5/10/2001: Centre de droit des affaires*, J.-F. Barbiéri et M.H. Monserie – Bon, « Les conventions réglementées entre réalité de l'ambition régulatrice et fiction de la prévention des conflits », Monchrestien, 2003, p. 39.

6. Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, op. cit., n° 398, p. 469.

La faillite d'Enron a inspiré la loi Sarbanes-Oxley Act (SOA), du 31 juillet 2002, sur la réforme de la compatibilité des sociétés cotées et la protection des investissements. Cette loi réglemente la destruction, la dissimulation, la modification et la falsification de toutes pièces et écritures qui sont sciemment entreprises dans le but d'entraver, d'obstruer ou influencer l'investigation ou la bonne administration de toute affaire : « *knowingly alters, destroys, mutilates, conceals, covers up, falsifies or makes a false entry in any record, documents or tangible object with the intent to impede, obstruct or influence the investigation or proper administration of any matter* »¹.

Aux Etats-Unis, les conventions réglementées sont régies par un certain nombre de textes. En principe, chaque Etat de l'Union dispose de sa panoplie législative. Il n'y a pas de « loi sur les sociétés », au niveau fédéral, quoique certaines lois fédérales qui protègent l'épargne publique réglementent des aspects du droit des sociétés². Etudier, pour les besoins de la présente thèse, toutes les législations étatiques aurait été une tâche plus qu'ardue. Le choix s'est porté sur l'Etat qui est le plus représentatif dans le domaine du droit des sociétés du climat général aux USA, à savoir le Delaware.

Un grand nombre de sociétés américaines sont immatriculées au Delaware, même si elles exercent leurs activités ailleurs. Cela est aussi vrai pour des sociétés de taille, cotées en bourse. En voici les raisons principales³, ajoutées aux avantages fiscaux que cet Etat offre :

- Les lois au Delaware permettent une flexibilité dans l'organisation et la gestion des affaires sociales, supérieure à celle des autres Etats;
- Le corps judiciaire et le barreau sont expérimentés dans les affaires sociales ;
- La jurisprudence a abondamment interprété les lois sur les sociétés commerciales du Delaware et a pris des positions claires sur des points précis; ce qui confère une certaine stabilité au fonctionnement des sociétés à la lumière de ces positions;
- Le Delaware est un pionnier dans les réformes du droit des sociétés, le mettant constamment à jour, aussi fréquemment que la nécessité se manifeste.

Pour ces raisons-là, les *Law Schools* (écoles de droit) à travers les Etats-Unis consacrent au droit des sociétés de Delaware une place centrale dans leur cursus. Le Code des sociétés de Delaware annoté⁴ réserve un certain nombre d'articles aux transactions conclues entre les

1. § 802 SOA.

2. L. Solomon et A. Palmiter, *Corporations*, op. cit., §1. 2. 3, p. 10 ; on évoque ici, le SOA, à titre d'exemple.

3. Idem, § 3.2.3, p. 41

4. Delaware Corporation Laws Annotated, (DCLA), éd. 2007-2008 – LexisNexis, Matthew Bender Company Inc, 2007.

dirigeants et associés avec leurs sociétés sous des titres divers : « *Interested Directors* »¹ (administrateurs intéressés), « *Business combinations with interested stockholders* »² (combinaisons commerciales avec des actionnaires intéressés »), pour les sociétés anonymes, et « *Business transactions of member or manager* »³ (Opérations commerciales d'un associé ou gérant) pour les sociétés à responsabilité limitée. Nous reproduisons ci-après le texte de base de la réglementation des conventions conclues entre les administrateurs intéressés et leur société, à savoir § 144 DCLA⁴:

“a) *No contract or transaction between a corporation and one or more of its directors or officers, or between a corporation and any other corporation, partnership, association, or other organization in which one or more of its directors or officers are directors or officers, or have a financial interest, shall be void or voidable solely for this reason, or solely because the director or officer is present at or participates in the meeting of the board or committee thereof which authorizes the contract or transaction, or solely because his or their votes are counted for such purpose, if:*

(1) The material facts as to his relationship or interest and as to the contract or transaction are disclosed or are known to the board or directors or the committee, and the board or committee in good faith authorizes the contract or transaction by the affirmative votes of a majority of the disinterested directors, even though the disinterested directors be less than a quorum; or

(2) The material facts as to his relationship or interest and as to the contract or transaction are disclosed or are known to the shareholders entitled to vote thereon, and the contract or transaction is specifically approved in good faith by vote of the shareholders; or

(3) The contract or transaction is fair as to the corporation as of the time it is authorized approved or ratified, by the board of directors, a committee thereof, or the shareholders.

(b) Common or interested directors may be counted in determining the presence of a quorum at a meeting of the board of directors or of a committee which authorizes the contract or transaction.”

Ce texte peut être traduit comme suit :

« a) Aucun contrat ou transaction entre une société et un ou plusieurs de ses administrateurs ou dirigeants exécutifs, ou bien entre une société et toute autre société anonyme, société en nom collectif, association, ou autre organisation dans laquelle un ou plusieurs de ses administrateurs ou dirigeants exécutifs ont un intérêt financier, sera nulle ou annulable uniquement pour cette raison, ou uniquement parce que l'administrateur ou le dirigeant exécutif est présent ou participe à la réunion du conseil ou du comité qui autorise le contrat ou la transaction, ou bien uniquement parce que ses ou leurs votes sont calculés à cette fin, si :

(1) Les éléments pertinents concernant sa relation ou intérêt et concernant le contrat ou la transaction sont révélés au conseil d'administration ou comité ou sont déjà connus par eux et le conseil ou comité autorise de bonne foi le contrat ou la transaction par un vote affirmatif de la majorité des administrateurs qui n'y sont pas intéressés, quand bien même les administrateurs non intéressés ne constituent pas un quorum ; ou

(2) Les éléments pertinents concernant sa relation ou intérêt et concernant le contrat ou la transaction sont révélés aux associés jouissant d'un droit de vote ou sont connus par eux et le contrat ou la transaction est spécifiquement approuvé de bonne foi par un vote des associés; ou

1. Titre 8, §144 DCLA, p. 42.

2. Idem, § 203, p. 76.

3. 6 §18 – 107 DCLA, p. 395.

4. Nous signalons que ce texte n'a subi aucune modification depuis des décennies. Sa généralité en fait un texte à toute épreuve capable de s'accommoder des diverses situations pratiques.

(3) Le contrat ou la transaction est équitable pour la société au moment où il a été autorisé, approuvé, ou ratifié par le conseil d'administration, un des comités du conseil ou des associés.

(b) Les administrateurs communs ou intéressés peuvent être calculés pour la détermination du quorum d'une réunion du conseil d'administration ou d'un comité qui autorise le contrat ou la transaction.

Pendant, le recours pour une bonne compréhension du droit américain uniquement au droit du Delaware (textes et jurisprudence) n'est pas suffisant¹. Des tentatives, plus ou moins réussies, pour uniformiser et intégrer les concepts qui se retrouvent dans tous les Etats fédérés, ont abouti au niveau de l'*American Bar Association (ABA)* et de l'*American Law Institute (ALI)* à l'élaboration d'un certain nombre de normes qui ont trait, entre autres, à notre sujet. Ces normes sont réunies dans le *Revised Model Business Corporation Act (RMBCA)* (modèle d'une loi sur les sociétés commerciales) et les *Principles of Corporate Governance (ALI PCG)* (Principes de gouvernement d'entreprise). Le volume du contentieux impliquant le droit des sociétés commerciales aux Etats-Unis va au-delà de toute proportion. Cela a été bénéfique à la contribution du Barreau américain « au développement du droit Fédéral comme celui des Etats »².

Le *Model Business Corporation Act* est sorti en 1946, dépassant les limites de son prédécesseur, le *Uniform Business Corporation Act (UBCA)*. Il ne s'agit plus d'élaborer une loi « uniforme », mais de présenter un modèle inspirateur des législations étatiques. Ce nouveau texte, plus souple, est aujourd'hui connu sous le titre de « *RMBCA* ». Sa dernière version a été adoptée en 1984 par le *Committee on Corporate Laws of the Section of Corporations ; Banking and Business Law of the American Bar Association*³ et a connu depuis un certain nombre de retouches⁴. Les textes nous concernant figurent sous les titres suivants : « *Standards of Conduct for Directors* »⁵ : (Critères de conduite – de comportement – des administrateurs); « *Standards of Liability for Directors* »⁶ (« Critères de la responsabilité des administrateurs); « *Directors Conflicting Interest Transactions* »⁷ (Opérations à intérêts conflictuels des administrateurs); « *Judicial Actions* »⁸ (Actions en justice); « *Directors Actions* »⁹ (Décisions des administrateurs) et « *Shareholders Actions* »¹⁰ (Décision des associés).

1. Nous avons eu recours à la jurisprudence d'autres Etats pour une plus complète assimilation du sujet.

2. A. Tunc, Le droit américain des sociétés anonymes, op. cit., p. 11.

3. Le comité du droit des sociétés de la section des sociétés, banques et commerces du Barreau américain.

4. La version utilisée par l'auteur de cette thèse est l'édition de 2004, avec mise à jour au 30 septembre 2003, figurant à la § 2.25 du chapitre 1, Flecher Cyclopedia of the Law of Private Corporations; Westlaw, 2004.

5. § 8.30, RMBCA, sous – chapitre C, p. 42.

6. Idem, § 8.31, p. 43.

7. Idem, sous – chapitre F, § 8.60, p. 49.

8. Idem, § 8.61, p. 50.

9. Idem, § 8.62, p. 50.

10. Idem, § 8.63, p. 51.

L'*American Law Institute* a été fondé en 1923 avec d'importantes tâches à sa charge. La première était de parer à l'incertitude créée par l'inexistence d'une codification, des principes de base fondamentaux du droit des sociétés commerciales¹. Après maintes modifications, les *Principles of Corporate Governance* (Principes de gouvernement d'entreprise) ont été publiées en 1993. Ces principes donnent des définitions très utiles et précises pour notre étude, sur les notions de *Control*² (contrôle), *Member of the Immediate Family*³ (membre de la famille immédiate), *Officer*⁴ (dirigeant exécutif, cadre exécutif) et se concentrent sur les normes de conduite par la société pour réaliser son objet⁵; sur les fonctions et pouvoirs des dirigeants⁶; sur l'obligation de diligence des dirigeants⁷ et sur les obligations fiduciaires des dirigeants⁸ et des associés⁹; sur la réparation du préjudice résultant de la violation des obligations fiduciaires¹⁰ et sur le transfert du contrôle d'une société à une autre ayant un associé commun¹¹.

La jurisprudence américaine en matière de contrats avec soi-même (*self-dealing transactions*), qui sous-tendent les conventions entre *related parties*, a connu une évolution progressive partant d'une rigidité à toute épreuve, pour aboutir de nos jours à une solution, ou plutôt à des solutions, à l'image du réalisme et du pragmatisme américain. Comme nous le verrons dans nos développements ultérieurs, la position initiale de la jurisprudence était alignée sur celle des tribunaux britanniques qui interdisaient d'une manière absolue toute convention abritant un contrat avec soi-même, même si, vue par un *impartial observer* (observateur impartial), elle était *fair* pour la société, ou approuvée par une majorité d'administrateurs qui n'y sont pas intéressés (*disinterested directors*), en pleine connaissance des faits et détails qui la concernent. Cette position a été assouplie au début du 20^{ème} siècle quand les tribunaux ont commencé à maintenir les contrats avec soi-même si les deux conditions suivantes étaient simultanément remplies : l'approbation de la convention par une majorité d'administrateurs non intéressés complètement informés (*fully informed*) et la *fairness* de la convention pour la société, telle qu'appréciée par les tribunaux. Les conventions auxquelles une majorité d'administrateurs étaient intéressés étaient annulables

-
1. Principles of Corporate Governance – Analysis and Recommendations; vol.1, partie I – VI, §§. 1.01 – 6.02 et vol. 2, partie VII, §§ 7.01-7.25, American Law Institute, 1994, p. XI.
 2. Idem, vol. 1, partie I, § 1.08, p. 13.
 3. Idem, § 1.26, p. 31.
 4. Idem, § 1.27, p. 31.
 5. Idem, partie II, § 2.01, p. 55.
 6. Idem, partie III, §§ 3.01 - 3.05, pp. 82 – 108.
 7. Idem, partie IV, §§ 4.01 - 4.03, pp. 138 – 198.
 8. Idem, partie V, §§ 5.01 - 5.09, pp. 205 – 324.
 9. Idem, partie V, §§ 5.10 - 5.14, pp. 325 – 358.
 10. Idem, vol. 2, partie VII, § 7.18, p. 222.
 11. Idem, § 7.25, p. 380.

même si elles étaient *fair* pour la société. Au fil des années, la condition d'approbation par une majorité d'administrateurs non intéressés est tombée, et seule la condition de *fairness* est actuellement retenu par les tribunaux¹.

La flexibilité du droit américain et sa simplicité sont contrées par l'imprévisibilité qui le caractérise. Une imprévisibilité qui fait de l'appréciation d'une convention et sa conformité à l'intérêt social un exercice très subjectif, puisque la réglementation se base sur des notions et des textes eux-mêmes subjectifs. La notion de *fairness* en est l'exemple le plus vivant ; on la retrouve partout dans les textes relatifs aux conventions réglementées. On apprendra beaucoup de l'exemple américain qui soumet au contrôle toutes les conventions conclues entre une personne visée et la société, sous réserve de quelques rares exceptions concernant surtout les conventions de type *standard*.

Cette thèse nous aidera à nous prononcer sur une définition de l'intérêt social comme étant l'intérêt de l'entreprise vu au sens large. Une définition qui ne néglige point les tentatives déjà élaborées par d'autres auteurs qui voient cet intérêt d'un œil différent. Elle profitera en outre du traitement des notions évoquées plus haut pour déceler des faiblesses et lacunes dans les réglementations respectives des conventions réglementées dans les trois systèmes juridiques étudiés et esquisser des propositions de réforme.

Au Liban, les lois en vigueur en la matière sont loin de satisfaire aux exigences de l'évolution du monde des affaires. Les textes actuels accueilleront avec sans doute beaucoup de gratitude l'apport de certains aspects de la loi française ; cette dernière étant forte d'une jurisprudence copieuse qui a tranché dans beaucoup de cas d'espèces. En résultat, nous démontrerons que les dispositions du Code de commerce libanais relatives aux conventions réglementées, quoique simples, sont incomplètes et inefficaces et nous proposerons une refonte de l'art. 158 C. com lib. (SA) et aussi de l'article 18 du décret-loi libanais n° 35 du 5 août 1967 (SARL), pour introduire dans ce dernier un contrôle spécial, des conventions qui n'existe pas à l'état actuel.

Nous révélerons aussi les failles de la procédure de contrôle en droit français et démontrerons également l'inefficacité de la désapprobation d'une convention par l'assemblée générale. En outre, après avoir mis en relief la lourdeur et la complexité de la procédure en droit français, nous proposerons des éléments de réforme tendant à la simplifier.

1. V. pour une vue d'ensemble de la situation et de l'évolution jurisprudentielle, S. Emanuel, Corporations, 3^e éd., Emanuel Publishing Corp., N.Y., USA, 1997, pp. 196 et s.

Cette thèse se limitera toutefois à l'étude du sujet dans les personnes morales de droit privé commerçantes¹, et plus particulièrement aux sociétés anonymes, aux sociétés à responsabilité limitée (dans nos trois systèmes juridiques) et aux sociétés par actions simplifiées (en droit français). Les conventions réglementées et les conventions courantes seront traitées en profondeur, alors que les conventions interdites ne seront évoquées qu'au passage, à l'endroit opportun dans l'intérêt de la comparaison de leur nature avec celles des autres conventions et pour tracer les points de différence avec celles-là.

* * *

Une fois qu'une société est créée il faut, en dépit de la fiction juridique qui met au monde sa personnalité morale, la protéger contre les aléas qui la menacent. Son intérêt, l'intérêt social, doit prévaloir. C'est dans cette optique que le législateur a instauré la réglementation des conventions réglementées.

Il s'agit tout d'abord de cerner l'intérêt social et apprécier son interaction conflictuelle avec d'autres intérêts qui pourraient exister dans des conventions conclues entre les personnes visées et la société. Cela nous permettra de sonder par la suite, d'une manière plus éclairée, les moyens que peuvent déployer la société, les associés, et parfois les tiers, pour se prémunir et se protéger contre les conséquences négatives des conflits que peut engendrer une convention réglementée. Cette démarche sera entreprise en deux parties :

Première Partie : L'intérêt social, raison d'être principale de la réglementation des conventions réglementées.

Deuxième partie : La mise en œuvre de la protection de l'intérêt social en matière de conventions réglementées.

* * *

1. V. H. Poulinquen, pour un traitement des « Conventions réglementées dans les personnes morales de droit privé non commerçantes » : Deloitte, mai 2004 ; C. Malecki, Conventions réglementées, Associations et personnes morales de droit privé et de droit public, op. cit., pp. 25 et 26.

PREMIÈRE PARTIE

L'INTÉRÊT SOCIAL, RAISON D'ÊTRE PRINCIPALE DE LA RÉGLEMENTATION DES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

Cerner la notion d'intérêt social n'est pas une chose aisée. La loi française n'en donne pas de définition spécifique ; l'intérêt social « n'est que peu évoqué » dans le C. com. fr.¹ . Pour certains, elle « n'apparaît dans la loi que de façon détournée, notamment à propos des pouvoirs des dirigeants »², des filiales, des participations, des sociétés contrôlées³, et des infractions concernant les SARL⁴. Le Code civil français en fait mention à l'article 1848 qui dispose que le gérant peut accomplir tous les actes de gestion que demande « l'intérêt de la société ». Cette carence, probablement due au caractère abstrait de cette notion, en fait une notion subjective qui dépend des cas d'espèces dans son étendue et dans sa vigueur. C'est un « standard, un guide qui impose d'agir dans le respect des éléments fondamentaux de la société »⁵.

La situation est semblable aux Etats-Unis où on ne trouve pas dans les ouvrages de référence américains une définition précise du *corporate interest* (intérêt social) indépendante de celle de *corporate objective* (objet social). Le *corporate interest* est souvent associé à ce que les américains appellent la *social responsibility*⁶ (responsabilité sociale). On parle surtout de *interest of the corporation* ou *in the best interest of the corporation* (au mieux des intérêts de la société).

La doctrine est méfiante dans sa définition de l'intérêt social. La controverse au sujet de cet intérêt a été « relancée par le développement du gouvernement d'entreprise qui accorde une place spécifique aux actionnaires de la société »⁷. Elle semble procéder par une élimination systématique d'une définition après l'autre. Est-ce l'intérêt de la société personne morale *stricto sensu*, à long terme, ou bien celui des associés, généralement à plus court terme ? ou bien celui supérieur de l'entreprise, en tant qu'un tout économique, qui prend en compte non seulement l'intérêt étroit de la société elle-même mais aussi celui de tous les

1. Ph Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit, n° 52-1, p. 83.

2. M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, Droit des sociétés, 23^e édition, LexisNexis-Litec, 2010, n° 372, p. 211 ; art. L. 221-4, al.1, C.com.fr., renvoie à l'art. L. 221-4, C.com.fr. (SNC) ; art. L. 223-18, al. 4, C.com.fr., renvoie à l'art. L. 221-4, C.com.fr. (SARL).

3. Art. L. 233-3, I (2^o), C. com.fr.

4. Art. L. 241-3 (4^o) et (5^o) et art. L. 242-6 (3^o) et (4^o) C. com.fr.

5. M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, Droit des sociétés, op. cit., n° 372, p. 211.

6. V. exemple, L. Soderquist, L. Smiddy et L. Cunningham, Corporations and Other Business Organizations: Cases, Materials, Problems, 6^e éd., LexisNexis, 2005, Section VI, p. 557.

7. S. Rousseau et I. Tchotorian, L'« intérêt social » en droit des sociétés, Rev. soc., n° 4 / 2009, p. 737.

acteurs internes et externes qui jouent un rôle direct ou indirect dans la vie sociale. Ces acteurs sont les associés, les tiers, et plus précisément les créanciers sociaux et l'Etat¹. Ce sont les *stakeholders* ou « les parties prenantes » et les porteurs d'enjeux². C'est en quelque sorte un conflit entre la théorie contractuelle de la société et la théorie institutionnelle de la personne morale, cette dernière favorisant la définition de l'intérêt social comme étant celui de l'entreprise, alors que la première se soucie plus de l'intérêt des associés³. L'intérêt social est donc un concept non précis, « un concept mou, c'est un impératif de conduite, une règle déontologique, en clair la boussole qui indique la marche à suivre⁴».

C'est pourquoi, au dire d'un auteur, le débat sur l'intérêt social a lieu aujourd'hui plus souvent dans les prétoires qu'au sein des sociétés⁵, bien que les tribunaux recourent à cette notion dans des domaines variés, tels « la nomination d'un expert de gestion », d'un administrateur provisoire», de la révocation des dirigeants sociaux pour justes motifs » « de l'existence d'un abus de majorité, de minorité ou d'égalité⁶».

Il convient tout d'abord de délimiter l'intérêt social (Titre 1), avant de procéder à l'analyse du champ au sein duquel il doit se confronter avec d'autres intérêts (Titre 2).

* * *

-
1. Ph. Merle, Droit commercial, sociétés commerciales, op. cit., n° 52-1, p. 83.
 2. S. Rousseau et I. Tchotourian, L'intérêt social en droit des sociétés, op. cit., p. 758.
 3. P. Le Cannu et B. Dondero, Droit des sociétés, 3^e éd., Montchrestien – Lextenso 2009, n° 265 et s., pp. 171 et s.
 4. M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, Droit des sociétés, op. cit., n° 372, p. 211.
 5. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 52-1, p. 83.
 6. S. Rousseau et I. Tchotourian, L'intérêt social en droit des sociétés, op. cit., p. 738.

TITRE 1

DÉLIMITATION DE L'INTÉRÊT SOCIAL

Il serait peu réaliste de croire que les dirigeants sociaux, et même les associés, dans leur participation à la vie sociale, ne se préoccupent que de l'intérêt social, qu'ils ne voient d'ailleurs pas tous de la même manière. La conception qu'ils se font de cet intérêt est assez subjective. Il faut donc délimiter, dans la mesure du possible, les frontières de l'intérêt social au-delà desquelles les dirigeants et associés recouvrent une certaine liberté d'action sans avoir à se soucier des contraintes légales ou statutaires qui limitent cette liberté.

La délimitation de l'intérêt social revient, tout d'abord, à définir les autres intérêts avec lesquels il est appelé à cohabiter et ensuite à distinguer ceux qui lui font concurrence (Chapitre 1).

L'intérêt pratique d'une telle délimitation est de savoir si cet intérêt a été lésé par des actes juridiques conclus ou des actions perpétrées par des dirigeants ou des associées en violation de la loi ou des statuts sociaux. Non des moindres sont des abus comme l'abus des voix dans l'exercice du droit de vote¹; l'abus de mandat ; la violation de l'interdiction d'exercice de certains droits sociaux²; et surtout l'abus de biens sociaux³; et qui sont mus par un intérêt personnel générateur d'un conflit avec l'intérêt social (Chapitre 2)

1. Dans les décisions collectives : abus de majorité ou abus de minorité et même abus d'égalité.
2. Telles l'interdiction de voter dans une réunion de l'assemblée générale ou du conseil d'administration et l'interdiction de calcul dans le quorum de ces réunions.
3. P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 757, p. 508.

CHAPITRE 1

DÉFINITION DES INTÉRÊTS EN JEU

La doctrine et la jurisprudence ont heureusement suppléé au silence de la loi et, en apportant leurs définitions respectives à un certain nombre d'intérêts, nous ont permis de situer l'intérêt social dans un contexte moins abstrait.

Il y a des intérêts qui se rapprochent dans leur objectif de l'intérêt social, ce sont des intérêts voisins qui, tout en ayant l'apparence d'avoir une consistance similaire à celle de l'intérêt social, en sont quand même différents (Section 1). Il y a aussi les intérêts concurrents qui eux menacent l'intérêt social (Section 2).

Section 1. Intérêt social et intérêts voisins

L'intérêt de la société, dans son sens le plus étroit, est celui de la personne morale en tant qu'entité indépendante de tous les éléments qui la constituent et de toutes les personnes qui sont appelées à traiter avec elle. Dans un sens plus restreint, on pourrait penser que l'intérêt social est l'intérêt de tous les associés ou bien l'intérêt commun qui les unit dans l'*affectio societatis*. Ce qui est bon pour les associés est-il forcément et toujours bon pour la société ? On parle aussi de l'intérêt général de la société.

L'intérêt général (§1) et l'intérêt commun (§2) ont des connotations presque semblables. Les adjectifs « général » et « commun » semblent s'apparenter dans une portée comparable à celle de « social », loin des adjectifs égoïstes que sont les intérêts « privés », « particuliers » ou « personnels ». Ils nous donnent l'impression qu'ils ont en vue les intérêts de la société et de tous les associés, plutôt que ceux des dirigeants individuellement ou de quelques associés au détriment d'autres.

§ 1. Intérêt général de la personne morale

Le concept de l'intérêt général dans une société commerciale n'est pas le même dans une société isolée, qui ne fait pas partie d'un groupe de sociétés (A), et dans celle qui appartient à un tel groupe (B).

A. Définition de l'intérêt général

Le terme « général » qualifiant l'intérêt est un exemple certain de l'utilisation dans le monde juridique de terminologies dont le seul objectif semble être la création d'un laxisme favorisé par l'ambiguïté et l'incertitude. Qu'entend-on par intérêt général¹ dont la violation, par un dirigeant par exemple, concluant une convention avec sa société, est répréhensible ? Est-ce l'intérêt social interprété d'une façon large ? une autre version plus englobante des intérêts des associés ? de la société elle-même (donc l'intérêt social *stricto sensu*) ? et au-delà, les intérêts de tierces parties dont la lésion pourra affecter négativement l'intérêt social² ? Ou bien est-ce « l'intérêt social envisagé dans son aspect collectif ».³ La notion d'intérêt général semble être une notion plus jurisprudentielle que légale. Un certain nombre d'arrêts l'évoquent⁴. Dans ces arrêts-là, les termes « intérêt général » et « intérêt social » sont confondus⁵ et utilisés l'un ou l'autre pour dire la même chose. Ce qui rapproche l'intérêt général de l'intérêt social c'est leur distinctivité de l'intérêt personnel. En effet, les analyses doctrinales des conflits en présence dans une société commerciale, en commentant les décisions de justice, mettent l'un et l'autre en face de l'intérêt personnel⁶. Une convention qui n'est pas contraire à l'intérêt général et qui ne porte pas préjudice à la société n'est pas annulable⁷.

La recherche de l'intérêt dit « particulier », par opposition à l'intérêt « général »⁸, en dehors du cadre de l'intérêt personnel, serait à notre sens inutile, puisqu'un intérêt « particulier » est semblable à un intérêt « personnel » et la contrariété de ce dernier à l'intérêt général ou à l'intérêt social est désormais nettement définie.

B. Cas des groupes de sociétés

« Le groupe de sociétés peut-être défini comme un ensemble de sociétés qui, tout en conservant leur existence juridique propre, se trouvent liées les unes aux autres, de sorte que l'une d'elles, la société-mère, qui tient les autres sous sa dépendance, en fait ou en droit, exerce un contrôle sur l'ensemble des sociétés dominées et fait prévaloir une unité de

1. D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op. cit., n° 341, p. 334.

2. Idem, n° 425, p. 418

3. Idem, n° 349, p. 368.

4. Cass. com., 4 octobre 1994 : Defrénois 1995, n° 36017-2, p. 251, note P.Le Cannu.

5. Cass. com., 22 janvier 1991 : Bull. Joly, avril 1991, § 123, p. 389, note M. Jeantin.

6. Cass. civ., 18 juin 1997 : Bull. Joly, novembre 1997, § 346, p. 968, note P. Le Cannu.

7. CA Rouen, 11 mai 2000 : Bull. Joly, janvier 2001, § 69, p. 254, note J-J. Daigre.

8. D. Schmidt, les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op. cit., n° 321, p. 316.

décision »¹; ou bien « les groupes de sociétés sont des ensembles de sociétés soumises au contrôle, direct ou indirect, exclusif ou partagé, de certaines d'entre elles, placées elles-mêmes sous le contrôle de sociétés situées plus haut dans la hiérarchie du groupe, lequel est tout entier, souvent dominé par une, souvent simple holding... »². Cette domination a lieu soit parce que la société dominante tient la trésorerie et assure le financement et/ou la gestion des autres sociétés du groupe, soit parce qu'elle détient un actif vital aux filiales ou sociétés-sœurs. En conséquence, l'intérêt social individuel de ces sociétés s'efface devant « l'intérêt social du groupe »³.

En France, où on a remarqué que « l'intérêt du groupe est rarement pris en compte »⁴, la jurisprudence a imposé des critères stricts qui définissent l'existence ou l'inexistence de l'intérêt du groupe. Souvent évoqués à l'occasion d'un abus de biens sociaux, résultant d'un concours financier d'une société du groupe à une autre, dans laquelle le prévenu, personne physique ou morale, est intéressé, l'intérêt du groupe suppose l'existence d'un « intérêt économique, social ou financier commun apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe »⁵. Il ne doit pas être dépourvu de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge⁶. Déjà en 1974⁷, un jugement avait établi le fondement des critères susmentionnés. Il ne peut y avoir de justification au délit d'abus de biens ou de crédits sociaux (dans ce cas, concours financier apporté par des dirigeants d'une société à une autre entreprise d'un même groupe dans laquelle ils sont intéressés), que si trois conditions sont cumulativement remplies, à savoir :

- l'existence d'un groupe fortement structuré ;
- la conformité de l'acte considéré avec la politique du groupe ; et
- la proportionnalité des risques courus par la société désavantagée avec ses possibilités.

L'intérêt du groupe n'est pas, comme pourraient le croire certains, celui de la société dominante, ni celui des actionnaires majoritaires de cette dernière ; il est l'intérêt commun à tous les participants au groupe...un enrichissement global supérieur à la somme des profits

1. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 641, p. 809.

2. P. Didier, citation dans L'apport de la technique contractuelle aux besoins d'acquisition d'un groupe, Séminaire de Groupe de sociétés, 20 janvier 2004, Pr. Urban (DEA Droit des affaires) p. 4, présenté par F. Baumert et B. Belzung; v. schéma de la structure d'un groupe de sociétés à l'annexe n° 1.

3. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 52 – 1, p. 83.

4. Idem, n° 671, p. 891 ; nous remarquons l'utilisation des termes « intérêt du groupe » ; v. à la page suivante un commentaire sur cette appellation.

5. Cass. crim., 4 février 1985: D. 1985, p. 478, note D. Ohl, (arrêt Rozenblum).

6. Cass. Com., 13 février 1989: Rev. soc., 1989, p. 692, note B. Bouloc et C. Freyria.

7. TGI Paris, 11^e ch., 16 mai 1974: D. 1975, p. 37 (1^{ère} affaire Willot).

qu'auraient pu réaliser chaque société membre prise isolément¹. Certains auteurs ont même qualifié le respect de l'intérêt d'un groupe de « bien général »². Les conditions posées écartent le risque de voir l'intérêt social du groupe invoqué, pour un oui ou pour un non, comme un fait justificatif d'une opération à conclure entre des sociétés du groupe ; surtout quand ce n'est qu'un prétexte portant préjudice à l'une des sociétés du groupe sans aucune contrepartie pour elle³. Il s'agit donc de « concevoir le groupe dans sa globalité »⁴. Une filiale peut réaliser une opération qui, tout en étant immédiatement contraire à ses intérêts, est bénéfique au groupe⁵.

Certains prétendaient même que la notion de l'intérêt de groupe devrait normalement remplacer celle de l'intérêt social⁶. Une telle tentative aurait réussi si l'intérêt du groupe s'identifiait à celui de la société dominante (société mère, ou parfois une filiale). Mais comme la jurisprudence n'envisage plus l'intérêt d'un groupe que dans la communauté des sociétés membres qui le composent, l'appellation « intérêt social du groupe », évoquée par la doctrine, avec incertitude⁷, nous semble quand même être appropriée pour souligner qu'un groupe de sociétés, qui n'a pas de personnalité morale a quand même un intérêt indépendant de celui de ses sociétés membres, et supérieur⁸ à celui de ces dernières. Cela dit, comme le groupe n'est pas une entité juridique, nous préférons l'appellation « intérêt du groupe » à celle « d'intérêt social du groupe ».

Le droit américain ne partage pas entièrement cette façon de voir les choses, puisqu'il ne considère pas qu'une convention entre une société mère et sa filiale est *unfair*, s'il ne s'ensuit pas une détérioration de la situation financière de cette filiale⁹. En France, s'il y a simplement un amoindrissement du patrimoine social du fait d'une convention en faveur de la holding, la convention n'est pas annulable si le groupe en profite, à condition que les conséquences financières négatives sur la filiale ne soient pas insupportables. Alors qu'aux Etats-Unis, ce simple appauvrissement de la filiale est considéré comme *unfair*¹⁰, indépendamment de son impact sur le groupe tout entier. La tendance actuelle aux Etats-Unis est de faire partager les

1. Cass. crim., 4 février 1985, préc.

2. D. Schmidt, les conflits d'intérêts dans la société anonyme, n° 341, p. 334.

3. Idem, n° 424, p. 416.

4. P. Le Cannu et B. Dondero, Droit des sociétés, op. cit., n° 1546, p. 989.

5. Idem, n° 1468, p. 893.

6. P. Bézard, L. Dabin et J.-F. Echard, et al., Les groupes de sociétés, une politique législative, Etude du Centre de recherche sur le droit des affaires, de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, 1976, p. 177.

7. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 52 – 1, p. 83.

8. D. Schmidt, les conflits d'intérêts dans les sociétés anonymes, op. cit., n° 425, p. 418.

9. Comp. avec le droit français, condition de proportionnalité des risques courus par la société désavantagée avec ses possibilités, arrêt Rozenblum, préc.

10. Case v. New York Central R.R.: 15 N.Y. 2d 150; 204 N.E. 2nd 643, 1965; un cas de mauvaise allocation d'impôts entre filiale et holding.

charges financières d'une manière équitable entre la société mère et sa filiale. C'est ainsi que les contrats de prestations de services professionnels conclus entre une société mère et sa filiale, par exemple, des services juridiques, comptables et autres *general corporate expenses*, ne sont pas considérés comme des conventions courantes que si elles sont *fair* pour la filiale. Ces contrats peuvent être annulés sur la base du *self dealing* (contrat avec soi-même), si les services reçus par la filiale ne méritent pas les honoraires que la filiale verse à la société mère ; la convention est alors considérée comme *unfair* pour la société¹.

§ 2. Intérêt commun des associés

Il s'agit tout d'abord de définir les contours de l'intérêt commun des associés dans une société commerciale (A), pour pouvoir saisir l'essence de cette communauté qui semble être au centre de l'*affectio societatis* et sans laquelle la collaboration des associés au sein de la société « sur un pied d'égalité »² et « l'acceptation d'aléas communs »³ ne sauraient exister. Dans un deuxième temps, l'analyse de l'étendue de la notion d'intérêt commun, de nature plutôt relative, s'impose (B).

L'intérêt commun des associés doit exister non seulement lors de la constitution d'une société, mais doit être maintenu par la suite tout au long de sa vie. Les organes sociaux ne doivent point agir, ou laisser agir, de sorte que cet intérêt commun soit rompu par leurs actes. Par exemple, ils ne peuvent intervenir dans une convention qui menace cet intérêt commun aux dépens de la société ou des associés. Ignorer cette exigence revient à accepter indirectement, et d'une manière détournée, des actions ayant les mêmes effets que les clauses léonines prohibées.

A. Définition de l'intérêt commun

La définition de l'intérêt commun en droit libanais se trouve ancrée dans le Code des obligations et des contrats, qui dispose que « la société est un contrat synallagmatique par lequel deux ou plusieurs personnes mettent quelque chose en commun en vue de partager le

1. S. Emanuel, *Corporations*, op.cit., p. 26 ; un traitement similaire est réservé à la distribution des charges fiscales entre la société mère et ses filiales en cas de présentation de comptes consolidés. Si la présentation d'une déclaration fiscale unique tend à faire supporter la filiale une charge financière plus grande que si elle fait une déclaration fiscale séparée, la société mère est tenue de rendre à la filiale (give back) suffisamment de « benefit » pour qu'elle soit dans la même situation que si elle avait fait une déclaration fiscale séparée: *Idem*, p. 262.

2. R. Guillien et J. Vincent, *Lexique de termes juridiques*, 9^e éd., Dalloz, 1993, p. 25.

3. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 6^e éd., Puf, 2004, p. 36.

bénéfice qui pourra en résulter »¹. Par contre, le Code de commerce libanais ne contient pas une définition similaire ; il se contente de renvoyer en ce qui concerne le contrat de société aux dispositions du Code des obligations et des contrats : « Les règles posées par le Code des obligations relativement au contrat de société sont applicables aux sociétés commerciales, mais uniquement dans la mesure où elles ne seraient pas en contradiction expresse ou même implicite avec les règles du présent code »². Vu sous l'angle de l'intérêt commun-bénéfice, le texte semble être irréprochable ; mais son omission de mentionner l'éventualité des pertes que peut encourir la société, a été critiquée par la doctrine qui s'est résolue à admettre que la participation aux pertes n'est pas l'objectif principal de la constitution d'une société et, sur ce, n'en était pas une condition essentielle mais un résultat inéluctable³.

En droit français, c'est également le Code civil qui nous fournit la définition de l'intérêt commun dans les sociétés : selon l'ancienne définition « la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter »⁴. Une précision importante est ajoutée par la suite: « Toute société doit être constituée dans l'intérêt commun des parties »⁵. Ce texte a subi des modifications par la suite, la « communauté », cette fois ci de « l'entreprise », a été précisée⁶. Nous notons ici la différence avec la définition en droit libanais qui se contente de la mise de quelque chose en commun sans faire aucune référence à l'intérêt commun.

Un autre aspect de la communauté des intérêts dans une société est qu'elle implique l'égalité des associés⁷. Ces derniers sont supposés profiter de la même manière, dans la proportion de leurs participations respectives au capital social, des avantages et distributions que la société consent. L'intérêt commun des associés ne veut pas nécessairement dire la stricte égalité si la rupture de l'égalité avec les autres associés est bénéfique à la société⁸.

Mais dans quelle mesure l'intérêt général proche voisin de l'intérêt commun, s'y identifie-t-il ?

1. Art. 844 COCL.

2. Art. 42 C.com.lib.

3. Z. Yakan, Code des obligations et des contrats annoté, (14^e vol.), Les sociétés, art. 823 à 949 du COCL, Dar Al Sakafa, Al Maktaba Al Asriah, 1969, Sader, p. 102.

4. Art. 1832, al. 1, C.civ.fr, (ancien).

5. Idem, art. 1833 ; al. 1.

6. Art. 1832, al.1, nouveau (loi n°85-597 du 11 juillet 1985), C.civ.fr.

7. Idem.

8. Cette notion, nous le verrons plus tard, rejoint la notion de « fairness » en droit américain ; à comparer avec « l'opération essentielle » en droit français.

La doctrine distingue deux notions ; l'intérêt social qui concerne les rapports entre les associés et la société ; et l'intérêt commun, qui s'applique aux relations entre associés¹. Nous pensons que, quoique cette distinction s'impose de par la nature de chaque intérêt, les rapports entre associés ne sont pas totalement étrangers à ceux qui existent entre les associés et leur société. Le principe de l'égalité entre associés ne doit pas être compromis, non seulement pour des raisons d'équité, mais aussi, et peut-être surtout, pour que l'intérêt social, qui est l'âme même d'une société, n'en souffre pas.

En outre, nous pensons que toute tentative de rapprochement entre intérêt social et intérêt commun, dans le contexte de cette thèse, sur la base du principe de l'égalité des associés ne saurait aboutir que si les dirigeants de la société sont également considérés comme responsables de la protection de l'intérêt social au même titre que les associés, même si ces derniers tentent de violer l'intérêt commun. En effet, il incombe aux dirigeants, du moins en droit français et en droit américain, qui gèrent la procédure de contrôle spécial des conventions, de ne pas permettre aux associés, aussi prépondérants qu'ils soient, de léser l'intérêt social ; et pour prendre un exemple particulier, de ne pas autoriser une convention que les associés entendent conclure avec la société, si une telle conclusion est préjudiciable à l'intérêt social.

En tout cas, l'intérêt commun des associés ne peut être supérieur à l'intérêt social et l'opération qui est contraire à l'intérêt commun des associés, sans qu'elle lèse pour autant l'intérêt social, est valable². C'est pourquoi, comme nous le verrons plus loin (infra, p. 308), la décision de l'assemblée des associés qui désapprouve une convention réglementée n'entraîne pas forcément sa nullité. L'assemblée n'étant pas « la maîtresse de l'intérêt social », car l'exécution d'une convention réglementée désapprouvée ne cause pas nécessairement un préjudice à la société³. « Son application est une question de fait dépendant des circonstances de l'espèce »⁴.

Quant aux groupes de sociétés, la doctrine voit, à juste titre, que l'intérêt commun d'un groupe de sociétés exprime la convergence de l'intérêt patrimonial de la société réputée désavantagée et suppose que ce dernier ait été respecté⁵.

1. P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, op. cit ; n° 157, p. 100.

2. CA Paris, 3^e ch., : 5 avril 2002: JCP E 2002, p. 1796.

3. Cass. soc., 8 juillet 2009, Rev. soc., n° 4/2009, p. 823, note D. Poracchia (p. 831).

4. Cass. civ., 13 novembre 1984 : DS, 1985, p.104, note A. Breton.

5. Cass. crim., 4 février 1985, préc.

L'intérêt commun, vu par les Américains n'est pas tellement différent. La *joint stock company* est une « *association of individuals possessing : common capital...* »¹ (association d'individus ayant : un capital commun, ...). L'originalité du concept en droit américain est que l'unité des intérêts entre la personne morale et les membres qui la composent n'est pas considérée comme une communauté d'intérêts entre eux, ou une fusion entre l'intérêt social et l'intérêt commun des associés. Bien au contraire, ils considèrent les cas où une telle unité d'intérêts existe comme une cause du « *piercing of the corporate veil* » (ou perçage du voile social), à savoir la méconnaissance de la personnalité morale et la considération de la société comme « *l'alter ego* » ou « *l'instrument* » des associés. La conséquence d'une telle considération est que la société peut être victime des actes que les associés accomplissent au détriment de ses créanciers, par exemple².

Le traitement égalitaire de tous les associés n'est pas d'application uniforme aux Etats-Unis. Certains Etats prônent la théorie de l'« *Equal Treatment* » (traitement égalitaire) « qui prêche que tous les associés doivent se voir offrir la même « *opportunity* » (occasion, chance)³. La notion d'égalité n'est pas absolue; s'il y a des différences qui justifient un traitement inégalitaire, la dérogation au principe général est permise⁴. Dans un arrêt de principe, la jurisprudence a consacré la possibilité d'un tel traitement inégalitaire des associés dans certains cas⁵.

B. Relativité de la notion d'intérêt commun

Si la notion d'intérêt commun et le principe de traitement égalitaire des associés dans une société commerciale qui en découle ne présentent pas de véritables difficultés de compréhension, l'interprétation de cet intérêt commun ne saurait être faite toujours de la même façon par les organes sociaux concernés. La doctrine va plus loin en évoquant trois conceptions pour l'intérêt social; la première, contractuelle, confond l'intérêt social avec l'intérêt commun des associés⁶; la seconde, inspirée de la doctrine institutionnelle, englobe

1. Black's Law Dictionary, 7^e éd., West Publishing Co., 1999, p. 255; une plus ancienne édition de ce dictionnaire juridique (5^e éd ; 1979) stipulait « associations d'individus à des fins de bénéfices ».

2. J. Choper et M. Eisenberg, *Corporations*, Gilbert Law Summaries, 14^e éd., Harcourt Brace Legal and Professional Publications Inc., 1996, § 67, p. 11.

3. *Donahue v. Rodd Electrotyp Co.*: 328 N.E., 2nd 505 (Mass.1975).

4. J. Choper et M. Eisenberg, *Corporations*, op. cit., § 647, p.122.

5. *Nixon v. Blackwell* : 626 A. 2nd 1366 (Del. 1993); dans cet arrêt, la cour suprême de Delaware a trouvé que dans une « *close corporation* » (société anonyme de type fermé), les associés n'ont pas à être traités d'une manière égalitaire en ce qui concerne les arrangements qui affectent la liquidité de leurs actions (conventions de vente des actions à la société).

6. A tel point que certains proposent de ne pas distinguer l'intérêt social et l'intérêt commun ; v. D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, op. cit., n° 4, pp. 2 et 3.

l'intérêt de « l'entreprise » ou « la réalité économique humaine et financière à laquelle la société sert d'enveloppe juridique »; et la troisième, une vision institutionnelle, où « l'intérêt social ne se confond pas avec l'intérêt égoïste et immédiat des associés, qu'ils soient majoritaires ou minoritaires, encore moins avec l'intérêt personnel des dirigeants ; la société a un intérêt propre »¹.

L'intérêt commun est donc une notion relative, subjective, et même, à la limite, insaisissable. En effet, cet intérêt peut tantôt être assimilé à l'intérêt social et tantôt s'en différencier. Tout dépend de l'organe qui, à un moment donné, en vue d'une opération donnée, est appelé à porter son appréciation de l'intérêt commun (ou censé être commun). Les dirigeants non associés (1.) et les associés (2.) ne partagent pas toujours cette appréciation et ne visent pas toujours à protéger le même intérêt.

1. L'intérêt commun aux yeux des dirigeants non associés

Les dirigeants sont censés non seulement accroître les bénéfices de la société mais surtout veiller à sa prospérité et à sa pérennité. C'est là le principal objectif de leur mission. Il est vrai que c'est en fonction des bénéfices que les performances des dirigeants seront appréciées et dans la mesure de leurs contributions directes à la réalisation de ces bénéfices que leurs avancements et rémunérations seront décidés. Parfois, uniquement par convenance, ils souhaitent que l'intérêt social se confonde avec l'intérêt commun de tous les associés et que le premier ne soit que le résultat du second, puisque les associés vont se partager les bénéfices réalisés grâce à l'activité de ces dirigeants. En tout état de cause, les dirigeants sont dans l'obligation de voir plus loin et agir en sorte que la continuité de l'exploitation ne soit pas menacée uniquement pour servir les intérêts personnels, voire individuels, des associés au nom de l'intérêt commun.

Les dirigeants doivent, par exemple, refuser d'approuver une convention qui n'est pas bénéfique pour la société ; ou celle dont l'exécution amoindrira l'actif social. Le cas type est la convention qui oblige la société à payer une contrepartie qui est disproportionnée avec la valeur de la prestation de la partie contractante². En autorisant une telle convention, l'actif social, et en conséquence la quote-part qui en revient à chaque associé, est négativement entamée ; l'intérêt social souffre dans des cas pareils, au même titre, et dans la même mesure, que l'intérêt commun des associés.

1. M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 373, p. 212.

2. La jurisprudence fourmille d'exemples de telles conventions ; la majorité porte sur la rémunération des associés dirigeants.

Le droit des sociétés aux Etats-Unis adopte la vision « minimaliste » de l'intérêt social, celle qui le confond avec l'intérêt commun des associés. En effet, les dirigeants américains ont une responsabilité sociale (dans le sens de « communautaire »), à l'égard de la société à travers leurs actes qui doivent promouvoir, entre autres, le « *corporate altruism* » (altruisme social) à travers l'amélioration du « *general welfare* »¹ (bien-être général) de la société.

Les principes de la *corporate governance*, ou gouvernement d'entreprise, précisent que l'objectif de la société est l'exercice d'activités commerciales en vue d'accroître les bénéfices sociaux et le gain des associés²; et c'est ce que les dirigeants sont censés assurer à travers leur conduite des affaires sociales. Ces principes servent indirectement comme un « *general guide* » (guide général) pour la conduite des « *corporate officials* » (dirigeants sociaux)³. Cette approche est naturelle quand les dirigeants sociaux n'ont pas un lien de capital avec la société qu'ils dirigent et ne sont pas autrement intéressés à la convention qui est soumise à leur autorisation.

2. L'intérêt commun aux yeux des associés eux-mêmes

Pour les associés, l'intérêt social peut très bien être différent de leur intérêt commun. L'accroissement des fonds propres sociaux, souhaité dans l'intérêt social, n'est pas toujours partagé par les associés, assoiffés de dividendes. De tels associés, sans vision et pas toujours soucieux de la pérennité de leur société, veulent profiter à court terme en drainant les liquidités sociales, plutôt que d'en garder pour faire face à des nécessités financières futures. Ces associés n'hésiteront pas, par une décision collective, à voter en faveur d'une distribution inopportune de dividendes. En conséquence, leur patrimoine individuel s'enrichit, alors que leur société pourrait avoir besoin de conserver ces dividendes pour consolider sa situation financière et financer son activité et son expansion, ou tout simplement se présenter dans de meilleures conditions à ses banquiers. C'est un cas d'opposition entre « le dividende et la plus-value »⁴ de la société. Bien entendu, la distribution de dividendes ne constitue pas une des opérations visées par la réglementation des conventions, mais c'est un des cas où l'action des associés eux-mêmes est en conflit avec l'intérêt social.

1. J. H. Choper, *Corporations I*, printemps 2000, recherche sur internet « Contracts with Interested Directors », p. 14.

2. § 2.01 (a), ALI PCG, vol. 1, partie II, p. 55

3. *Idem*, note (c), p. 56.

4. P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, op. cit, n° 284, p. 185.

Nous pouvons aussi facilement imaginer les cas où la majorité des associés, dominants, concluent avec la société des conventions qui lui sont préjudiciables, ou qui ne sont pas nécessairement dans son intérêt¹. La « convergence des intérêts des parties »² dans l'intérêt social paraît parfois utopique. Elle ne se réalise que dans les sociétés dont le capital est détenu par un groupe d'associés très homogènes, ou bien entendu par un seul associé, comme dans le cas des filiales dans les groupes de sociétés dont le capital est intégralement détenu par la même holding. Autrement, il y aura les associés majoritaires qui ont une vision différente de la protection de l'intérêt social, au sens large, de celle des minoritaires qui investissent à des fins plus spéculatives.

Ce sont les antagonismes et parfois les conflits entre ces deux groupes d'associés qui mettent en relief la divergence dans leur conception de l'intérêt social.

Section 2. Intérêt social et intérêts concurrents

L'intérêt social se retrouve parfois confronté à des intérêts ayant d'autres visées que celles de promouvoir le bien-être social. Non seulement ils menacent ce dernier, mais ils peuvent l'affecter négativement. L'identification de ces intérêts facilitera la lutte qui doit être menée pour neutraliser leurs effets néfastes, en les subordonnant à l'intérêt social. Cette identification s'opérera par deux moyens : le premier, identifiera les intérêts concurrents en fonction du degré d'intervention de l'intéressé à la conclusion d'une convention (§1) ; et le second, en fonction de la nature de la convention (§2).

§ 1. Identification des intérêts concurrents en fonction du degré d'intervention de l'intéressé

Un dirigeant, doté de pouvoirs larges pour gérer une société commerciale, ou un associé dominant doté d'un pouvoir de vote prépondérant, peut profiter de sa position privilégiée dans la société pour faire prévaloir un intérêt concurrent à l'intérêt social, sans que cela ne soit toujours visible. Cet intérêt pouvant être direct (A) ou indirect (B).

A. Intérêt direct

L'intérêt est dit direct lorsque la personne visée en bénéficie directement, lorsque l'intérêt se réalise par son intervention personnelle directe. Un administrateur d'une société anonyme libanaise conclut une convention avec cette dernière³. En France, « une convention

1. Idem.

2. Idem, n° 143, p. 72.

3. Art. 158, al 1. C.com.lib.

intervenant...entre la société et son directeur général, l'un de ses directeurs généraux délégués, l'un de ses actionnaires... »¹, ou aux Etats-Unis : « *No contract or transaction between a corporation and one or more of its directors or officers...* »² (Aucun contrat ou transaction entre une société et un ou plusieurs de ses administrateurs ou dirigeants... ». « *A director or officer is interested in a transaction or conduct if the director or officer...is a party to the transaction or conduct...* » (Un administrateur ou un dirigeant est intéressé dans une transaction ou conduite si...l'administrateur ou dirigeant... est partie à la transaction ou la conduite)³. Cela s'applique également à l'associé⁴.

On parle aux Etats-Unis de « *direct conflicts* » (conflits directs), avec une nuance comparativement avec les droits libanais et français. Est considéré comme conflit direct tout conflit où un *director* ou « *his close relative* » (un parent proche) a un « *large financial interest* » (intérêt financier important) dans une convention, même si ni lui ni son parent n'y est partie contractante, à condition qu'il connaisse ces faits au moment de sa conclusion et qu'il aurait pu raisonnablement prévoir qu'un tel intérêt est de telle « *financial significance* » (importance financière) qu'il peut influencer le jugement du *director* s'il est appelé à voter sur la convention⁵.

On reconnaît que l'intérêt direct, en droit libanais et en droit français, existe du fait qu'une personne, visée par la réglementation, est elle-même partie contractante à l'acte⁶; jouant « le rôle de contrepartie »⁷. N'a pas été considéré comme l'intérêt (direct) visé par la réglementation, la rétribution d'un administrateur découlant de son contrat de louage de services, un contrat type où l'intéressé est naturellement une partie contractante, puisqu'il ne s'agit pas de l'intérêt direct ou indirect dans une entreprise ou dans un marché avec la société⁸.

-
1. Art. L.225-38, al. 1, C.com.fr (SA); art L.225-86, al. 1, C.com.fr. (SACS): « Toute convention intervenant directement ou par personne interposée entre la société et l'un des membres du directoire ou conseil de surveillance ou actionnaire; art L.223-19, al.1, C.com.fr. (SARL) et art. L. 227-10, al. 1, C.com.fr. (SAS): «...Conventions intervenues directement...»
 2. 8 §144 (a) DCLA, p. 42.
 3. § 1.23 (a) ALI PCG., vol. 1, partie I, p. 25; §8.60(1) RMBCA, p. 49: « conflicting interest » (intérêt conflictuel).
 4. § 1.23 (b) ALI PCG., vol. 1, partie I, p. 25.
 5. S. Emanuel, Corporations, op. cit., p. 198.
 6. E. Tyan, Droit commercial, op.cit., p. 670.
 7. P.Pic et J.Kréher, Traité général théorique et pratique de droit commercial, des sociétés commerciales, 3^e éd., Tome II, Rousseau et Cie, 1948, n° 2091, p. 545.
 8. Trib. com. Seine, 21 mai 1904 : JS, 1905, p. 186 ; v. aussi CA Bordeaux, 20 novembre 1865 : S., 66, II, 119 (société en commandite).

B. Intérêt indirect

Il est moins facile de déceler l'intérêt indirect que pourrait avoir un dirigeant dans une convention conclue avec la société qu'il dirige¹. L'appréciation de l'existence d'un tel intérêt est une question de fait, dont la preuve est recevable par tout moyen². Il s'agit de différencier entre l'intérêt indirect qu'a une personne dans une convention et l'intervention indirecte d'une personne visée dans une convention³. Dans le premier cas, l'intérêt indirect peut-être réalisé même sans l'intervention de la personne visée⁴.

Le texte du droit libanais en la matière reconnaît, en dépit d'une rédaction qui peut-être nettement améliorée, la distinction susmentionnée puisqu'il parle de « convention directe ou indirecte ou par personne interposée »⁵. Ce texte aurait dû mentionner les termes « intérêt » ou « intéressé »⁶. L'intérêt indirect est lié au profit tiré d'une manière indirecte par l'intéressé⁷. Ce qui s'entend de tout avantage qu'un dirigeant peut retirer d'une convention sans y être partie...⁸, ou de tout bénéfice qui lui profite indirectement après être passé dans le patrimoine d'une autre personne⁹. « L'intérêt est indirect lorsque le marché est susceptible de profiter indirectement à l'administrateur, sans que celui-ci ait assumé ostensiblement le rôle de contrepartie »¹⁰. Cette manière indirecte peut être présumée par l'interposition de personnes¹¹, y compris les personnes morales, ainsi que le fait que la convention intervienne avec une société dont l'un des dirigeants de la société est lié à cette dernière¹². La réglementation des conventions dans les SAS ne semblent pas inclure les cas où le dirigeant de la société de référence est lié à la société contractante comme c'est le cas dans les SA, SACS et SARL ou dans les cas où le bénéfice indirect résulte d'une convention avec une personne suffisamment proche pour créer des doutes sur son indépendance et sa faculté de

1. E. Tyan, Droit commercial, op. cit, p. 670.

2. C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann., Tome second, éd. Sader, Beyrouth, commentaire de l'art. 158, note 5.

3. A ne pas confondre « intérêt indirect » et « intervention indirecte » qui est traitée plus loin dans cette thèse : v. infra, pp. 182 et s.

4. TGI Compiègne, 22 décembre 1964 : JCP, 1965, II, 14279, note N. Bernard.

5. Art.158, al. 1, C.com. lib.

6. Comp. art. L.225-38, al. 2, C.com.fr. (SA), art. L.225-86, al. 2, C.com.fr. (SACS) ; et L.223-19 C.com.fr. (SARL) ; et art. L. 227-10, al. 1, C.com.fr. (SAS)

7. Ph. Auade, Traité des sociétés, Tome 2, volume 1, La société anonyme, éd. Sader 2004, Beyrouth, n° 485, p. 367, note 2 ; Y. Guyon, Droit des affaires, tome 1, 7^e éd., Economica 1992, n° 420, p. 428.

8. Cass. com., 4 octobre 1988 : Bull. Joly, novembre 1988, § 276, p. 861, note P. Le Cannu.

9. F. Fabia et P. Safa, C.com.lib. ann., op. cit., commentaire de l'art 158, note 4.

10. P. Pic et J Kréher, Traité général théorique et pratique de droit commercial, op. cit., n° 1091, p. 545.

11. I. Balensi, Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, op. cit., n° 78, p. 50 ; Cass. com., 23 octobre 1990: Rev. soc., 1991, 92, note Y. Guyon.

12. Art. 158, al. 2, C. com. lib ; art. L.225-38, al. 3, C.com.fr (SA); art. L. 225-86, al. 3, C.com.fr. (SACS) ; art. L. 223-19, al. 5, C.com.fr. (SARL).

bénéficiaire de la convention, toute seule, sans que cette personne n'en tire un profit quelconque¹.

Les SARL et SAS françaises ne semblent pas être soumises à la même réglementation, quand il s'agit uniquement d'un intérêt indirect dans une convention, tant qu'elle n'a pas été conclue par personne interposée. Les articles qui régissent cette matière ne réglementent que « les conventions intervenues directement ou par personnes interposées... »². La notion d'intérêt indirect n'y est point mentionnée. L'utilité de la notion d'intérêt indirect pour l'application de la réglementation est qu'elle permet une plus large couverture que celle qui sera pratiquée si seulement les critères de « liens organiques » entre les parties contractantes étaient retenus³.

La jurisprudence préconise quand même une application restrictive du texte relatif à l'intérêt indirect car il constitue une dérogation à la liberté des conventions⁴. Ainsi n'a pas été reconnu comme ayant un intérêt indirect l'administrateur d'une SA qui n'était que l'un des associés d'une SARL qui a contracté avec la SA⁵.

La doctrine française est divisée sur cette notion d'intérêt indirect. Les promoteurs d'une interprétation large veulent étendre le contrôle des conventions dans un souci de transparence⁶. Cette interprétation ne dépend pas de l'identité du cocontractant⁷, alors que d'autres partagent la tendance jurisprudentielle moins extensive⁸. Tout en assurant une plus grande protection de la société et des créanciers sociaux, une interprétation large risque d'entraver la sécurité de transactions⁹. En dépit de la souplesse qui la caractérise, découlant du fait qu'un intérêt indirect doit être apprécié au cas par cas, une approche pratique de cet intérêt, avancée dans une étude de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes (CNCC) sur les conventions, nous semble être la plus appropriée : « L'intérêt indirect ne sera

-
1. Cass. com., 23 janvier 1968 : Bull. civ., 1968 (1969), n° 38, p. 28 ; promesse de vente immobilière consentie par la société à l'épouse du président – directeur général, annulée parce qu'elle n'a pas été préalablement autorisée par le conseil d'administration ; les époux habitent ensemble l'immeuble dont s'agit, même s'ils sont mariés sous le régime de séparation des biens ; v. aussi CA Paris, 20 novembre 1998 : RTDC, 1999, 145, obs. B. Petit et Y. Reinhard.
 2. Art. L.223-19, al. 1, C.com.fr (SARL) ; I. Balensi ; Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, op. cit., n° 78, p. 50 ; v. aussi art. L. 227-10, al.1, C.com.fr. (SAS).
 3. I. Balensi, Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, op. cit., n° 79, p. 50.
 4. Cass. com., 4 octobre 1988 ; préc.
 5. Cass. com., 21 juillet 1964 : JS, 1965, art. 7026, p. 13 ; la cour considère que la CA n'a pas justifié l'application de l'art 40 de la loi du 24 juillet 1867 (un des prédécesseurs de l'art. L.225-38 C.com.fr.) en ne cherchant pas si l'administrateur concerné était gérant ou directeur de la SARL. L'intérêt indirect résultant d'une interposition de personnes morales sera traité infra, p. 189.
 6. C. Malecki, Conventions réglementées, op. cit., n°14, p. 5.
 7. P. Le Cannu et B. Dondero, Droit des sociétés, op. cit., n° 751, p. 503.
 8. Idem.
 9. Cass. com., 23 octobre 1990, préc.

pris en considération que s'il apparaît suffisamment important pour infléchir la conduite du dirigeant intéressé et pour rendre la convention suspecte »¹.

Le droit américain connaît aussi l'hypothèse de l'intérêt indirect quand l'intéressé n'est pas partie à la transaction ; il reconnaît l'existence d'un *conflicting interest* (intérêt conflictuel) même si ni l'intéressé ni l'une des parties qui lui sont liées n'est pas partie à la transaction². Que l'intérêt soit direct ou indirect ne compte pas tellement ; c'est surtout l'impact de cet intérêt sur la société qui compte. Par définition, « *interested* » (intéressé) englobe aussi bien l'intérêt direct que l'intérêt indirect du fait que la personne visée a des relations d'affaires, financières ou familiales avec une partie à la convention conclue avec la société. L'intérêt indirect existe du fait de cette relation, si raisonnablement elle peut influencer la décision de cette personne d'une manière négative pour la société³ ou quand la convention est conclue avec une personne liée à la personne visée, ou si la personne visée est « *subject to a controlling influence by a party to the transaction...and that controlling influence could reasonably be expected to affect the director's or officer's judgment with respect to the transactions...in a manner adverse to the corporation* » (assujettie à l'influence déterminante de l'intéressé qui cause un résultat négatif pour la société)⁴.

Dans la pratique, l'intérêt direct personnel existe, comme en droit libanais et en droit français, toutes les fois que la personne visée est partie directe à la convention⁵.

Quant à l'intérêt indirect, il existe quand la convention, non conclue directement avec la personne visée, est conclue avec une autre « *person or entity* » (personne ou entité) dans laquelle la personne visée a « *a strong personal or financial interest* »⁶ (un intérêt personnel ou financier important). On parle alors de « *indirect conflicts* »⁷ (conflits indirects).

§ 2. Identification des intérêts concurrents en fonction de leur nature

A priori, on pourrait croire que l'intérêt qu'a une personne visée dans une convention doit forcément être quantifiable, voire facilement calculable, donc matériel (A). Il est vrai qu'une personne visée intéressée à une convention espère en retirer un enrichissement matériel, le plus souvent réalisable dans un délai relativement court à partir de la date de sa conclusion; mais ce n'est pas toujours le cas. L'intérêt dont peut profiter une personne visée, aux dépens de la société, de ses associés et même de ses créanciers, peut avoir une nature moins tangible et être moins visible à l'œil nu, il peut s'agir d'un intérêt moral (B).

1. Compagnie nationale des commissaires aux comptes, Etudes juridiques, Les conventions entre les entités et les personnes « intéressées », op.cit., § 32, p. 46.

2. § 8.62 (b) RMBCA, p. 50.

3. § 1.23 (a) (2) et (3) ALI PCG, vol 1, partie I, p. 25.

4. Idem, § 1.23 (a) (4).

5. L.Solomon et A. Palmiter, op. cit., § 13.1.2, p. 224.

6. Idem.

7. S. Emanuel, Corporations, op. cit., p. 198.

A. Intérêt matériel

L'intérêt matériel qui fait concurrence à l'intérêt social est spécifique et se distingue par deux caractéristiques essentielles; c'est un intérêt personnel (1) qui est opposé à l'intérêt social (2).

1. Intérêt personnel

Le caractère personnel de l'intérêt est un critère nécessaire à la concurrence avec l'intérêt social, réprimée par la réglementation des conventions. L'intérêt personnel va à l'encontre de l'intérêt commun des associés, dont le but est de partager « la richesse sociale selon la part qui revient à chaque associé »¹. En effet, dans sa poursuite de son intérêt personnel individuel, la personne visée devient égoïste² et a une forte tendance à satisfaire ses propres intérêts en premier lieu, même si ses démarches dans ce sens ne sont pas toujours opposés aux intérêts de la société ; c'est une réalité constatée aussi en droit américain³. L'exemple le plus commun reste celui de la rémunération des associés qui sont aussi les dirigeants de la société. L'intéressé tente de se procurer le maximum moins par intention de nuire à la société, que pour promouvoir son intérêt purement personnel au détriment de ses coassociés.

La notion d'avantage particulier (*personal advantage*) n'est pas nouvelle aux Etats-Unis. Le terme *unfair advantage*, ou avantage injuste (voire inéquitable, déloyal), a déjà été utilisé par la jurisprudence américaine en 1930, dans un arrêt de principe qui a condamné l'administrateur d'une banque pour avoir vendu un immeuble à sa banque à un prix supérieur à sa juste valeur⁴. Même dans les groupes de sociétés, la société contrôlante ne peut exercer son contrôle pour tirer un *special advantage* (entendre « avantage particulier » ou « avantage spécial ») de la société contrôlée⁵. Cette notion suppose qu'un dirigeant (*director* ou *officer*) réalise un *unfair profit* du fait de sa position dans la société. Il ne peut *promote* (promouvoir) son intérêt personnel *at the expense* (aux dépens) de la société. Il ne peut réaliser un *secret profit* (profit secret) ; d'où l'importance de la révélation de l'intérêt personnel pour que le dirigeant soit considéré comme ayant agi de bonne foi⁶. Le seul fait

1. D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op. cit., n° 347, p. 340.

2. Idem, n° 400, p. 392.

3. R. Stevens, Handbook on the law of private corporations, 2^e éd., West Publishing Co, 1949, n° 147, p. 672; les administrateurs sont censés promouvoir l'intérêt commun de tous les actionnaires et non pas leur « own selfish interests » (intérêts égoïstes propres).

4. Schemmel v. Hill: 91 Ind. App. 373; 169 N.E. 678 (1930).

5. Pepper v. Litton : 308 U.S. 295 (1930) ; J. Choper et M. Eisenberg, Corporations, op. cit., § 633, p. 119.

6. W. Knepper et D. Bailey, Liability of Corporate Officers and Directors, éd. LexisNexis, Matthew Bender & Co., 2007, vol. 1, § 4.24, p. 4-64.

qu'un intérêt personnel ou, en droit américain, un « *self interest* »¹, existe dans une convention conclue par une personne visée, n'est pas suffisant pour la mettre en cause; encore faut-il qu'un tel intérêt soit contraire ou opposé à l'intérêt social. Le droit américain tranche ainsi plus nettement que le droit français en ce qui concerne la définition de l'intérêt personnel. La rupture de l'égalité entre les associés est insuffisante pour mettre en cause la convention qui en est responsable sur le fondement de la violation de la loi qui interdit une telle rupture².

2. Intérêt opposé à l'intérêt social

La poursuite de l'intérêt personnel en droit français dans une convention conclue par une personne visée avec la société n'est répréhensible que si elle est opposée, et dommageable à l'intérêt social. L'intérêt personnel dans ce cas n'est obtenu « qu'au préjudice des intérêts des autres actionnaires »³. C'est là que le conflit d'intérêts est le plus apparent. Toutefois, la seule contrariété d'un acte à l'intérêt social ne permet point de déduire qu'il a été conclu rien que pour favoriser un intérêt personnel⁴.

En droit libanais, l'opposition à l'intérêt social est mise en relief par l'octroi à l'intéressé d'« avantages particuliers ». Un actionnaire ne peut voter dans une assemblée générale sur une résolution lorsqu'il s'agit de lui attribuer de tels avantages⁵. Cette interdiction est voulue quand la décision à prendre confère un intérêt susceptible de prévaloir...sur l'intérêt général de la société...»⁶. C'est pour empêcher qu'un dirigeant n'abuse de sa « fonction pour contracter avec la société et obtenir des avantages particuliers »⁷ que la réglementation a été instaurée. La jurisprudence libanaise a considéré que le fait de donner priorité à l'intérêt personnel à l'égard de l'intérêt commun est assimilable au dol et à l'abus de pouvoirs⁸.

1. 8 § 144 DCLA, note p. 43.

2. Et non sur le fondement de la réglementation des conventions réglementées qui, nous le verrons avec plus de détails dans cette thèse, ne permet pas d'attaquer une convention abritant un intérêt personnel que si elle est préjudiciable à la société (droit français); qui lui est donc « unfair » (droit américain); v. développements qui suivent.

3. D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op. cit., n° 347, p. 343.

4. Cass. crim. 15 septembre 1999 : Bull. Joly, janvier 2000, § 12, p. 65, note C. Mascala.

5. Art. 187 C.com.lib; v. infra, interprétation par l'auteur de cette thèse de la notion d'avantage particulier, p. 345.

6. C. Fabia et P. Safa, C.com.lib ann., op. cit., commentaire de l'art. 187, note 1; l'utilisation dans cette note des termes « avantages particuliers » et « intérêt particulier » est remarquable.

7. A. Najjar, L'administration de la société anonyme libanaise, Bruylant-Delta 1998, n° 162, p. 102.

8. TPI, com., Beyrouth: n°416/653, 8 octobre 1970: Hatem, n° 131, p. 43.

En France, les termes « avantages particuliers », quoique utilisés parfois pour suggérer « intérêt personnel »¹, sont surtout utilisés pour signifier les avantages stipulés dans les statuts au profit d'un associé, souvent en relation avec un apport en nature qui ouvre la voie à la procédure de vérification², ou même des avantages conférés dans des conventions extra-statutaires³. Ce sont forcément des avantages octroyés à un ou plusieurs des actionnaires et non « attribués indistinctement à tous les actionnaires »⁴ ou consentis « au détriment de la masse des associés »⁵. L'opposition d'intérêts qui est créatrice de conflits se manifeste à chaque fois où un équilibre presque parfait n'est pas établi dans une convention qu'une personne visée conclut avec la société et qui se solde par un appauvrissement de la société au profit de l'intéressé visé.

Aux Etats-Unis, une convention conclue par un dirigeant, où « l'intérêt personnel » ne vient pas en conflit et ne s'oppose pas à l'intérêt social, n'est point attaquable. L'obligation fiduciaire qui pèse sur un dirigeant (et sur un associé) impose l'interdiction d'utiliser sa position pour profiter d'un « avantage personnel » qui n'est pas partagé avec la société⁶. Si cet avantage est partagé, la convention n'est pas annulable même si le dirigeant réalise un intérêt personnel⁷.

Les exemples de conventions créatrices d'un conflit entre l'intérêt social et l'intérêt personnel d'une personne visée, associée ou dirigeante, sont variés et nombreux. Au quotidien, les besoins sociaux requièrent que la société se procure des biens et des services auprès de personnes qui, en principe, lui sont étrangères. En se substituant à ces étrangers, la personne visée, en fournissant ces biens ou services à des conditions défavorables à la société est susceptible de causer un dommage matériel à la société. Ce dommage peut être quantifié

-
1. C. Houpin et H. Bosvieux, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, 7^e éd., Tome 1^{er}, 1935, Administration du journal des notaires et des avocats, Librairie de la société du recueil Sirey, 1935, n° 700, p. 848, définit d'une façon large les avantages particuliers comme « tout droit et toute allocation, rétribution ou prérogative ayant pour effet de rompre l'égalité entre les associés ».
 2. Pour éviter la surévaluation de ces apports, v. M. de Juglart, et B. Ippolito, par E. du Pontavice et J. Dupichot, *Traité de droit commercial*, 3^e éd., deuxième partie, Monchrestrien, 1982, n° 597, p. 52, et n° 605-12, p. 77.
 3. Y. Guyon, *Droit des affaires*, op. cit., n° 286, p. 280.
 4. A. Moreau, *La société anonyme*, *Traité pratique*, 2^e éd., Librairie du journal des notaires et des avocats, 1955, n° 385, p. 507 ; de même, ne sont pas considérés comme avantages particuliers: rémunération du travail d'un administrateur et toutes attributions et rémunérations conférées à des personnes associées dans la société.
 5. CA Lyon, 15 mars 1928: JS, 1929, 202.
 6. R. Stevens, *Handbook on the Law of Private Corporations* ; op. cit., § 147, p. 671; v. aussi *Kessler v. Commonwealth Doctors Hospital, Inc.*, 29 novembre 1971: 1971 Va. LEXIS 380; 212 Va 479; 185 S.E. 2nd 43.
 7. *Idem*, § 147, p. 675.

puisqu'il représente la différence entre les montants que la société doit verser à la personne visée intéressée, en contrepartie des biens ou services reçus, et les prix et tarifs pratiqués sur le marché pour des fournitures comparables que la société aurait pu se procurer auprès de tierces parties.

Dans la plupart des cas, l'intérêt personnel se traduit par un accroissement pécuniaire du patrimoine de l'intéressé, d'une manière tangible. Cela ne veut point dire que la poursuite par l'intéressé visé par la réglementation des conventions d'un intérêt purement matériel et patrimonial aux dépens de l'intérêt social est le seul intérêt qui menace l'intérêt social. D'autres intérêts de nature morale peuvent être bien plus dangereux pour la société, quoique non facilement, ou pas du tout, quantifiables pécuniairement.

B. Intérêt moral

Dans l'ensemble, un intéressé qui intervient dans une convention pour faire promouvoir un intérêt non matériel le fait surtout dans l'espoir que la matérialité se manifeste à l'avenir et que cet intérêt, en l'apparence de nature morale, se transforme en un intérêt patrimonial. C'est une interprétation large de la notion d'intérêt personnel que la doctrine et la jurisprudence adoptent pour considérer que l'intérêt moral, au même titre que l'intérêt matériel, peut menacer l'intérêt social. C'est pourquoi, appuyées sur le laxisme du législateur, elles ont soutenu que l'intérêt personnel pouvait ne pas être seulement de nature patrimoniale¹. Il est désormais unanimement admis que la poursuite d'un intérêt moral, et non seulement d'un intérêt « d'ordre matériel ou pécuniaire »², est générateur de conflits. Le plus souvent, la recherche de l'intérêt moral se trouve associé au délit d'abus de biens et de crédits sociaux.

Les raisons qui peuvent porter un intéressé à conclure une convention dans un intérêt non purement matériel ou, plutôt, non immédiatement matériel, sont multiples, et revêtent des aspects variés, professionnel, moral, honorifique, se rapportant en somme à la réputation (1.) ou bien se rapportant à l'influence (2.).

1. Cass. crim., 16 février 1971 : Rev. soc. 1971, p. 418, note B. Bouloc.

2. Cass. crim., 9 mai 1973 : Rev. soc. 1973, 696, note B. Bouloc.

1. Réputation

L'intérêt moral peut provenir de l'accomplissement d'un acte visant à sauvegarder la réputation de l'intéressé ou celle de sa famille¹.

Le fait pour une personne visée de consentir des générosités en utilisant des fonds sociaux pour s'attirer la reconnaissance de ceux à qui il venait en aide² est considéré comme un intérêt personnel à caractère moral, allant à l'encontre de l'intérêt social.

De même, la recherche de notoriété politique personnelle, du prestige, moyennant des pratiques d'égal impact³, est un intérêt à caractère moral dont la poursuite engage la responsabilité pénale du dirigeant sur la base d'abus de biens sociaux.

2. Influence

Faire plaisir à quelqu'un sans en tirer un profit matériel est une chose commune. Toutefois, un dirigeant de sociétés n'est pas libre d'en faire supporter la charge à sa société quand elle n'en profite pas. Faire payer à la société une dépense au profit d'un tiers, sans contrepartie valable pour elle, uniquement dans l'intérêt personnel d'un dirigeant désireux « d'entretenir de bonnes relations avec un tiers proche des sphères politiques », est un acte contraire à l'intérêt social et relève de l'intérêt personnel moral du dirigeant⁴, tant que ce n'est pas dans l'intérêt de la société que ces dépenses ont été encourues⁵. De même, un dirigeant ne peut nouer des relations personnelles avec les largesses puisées dans les fonds sociaux⁶.

C'est ainsi qu'a été annulée, aux Etats-Unis, une convention de cession, conclue entre une société holding en difficulté, et une filiale, des actions de cette dernière à la suite des pressions de deux actionnaires dirigeants de la holding, eux-mêmes agissant en concert avec des actionnaires de la filiale, pour un prix inférieur à leur valeur réelle. Le syndic a relevé que les dirigeants de la holding ont recouru à cette cession pour réduire le pouvoir de contrôle et l'influence qu'avait la holding dans la filiale, en réduisant son actionnariat dans cette dernière et, en conséquence, ses droits de vote⁷.

1. Cass. crim., 3 mai 1967: Bull. crim., 1967, n° 148, p. 350; découvert consenti par le président du conseil d'une société à son frère dans une situation financière critique.

2. Cass. crim., 7 mars 1968: Bull. crim., 1968, n° 80, p. 189.

3. Cass. crim., 20 mars 1997: Rev. soc., 1997, p. 581, obs. B. Bouloc. Ces pratiques consistent dans ce cas en des prélèvements sur des fonds sociaux (pourvoi rejeté).

4. Cass. crim., 15 septembre 1999, préc. p. 68.

5. Une analyse de cet arrêt figure au Dalloz Sirey n°14, du 6 avril 2000 pp. 319 – 322, par A. Médina ; et sous la rubrique « Corruptions et trafic d'influence » sur Lexinter.net.

6. T. com. Paris, 2° ch., 20 juin 2006: Bull. Joly, décembre 2006, § 294, p. 1434 ; note J.-Cl. Hallouin (p. 1450).

7. Potter v. Sanitary Co. of America, 13 juillet 1937: 1937 Del. Ch. LEXIS 52 ; 22 Del. Ch.110; 194 A. 87.

De même, les administrateurs d'une filiale ont intérêt, un intérêt moral, à « s'incliner devant les conditions dictées par la société mère »¹ et à approuver un contrat conclu en faveur de cette dernière « car ils sont intéressés à la stabilité de leur mandat social »²; stabilité qui pourrait être menacée s'ils s'opposaient à la volonté de la société mère, à laquelle ils doivent en définitive leur désignation. C'est donc l'exercice de l'influence par la société mère et la soumission par des administrateurs obéissants, dans un intérêt moral et sans égard à l'intérêt social, qui sont répréhensibles.

En droit américain, l'intérêt moral est aussi retenu comme cause de la mise en œuvre de la responsabilité d'un administrateur, au motif que cet intérêt le prive de son objectivité dans la conduite des affaires sociales, ou de son indépendance, si la personne intéressée maintient avec lui des relations « *familial, financial ou business* »³ (familiales, financières ou d'affaires). Cela est vrai quand de telles relations sont estimées avoir influencé le jugement de l'administrateur d'une manière contraire à l'intérêt social et sans que l'administrateur n'ait prouvé qu'il eût pu raisonnablement croire que sa conduite était dans l'intérêt de la société⁴.

Les intérêts, sous leurs aspects différents, qu'ils soient des intérêts voisins ou des intérêts concurrents, ont été identifiés et définis dans ce chapitre, dans une tentative de délimiter les frontières de l'intérêt social. La prise en considération de son intérêt personnel par un dirigeant ou associé n'est pas une mauvaise chose ; elle est même légitime et relève de la nature humaine. Ce qui est répréhensible c'est la promotion d'un tel intérêt aux dépens de l'intérêt social au mépris des obligations qui pèsent sur les intéressés. Nous avons pu aussi constater que ces notions ne sont pas tellement différentes dans nos trois systèmes juridiques. L'intérêt social est préservé quand aucun préjudice n'est porté à la société par une convention conclue entre une personne visée par les réglementations des conventions réglementées et la société. Nous verrons dans le chapitre suivant (Chapitre 2), dans quelle mesure le jeu des intérêts qui font concurrence à l'intérêt social peut provoquer un conflit.

* * *

1. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, Contrats entre les administrateurs et la société, op. cit., p. 6.

2. Idem.

3. § 8.31 (1) (B) (3) RMBCA, p. 43 ; L. Solomon et A. Palmiter, Corporations, op. cit., § 12.3.1, p. 204.

4. § 8.31 (1) (B) (3) (a) (b) RMBCA, p. 43.

CHAPITRE 2

JEU CONFLICTUEL DES INTÉRÊTS

Par définition, il y a conflit quand il y a des intérêts opposés, généralement des intérêts personnels qui font concurrence à l'intérêt social. « *A conflict of interest is a situation in which someone, in a position of trust, such as... or an executive or director of a corporation has competing... or personal interest* »¹ (Un conflit d'intérêts est une situation où une personne dans une position de confiance, comme.....ou un dirigeant exécutif ou un administrateur d'une société a...un intérêt concurrent ou personnel). Les conflits d'intérêts peuvent exister sans que toutefois on s'en rende compte. Ils sont décelables par les effets qu'ils produisent. Si l'intéressé ne les active pas, ne les met pas en jeu contre l'intérêt social, la réglementation n'est pas applicable.

Le seul fait qu'une personne visée soit partie à une convention conclue avec la société n'est pas suffisant à créer le conflit d'intérêts. Penser autrement revient à mettre en cause une multitude d'opérations conclues régulièrement par les dirigeants de sociétés avec elles et dont l'exécution ne présente aucun danger pour l'intérêt social. Il y a donc des conditions pour l'existence d'un conflit. Pour que le conflit avec la société soit réprimé, il faut qu'il ne soit pas un conflit statique, inoffensif. Si la société ou ses associés n'en sont pas négativement affectés, il n'y a même pas lieu de l'évoquer. Le conflit doit être générateur d'un préjudice pour la société ou pour les associés pour que la convention qui le sous-tend soit mise en cause et la responsabilité personnelle de l'intéressé engagée (Section 1). De même, il ne suffit pas de proclamer d'une manière légère qu'un préjudice a été causé. Les conséquences étant sérieuses, il faut également établir la preuve de cette existence (Section 2).

Section 1. Conditions de l'existence d'un conflit avec l'intérêt social

Le conflit que peut créer la conclusion d'une convention reste neutre si la société ne subit pas un préjudice résultant de son exécution, et qui n'aurait pas été ressenti si cette exécution n'avait pas eu lieu.

Il est indifférent, pour les besoins de la réglementation tendant à prévenir les conflits, que le préjudice soit causé à la société (§1) ou aux associés eux-mêmes (§2).

1. www.encyclopedia.thefreedictionary.com

§ 1. Préjudice causé à la société

La société souffre le plus souvent des préjudices d'ordre matériel causés par les conflits d'intérêts (A). Toutefois, tout comme l'intérêt personnel à caractère moral est capable de léser l'intérêt social¹, la société est également lésée par un préjudice de nature morale qui peut lui être infligé (B).

A. Préjudice matériel

Les dirigeants sociaux ont la charge de sauvegarder le patrimoine social²; donc leurs agissements qui nuisent à la société sont surtout ceux qui affectent le patrimoine social d'une manière négative, soit en l'amoindrissant (1), soit en posant des entraves à son accroissement (2).

1. Amoindrissement du patrimoine social

Toute convention conclue sans contrepartie équitable pour la société aboutit à la réduction de l'actif social et porte ainsi un préjudice direct au patrimoine social. Cette condition de l'existence d'un conflit se retrouve en droit américain. Si la violation par un dirigeant de son obligation de diligence entraîne une *loss* (perte) pour la société, il est personnellement responsable de la réparation de ce préjudice³.

Les cas les plus fréquents sont ceux où l'intéressé se fait rémunérer par la société sans une contrepartie équitable en services de sa part; par exemple, en se faisant payer des rémunérations excessives sans travail effectif, ou des pensions de retraite additionnelles consenties sans que des services particuliers soient rendus à la société pendant l'exercice de ses fonctions par le dirigeant, créant ainsi un défaut de proportionnalité des prestations⁴.

En somme, cet appauvrissement du patrimoine social est la conséquence dommageable dont l'existence justifie l'annulation d'une convention. Cet appauvrissement de l'actif social se retrouve presque toujours dans les abus des biens sociaux, où le patrimoine personnel de l'intéressé s'enrichit injustement aux dépens du patrimoine social⁵.

1. V. supra, Intérêt moral, p. 50.

2. P. Pic et J. Kréher, Traité général théorique et pratique de droit commercial, des sociétés commerciales, op. cit., n° 2088, p. 542.

3. S. Emanuel, Corporations, op. cit., p. 172.

4. Cass. com., 10 février 1998 : Bull. Joly, mai 1998, § 168, p. 521, note P. Le Cannu (pension viagère à titre de complément de retraite).

5. D. Schmidt, les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op. cit., n° 328, p. 321.

2. Obstacle à l'accroissement du patrimoine social

Pour être complet, quoiqu'en dehors du cadre des conventions réglementées, nous évoquons le cas où le dirigeant, qui est censé faire accroître le patrimoine social, et faire tout ce qui est de son pouvoir et engager ses compétences et capacités à ce faire, profite, à des fins purement personnelles, d'une occasion qui se présente à la société, et la détourne en sa faveur. C'est l'*usurpation of a corporate opportunity* (détournement d'une chance sociale économique)¹, ou le cas de la concurrence faite par un dirigeant à la société qui met un obstacle à l'accroissement de son patrimoine et lui cause un préjudice matériel². Ce préjudice est représenté par le montant par lequel l'intéressé voit son patrimoine s'accroître par les résultats positifs de l'exploitation, à l'exclusion de la société et des autres associés, de la chance économique qu'il a détournée.

B. Préjudice moral

Le conflit avec l'intérêt social peut résulter d'un préjudice moral que peuvent lui causer les actes des personnes visées et qui, même s'ils ne résultent pas en un amoindrissement du patrimoine pécuniaire de la société, lui causent néanmoins un dommage qui peut affecter ou menacer sa pérennité. Trois cas de préjudice moral sont envisageables: l'atteinte à la réputation de la société (1.), l'atteinte à sa crédibilité financière (2.) et l'atteinte à son indépendance (3.).

1. Atteinte à la réputation de la société

L'intégrité des dirigeants sociaux est une condition nécessaire pour l'établissement du climat moral dans lequel une société exerce ses activités. L'intérêt social peut souffrir non seulement de l'appauvrissement de l'actif patrimonial et matériel d'une société, mais aussi d'un préjudice non pécuniaire, qui met en cause les valeurs non matérielles d'une société, surtout si elle est cotée en bourse.

Ainsi, une société dont la réputation est affectée négativement par les agissements de ses dirigeants, dans un sens qui va à l'encontre de l'intérêt social, perd un élément très important de son actif. Cet élément immatériel qu'est sa réputation va faire éloigner des contractants et faire perdre à la société des chances de réaliser des affaires qui pourraient être lucratives. Les gens ont tendance à ne vouloir traiter qu'avec des sociétés qui affichent une transparence leur permettant de faire des prévisions raisonnables sur les chances de succès de leurs relations avec elles. Bien entendu, une telle transparence est déjouée quand les dirigeants bafouent

1. A. Tunc, Le droit américain des sociétés anonymes, op. cit., n° 80, p. 142.

2. § 5.12 ALI PCG, op. cit., vol 1, partie I, p. 349.

l'intérêt social en concluant, dans un intérêt personnel, des conventions avec leur société. Le préjudice moral qui entame la réputation sociale dans de tels cas est non négligeable.

2. Atteinte à la crédibilité financière de la société

Une conséquence normale de la mauvaise réputation d'une société est la perte de sa crédibilité financière. Les intéressés qui profitent des contrats conclus avec la société, même si ceux-ci ne portent pas à cette dernière un préjudice matériel, en raison de l'existence d'une contrepartie valable et équitable, pourront porter néanmoins atteinte à la crédibilité financière de la société. Si les contrats passés par les dirigeants d'une société avec celle-ci se multiplient, les institutions financières avec qui elle traite seraient dans le doute et craindraient que les fonds qu'ils auraient avancés à la société ne puissent leur être remboursés au cas où la société tombe en déconfiture. Les banques seraient aussi réticentes à traiter avec des sociétés dont la gestion est assurée par des dirigeants peu scrupuleux qui n'hésitent pas à puiser dans les fonds sociaux, à travers des pratiques abusives, telles la conclusion de conventions auxquelles ils sont intéressés et dont l'exécution cause un préjudice qui affecte le droit de gage général de ces banques sur l'actif social.

La deuxième incidence de telles pratiques se fait ressentir dans le marché des actions des sociétés cotées en bourse. Les investisseurs sont naturellement découragés d'acheter des actions d'une société dont la réputation des dirigeants menace la valeur de ses titres, laquelle menace provient du fait que la valeur boursière de la société est fonction de sa santé, non seulement matérielle mais aussi morale.

3. Atteinte à l'indépendance de la société

Les filiales, dans les groupes de sociétés, qui sont contrôlées par une société holding sont, en dépit de leur personnalité juridique distincte, soumises à la volonté de la société mère et le plus souvent les administrateurs de ces filiales « s'inclinent devant les conditions dictées par cette société mère, car la stabilité de leur mandat social en dépend¹. C'est pour ne pas contrarier la société mère qu'ils donneront leur autorisation à une convention qui penche en faveur des intérêts de la holding, sous le prétexte de l'intérêt du groupe². En résultat, la filiale devient une victime de l'abus d'influence commis par la société mère causant à sa filiale non seulement un préjudice pécuniaire mais un préjudice moral qui fait de cette dernière un simple instrument entre les mains de la première.

Un conflit d'intérêts peut exister également quand le préjudice est causé aux associés.

1. D. Bureau, actualisé par J.- J. Ansault, *Contrats entre les administrateurs et la société*, op. cit., n° 89, p. 60

2. V. supra, la définition de l'intérêt du groupe, pp. 33 et s.

§ 2. Préjudice causé aux associés

Comme nous l'avons souligné plus haut, en traitant l'intérêt commun des associés¹, et vu la parenté établie entre l'intérêt social et celui des associés, le préjudice causé à ces derniers peut être aussi un préjudice causé à la société elle-même. Il peut être direct (A) ou indirect (B).

A. Préjudice direct

Quand un associé tire un profit d'une convention conclue avec sa société, sans que ses co-associés en profitent aussi et dans la proportion de leur participation au capital de la société, l'égalité entre associés se trouve rompue et le principe de l'intérêt commun des associés lésé. Ce préjudice est direct, l'équilibre entre associés est perdu dès que l'associé en cause commence à profiter tout seul de la convention, en privant les autres associés de leur quote-part de ce profit. Les implications financières d'un tel déséquilibre peuvent n'apparaître qu'indirectement.

B. Préjudice indirect

Contrairement à l'hypothèse où le préjudice direct causé aux associés résulte d'un traitement qui est plus en faveur de l'un que des autres, l'associé intéressé bénéficiant, par exemple, d'une convention conclue avec la société, le préjudice indirect causé aux associés résulte de l'amoindrissement de leur patrimoine personnel à la suite de la réduction des fonds propres de la société par l'avantage réalisé, sans contrepartie, ou sans contrepartie suffisante, par l'associé qui aurait violé l'intérêt commun.

C'est ainsi que dans le cas d'une convention conclue entre un associé et sa société en vertu de laquelle l'associé intéressé reçoit de la société, en contrepartie de ses services, une rémunération bien au-delà de la valeur réelle des prestations rendues, la situation prend évidemment un tournant dangereux si les prestations de l'intéressé sont inexistantes ou modiques, justifiant dans la plupart des cas des poursuites pénales pour abus de biens sociaux. Le préjudice est dit indirect dans ces cas, parce que les autres associés n'en souffrent pas directement. C'est la diminution de l'actif social par les montants indûment prélevés, en exécution de la convention abusive, qui va se répercuter négativement sur leur quote-part dans le capital social.

1. V. supra, Intérêt commun des associés, pp. 36 et s.

Section 2. Preuve de l'existence d'un conflit avec l'intérêt social

Etant de nos jours communément admis que le seul fait pour une personne visée de conclure une convention avec la société ne constitue plus une certitude qu'un conflit avec l'intérêt social existe, celui qui attaque la convention doit apporter la preuve de l'existence d'un tel conflit.

La preuve de l'existence d'un conflit entre l'intérêt social et un intérêt concurrent qu'a une personne visée dans une convention à conclure avec la société n'est pas toujours facile. La difficulté provient essentiellement du fait que, certaines espèces types exceptées, les circonstances qui entourent la conclusion des conventions visées, loin d'être identiques, ne sont pas toujours déterminantes. La preuve de l'existence d'un conflit est donc une question de fait (§1) ; le recours aux présomptions aide à l'établir (§2).

§ 1. Question de fait

Pour qu'on soit en présence d'un conflit probable au sens de la réglementation des conventions, un certain nombre d'éléments doivent forcément être présents (A). Ici, nous ne sondons pas encore le terrain pour voir si un conflit existe ou pas. Il s'agit de cerner les éléments qui doivent exister pour que notre recherche sur l'existence d'un conflit puisse être entamée sans risque de buter contre l'inexistence d'un élément essentiel, sans lequel la recherche devient inutile. Dans un deuxième temps, nous exposerons les moyens utilisés par une personne visée pour créer le conflit avec l'intérêt social (B).

A. Eléments d'un conflit

Ces éléments, qui seront analysés méticuleusement et individuellement au Titre 2 de cette première partie, sont les suivants :

1 – Il faut tout d'abord qu'il y ait une convention¹, un « *contract* »², une « *transaction* »³, un « *conduct* »⁴ (conduite, comportement) ou une « *business combination* »⁵ (combinaison d'affaires).

1. Art. 158, al. 1, C.com.lib ; art. L.225 – 38, al. 1, C.com.fr (SA) ; art L.225-86, al. 1, C.com.fr. (SACS), art. L. 223-19 C.com.fr. (SARL); art. L. 227-10, al. 1, C.com.fr. (SAS).

2. 8 § 144 (a) DCLA, p. 42.

3. Idem ; 6 § 18-107 DCLA, p. 395 (LLC) « *transact...* » ; § 8.60 (1) (2) RMBCA, p. 49; § 1.23 (a) ALI PCG, vol. I, partie I, p. 25; § 5.02 ALI PCG, vol. 1, partie V, p. 209; § 5.07 ALI PCG, vol. 1, partie V, p. 308; § 7.25 ALI PCG, vol. 2, partie VII, p. 380.

4. Idem, § 1.23 (a) ALI PCG, vol.1, partie I, p. 25.

5. 8 § 203 (c) (3) DCLA, p. 77.

2 – La convention envisagée est à conclure avec une société commerciale¹, une « *corporation* »² (SA), une SARL ou « *limited liability company* »³, ou une SAS⁴.

3 – La personne directement ou indirectement intéressée à la convention est un mandataire social (administrateur ou autre), un dirigeant ou un associé⁵.

L'absence de l'un de ces éléments soustrait la convention à la procédure de contrôle prévue par la réglementation. Cela dit, certaines conventions peuvent abriter des abus qui, tout en ne créant pas un véritable conflit d'intérêts, en ce sens que celui qui les conclut n'en profite pas personnellement, cause tout de même un dommage à la société. Ces conventions sont répréhensibles sur d'autres plans, sur le fondement de la responsabilité civile de celui qui les conclut, pour faute de gestion.

En outre, il y a des cas où l'abus ne résulte pas d'une convention conclue entre une personne visée, astreinte à l'obligation de l'autorisation préalable de la convention, mais plutôt d'un comportement d'une autre nature. Ce comportement, quand il est dommageable pour la société, est sanctionné à un autre titre.

B. Moyens créateurs des conflits émanant d'une convention

C'est de l'interaction des éléments évoqués plus haut qu'un conflit avec l'intérêt social peut se manifester. L'intéressé, dans la poursuite de son intérêt personnel, peut avoir recours à plusieurs moyens pour satisfaire cet intérêt violant l'interdiction de contracter avec soi-même. Il peut déjouer la réglementation, soit en évitant son application, et plus particulièrement la procédure de contrôle spécial qu'elle prévoit, soit en l'appliquant, en violation d'autres dispositions législatives.

Dans le premier cas, l'intéressé fait conclure la convention qui produit ses effets sans révéler son existence ou sans la soumettre à l'organe social compétent et habilité à déclencher

-
1. Nous sommes uniquement concernés dans cette thèse par les conventions réglementées quand elles sont conclues avec des sociétés commerciales. Une réglementation comparable existe pour les associations et les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique ; art. L. 612-4 et art. L.612-5 C.com.fr; v. aussi H. Poulinquen, les conventions réglementées dans les personnes morales de droit privé non commerçantes, op. cit.
 2. Art. 158, al. 1, C.com.lib ; art. L.225-38, al.1, C.com.fr. (SA); art. L.225-86, al.1, C.com.fr. (SACS).
 3. Art. L.223-19 C.com.fr (SARL) ; 6 § 18-107 DCLA (LLC), p. 398; au Liban, la réglementation ne s'applique pas aux SARL.
 4. Art. L. 227-10, al. 1, C.com.fr. (SAS).
 5. Art. L.225-38, al. 1, C.com.fr. (SA); art. L.225-86, al.1, C.com.fr., (SACS); art. L.223-19 C.com.fr. (SARL); art. L.227-10, al. 1, C.com.fr. (SAS). La réglementation au Liban s'applique uniquement aux administrateurs et non pas à d'autres dirigeants ou associés. 8 § 144 (a) DCLA, p. 42 (administrateurs et autres); 8 § 203 (a) DCLA, p. 76 (associé) ; 6 § 18 (107) DCLA (LLC), p. 395 ; 6 § 8.60 (2) RMBCA (administrateur), p. 49 ; § 1.23 (a) ALI PCG, vol. 1, partie I, p. 25 (administrateurs et autres) ; § 1.23 (b) ALI PCG, vol.1, partie I, p. 25 (associé).

la procédure menant à son autorisation. Ce n'est qu'à l'occasion de la reddition des comptes annuels et à la suite, surtout, du rapport des commissaires aux comptes, que la convention devient publique. C'est seulement à partir de ce moment que les effets véritables de son exécution sur le patrimoine social peuvent être appréciés. En pratique, les comptes sociaux détaillés doivent révéler l'existence, dans le compte d'exploitation, d'une rubrique relative aux dépenses qui peuvent susciter la curiosité des associés et les inciter à poser les questions qui s'imposent pour dévoiler la véritable nature d'une dépense douteuse ou du moins pas suffisamment claire.

Dans le deuxième cas, l'autorisation est extorquée sur de faux fondements. La décision qui y est relative, adoptée d'une façon irrégulière, en violant, par exemple, les règles de fond ou de forme de la tenue de la réunion du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou de l'assemblée générale. Ici, la révélation de la convention a lieu conformément à la loi; c'est son autorisation qui est entachée de vices. C'est le cas où l'intérêt personnel de la personne visée a été dissimulé¹ afin de permettre à l'intéressé de passer outre l'interdiction du calcul de ses voix dans le quorum ou de voter au cours de la réunion.

La personne visée intéressée et mal intentionnée trouvera toujours un moyen pour faire prévaloir ses intérêts propres au détriment de ceux de sa société. La preuve de l'existence d'un conflit continuera à connaître des difficultés si les éléments matériels et les moyens utilisés par les violateurs ne sont pas entièrement, et d'une manière non ambiguë, révélateurs de cette existence.

Est-ce à dire qu'il faut jeter les armes à chaque fois qu'une difficulté surgit? Bien sûr que non. Les présomptions viennent au secours des tribunaux pour créer des vraisemblances qui serviront à reconstituer une vérité dissimulée.

§ 2. Présomptions

La « conséquence que la loi ou le juge tire d'un fait connu (par exemple la date de naissance et celle du mariage) à un fait inconnu, (par exemple la paternité) dont l'existence est rendue vraisemblable par le premier... »² Le droit américain se sert abondamment de cette construction juridique. Dans notre cas, il y a des circonstances qui permettent de présumer que le conflit avec l'intérêt social existe (A) et d'autres qu'une justification à l'existence du conflit existe aussi (B).

1. V. infra, notion de dissimulation, pp. 427 et s. et 447 et s.

2. G. Cornu, Vocabulaire juridique, op.cit., définition de « présomption », p. 699.

A. Présomption de l'existence d'un conflit

L'absence d'une procédure de contrôle spécial systématique des conventions réglementées en droit américain (et non l'absence de ce contrôle) a permis à la jurisprudence de créer des présomptions pour établir l'existence d'un conflit d'intérêts.

Son parcours dans ce sens a connu nombre d'évolutions (1.) sans que le libéralisme attaché à cette évolution ne soit tolérant quand il s'agit de contrats conclus avec soi-même (*self-dealing transactions*) où la règle de l' *intrinsic fairness* prévaut (2.).

1. Evolution¹

Les conventions conclues entre une société américaine et une personne visée étaient au début nulles de plein droit du simple fait de la personnalité de ses parties et indépendamment des conséquences de telles conventions pour la société. Les conventions conclues avec la société par des personnes visées étaient annulées même si elles étaient équitables pour la société et même si elles avaient été autorisées en pleine connaissance de cause par une majorité d'administrateurs qui n'y sont pas intéressés². La présomption de l'existence d'un conflit était irréfragable sur la base de la prohibition absolue des *self-dealing transactions* (contrats avec soi-même).

A partir de 1910, cette position, plutôt intransigeante, a été assouplie et, en dépit du *self dealing*, les conventions autorisées par une majorité d'administrateurs non intéressés qui étaient *fair* (justes, équitables) pour la société, étaient admises.

En 1960, cette notion a été étendue à toutes les conventions qui sont *fair* pour la société, même si elles n'étaient pas autorisées par une majorité d'administrateurs non intéressés³.

2. Règle de l' *intrinsic (entire) fairness*

Ainsi, la position actuelle dominante aux Etats-Unis ne condamne plus une convention du seul fait de l'existence d'un contrat avec soi-même. Le texte même de la loi en fait état :

« *No contract or transaction between a corporation and one or more of its directors or officers..... shall be void or voidable solely for this reason* »⁴ (Aucun contrat ou transaction entre une société et un ou plusieurs de ses administrateurs ou dirigeants ... ne sera nul ou annulable uniquement pour cette raison). La tournure de la phrase commençant par « *No* »

1. V. supra, résumé de l'évolution législative aux Etats-Unis, pp. 22 et s.

2. S. Emanuel, *Corporations*, op. cit., p. 196.

3. Idem, p. 197.

4. 8 § 144 (a) (3) DCLA, p. 43. La convention est également maintenue si l'intéressé révèle son existence, contenu et une majorité d'administrateurs non intéressés; 8§144(a) (1) DCLA, p. 42, ou d'associés non intéressés 8 § 144 (a) (2) DCLA, p.42 l'approuvent ; v. dans le même sens § 8.61 (b) RMBCA, p. 50.

(aucun) fait de l'acceptation de principe de la convention en question la règle et de sa mise en cause l'exception, alors qu'en droit libanais et en droit français cette mise en cause est plus directe puisque l'énoncé de la règle est plus rigoureux et adopte des termes plus fermes.

La convention qui n'est pas *unfair* n'est plus désormais considérée comme nulle, même si une personne visée intervenait dans sa conclusion¹. La préoccupation essentielle devient donc de savoir si la convention est ou non équitable (*fair*) pour la société. Ce qui revient à dire que l'absolutisme cède sa place à un libéralisme calculé, puisque la convention qui n'est pas *fair* peut toujours être annulée. L'évolution déplace la charge de la preuve.

En dépit des cas de maintien d'une convention, assimilée à celle qui est conclue avec soi-même (*self dealing*), la jurisprudence a adopté une approche plutôt étroite de cette question et, au lieu de considérer ces conventions, toutes, comme valables, a exigé la preuve de leur *fairness*² (et a mis la charge de cette preuve sur l'intéressé créant ainsi une « *presumption of unfairness* » (présomption d'iniquité) simple³. Cette présomption suppose donc l'existence d'un conflit entre l'intérêt personnel de la personne visée et l'intérêt social tant que la preuve de *fairness* de la convention n'a pas été apportée par l'intéressé. *L'intrinsic fairness* revient à apprécier les conditions de la convention, en les comparant à celles pratiquées en général, et à déterminer comment la société peut en bénéficier pour aboutir à son *fairness*⁴. Toutefois, si les conditions de révélation et d'autorisation n'ont pas été remplies, il revient à l'intéressé de prouver que la convention conclue, sans avoir respecté les conditions en question, est néanmoins équitable (*fair*) pour la société⁵.

Les principes de gouvernement d'entreprise de l'*American Law Institute (ALI PCG)* adoptent une position légèrement différente puisqu'ils exigent, contrairement à beaucoup de législations étatiques, la révélation de l'intérêt personnel, du conflit et de la convention, comme une « *absolute requirement* » (exigence absolue), même si elle est *fair* pour la société⁶, pour que la convention ne soit plus attaquant. L'appréciation de l'équité (du

1. Fliegler v. Lawrence, Del. Supr., 28 juin 1976 : Del. LEXIS 434 ; 361 A. 2d 218 (Del. 1976).

2. Intrinsic fairness test (test de l'équité intrinsèque) ; Marciano v. Nakash, 23 décembre 1987: 1987 Del. LEXIS 1312 ; 535 A. 2d 400 (Del. 1987) ; Citron v. E.I. DuPont de Nemours & Co., 29 juin 1990: 1990 Del. Ch. LEXIS 98; 584 A 2d 490 (Del.1990) ; Harriman v. E.I. DuPont de Nemours & Co., 23 décembre 1975 : 1975 U.S. Dist. LEXIS 14646; 411 F. Supp., 133, 142 (D. Del. 1975).

3. J. Choper et M. Eisenberg, Corporations, op. cit., § 266, p. 50.

4. L. Solomon et A. Palmiter, Corporations, op. cit., § 13.32, p. 228.

5. Schlensky v. South Parkway Building Corp., 22 avril 1959: 1959 Ill. App. LEXIS 365.

6. § 5.02 (a) (1) ALI PCG, vol. 1, partie V, p. 209; une révélation qui peut être faite à n'importe quel moment, semble-t-il, et même après la date de l'action en justice mettant en cause la convention, à condition qu'elle soit ratifiée par le conseil d'administration, les associés ou le dirigeant qui l'aurait approuvée en l'absence de la révélation de l'intérêt personnel; v. § 5.02 (c) ALI PCG, vol. I, partie V, p. 210.

fairness) est faite à la lumière des faits qui étaient connus de l'intéressé au moment de la conclusion de la convention¹.

Cette solution n'est pas partagée par le droit français qui n'annule la convention que dans le cas de fraude², ou, même en l'absence de fraude, si elle a eu des conséquences dommageables pour la société³.

Au Liban, la notion d'intérêt personnel n'est pas évoquée dans le texte de l'art. 158 C.com.lib., mais la carence du texte qui ne pose comme condition d'annulation de la convention que l'établissement de la preuve de fraude, laisse penser que la solution adoptée en droit français est d'égale application au Liban.

B. Présomption de l'existence d'une justification au conflit

Le législateur et la jurisprudence sont, en quelque sorte, tolérants, en ce qui concerne l'appréciation des conventions conclues par une personne visée avec sa société. Cette approche a évolué en ce qu'on peut appeler « une présomption de l'existence d'une justification au conflit » toutes les fois où une convention qui n'est pas uniquement conclue dans le seul intérêt social présente pour la société un intérêt caractérisé, qui lui-même « justifie » la présomption de justification : c'est le cas de la convention nécessaire à l'intérêt social (1.). Le droit américain apporte à ce sujet une variante intéressante qui découle des prérogatives des administrateurs et dirigeants exécutifs au cours de l'exercice de leurs mandats sociaux et de la protection de la faculté dont ils disposent pour prendre des décisions ; c'est la *Business Judgment Rule* (Règle du jugement d'affaires) (2.).

1. La convention nécessaire à l'intérêt social

La société peut parfois être entièrement ou partiellement tributaire et dépendante de produits ou services qu'elle se procure en vertu d'une convention conclue avec un fournisseur qui est lui-même dirigeant ou associé de la société. On estime que la prospérité, sinon la survie de la société en dépend, l'intérêt social n'étant pas servi si une telle convention n'est pas conclue ou si elle est annulée. Cet argument est tiré de la jurisprudence relative à l'opposition abusive exprimée par un associé minoritaire à une opération jugée essentielle à la survie de la société.

1. § 8.61 (b) (3) RMBCA, p. 50.

2. Art. L. 225-41, al.1, C.com.fr. (SA); art. L. 225-89, al.1, C.com.fr. (SACS).

3. Art. L. 225, al.2, C. com. fr; art. L. 225-42, al.1, C.com.fr. (SA); art. L. 225-89, al.2, C. com.fr. (SACS).

L'importance d'une convention pour l'intérêt social est à apprécier tout d'abord dans le contexte hors groupe de sociétés (a), et ensuite quand la convention est conclue entre deux sociétés appartenant à un même groupe (b).

a) Hors groupe de sociétés

Les exemples pratiques à l'appui de ce qui précède sont multiples. Le plus commun est celui d'un contrat de licence de brevet d'invention, ou d'autres propriétés intellectuelles, consenti par un associé ou un dirigeant à sa société, surtout quand l'objet principal de cette dernière se limite à l'exploitation d'une telle licence. Sans cette exploitation, à défaut d'autres activités, la société ne peut pas survivre. Un autre exemple serait la licence d'une franchise commerciale, dont les éléments matériels et incorporels appartiennent à un associé ou à un dirigeant d'une société qui l'exploite commercialement.

Le refus d'autorisation de telles conventions revient à priver la société de son seul actif ou de son actif le plus rentable ; ce qui constitue une menace directe à sa continuité, et un préjudice certain à l'intérêt social. Cela dit, ces conventions ne devraient quand même pas alourdir les charges financières que font peser des redevances (*royalties*) que la société verse à l'intéressé. Ce qui vaut pour ce genre de prestations vaut également pour les prestations découlant d'opérations commerciales, telles les fournitures de biens sous un contrat, d'agence exclusive, sans lequel une société à activité exclusivement commerciale et liée à un tel contrat sans qu'elle en ait d'autres, ne peut plus fonctionner.

Les exemples que nous venons de citer reconnaissent l'existence, en principe, d'un conflit entre l'intérêt personnel poursuivi par l'associé ou le dirigeant, à travers des conventions semblables à celles évoquées plus haut, et l'intérêt social. Toutefois, en raison de la dépendance de la société sur ces conventions, une justification au conflit est présumée.

En dépit de l'importance de telles conventions et de leur caractère essentiel, non seulement pour la bonne marche des affaires sociales, mais parfois pour la survie de la société, l'intéressé ne peut pas profiter de sa position prépondérante par rapport à la société. Les revenus qu'il reçoit de ces conventions ne doivent pas être supérieurs à ceux qu'une tierce partie, agissant et négociant avec la société de bonne foi, aurait perçus. La rémunération excessive de telles prestations sera donc sanctionnée au même titre qu'une rémunération abusive d'un dirigeant en contrepartie de ses services de gestion.

Aux Etats-Unis, le concept de *fairness* permet de soupeser les intérêts en jeu et apprécier dans quelle mesure l'intéressé abuse de sa position. La convention conclue entre une personne visée et la société est considérée comme *fair* pour la société si les prix ou tarifs pratiqués ont été négociés *arm's length*, comme si les deux parties n'étaient pas en relation juridique de mandat ou d'actionnariat.

b) Cas des groupes de sociétés

Les liens contractuels qui existent dans un groupe de sociétés sont essentiellement noués à travers les conventions conclues entre les sociétés qui appartiennent au même groupe. En vue de l'organisation structurelle des groupes et l'existence, pour des besoins de contrôle et de centralisation de gestion et de trésorerie, à part les liens de capital, d'une direction souvent commune, assumée par des représentants communs aux sociétés, la question des conflits d'intérêts au sein du groupe se pose couramment. Ces conflits existent normalement entre l'intérêt social de la société la plus représentative de l'intérêt du groupe (la plupart du temps, la holding du groupe) comme un tout, et les intérêts respectifs d'une ou de plusieurs sociétés du groupe ayant des associés minoritaires. Les conventions de *management*, de trésorerie et de *know-how* (savoir-faire) et celles réglementant la mobilité du personnel entre sociétés du même groupe¹, qui relève de la même convention collective, constituent des outils efficaces pour parfaire le contrôle de la société mère sur ses filiales.

Un groupe de sociétés, « ayant un intérêt économique, social ou financier commun apprécié au regard d'une politique élaborée par l'ensemble du groupe »² ne saurait exister sans de telles conventions ; ce qui en fait des conventions nécessaires. On présume alors que les conflits d'intérêts qui peuvent en résulter sont justifiés par l'intérêt du groupe. Les tribunaux ont tendance à reconnaître « de manière assez étroite » les conflits d'intérêts qui peuvent exister « dans les relations d'une société mère avec sa filiale »³. En effet, les conventions intra-groupes de sociétés peuvent contenir des conditions qui auraient été considérées comme « exorbitantes », si elles avaient été conclues entre des sociétés qui ne sont pas membres d'un même groupe ; comme les clauses d'exclusivité de fourniture ou de clientèle, assez fréquentes et qui font parties intégrantes des contrats au sein des groupes, ou bien les contrats de mandat ou de vente, dictés par « la supériorité économique » de celui qui les impose (société mère) sur celui qui les subit⁴.

1. L'union économique et sociale au sein du groupe favorise un tel traitement ; Cass. soc., 26 mai 2004 : Bull. Joly, octobre 2004, § 249, p. 1228.

2. V. supra, la notion d'intérêt social dans les groupes de sociétés et définition de l'intérêt du groupe, pp. 33 et s.

3. A. Tunc, Le droit américain des sociétés anonymes, op. cit., p. 137.

4. M. Vanhaecke, Les groupes de sociétés, op. cit., n° 317, pp. 308 et 309.

2. Règle du *business judgment* (*Business Judgment Rule*)

Faute d'une définition de l'obligation de diligence en droit libanais et en droit français, un raisonnement *a contrario*, basé sur ce qui serait un manquement à la diligence qu'on attend d'eux, donc à leur faute de gestion, pourrait éclaircir ce point. La faute de gestion découle d'une mauvaise gestion. Elle « se ramène souvent à un manque de bon sens »¹. Ce qui revient à dire que le dirigeant qui conclut une convention avec la société ne commet pas de faute de gestion s'il avait exercé les diligences requises par son bon sens.

L'obligation de diligence que doivent assumer les dirigeants sociaux n'est pas absolue et s'apparente plus à une obligation de moyens qu'à celle de résultat. C'est tout simplement un devoir de « bonne gestion »² et c'est dans l'intérêt des dirigeants, afin d'éviter que leur responsabilité ne soit engagée d'une manière excessive, que la jurisprudence aux Etats-Unis a eu recours au *Business Judgment Rule*³ (Règle du jugement d'affaires), qui a été adoptée par ALI dans les *Principles of Corporate Governance* dont le § 4.01 s'intitule « *Duty of care of Directors and officers ; the Business judgment Rule* (Droit de diligence des administrateurs et des dirigeants exécutifs et la règle du jugement d'affaires). Un double titre pour cette section, sans doute pour dénoter l'indissociabilité des deux notions⁴. Cette règle, qui n'a pas de définition dans la loi, vise à contrecarrer les effets de l'application stricte des règles de responsabilité relatives aux obligations fiduciaires des dirigeants, et à maintenir en conséquence des conventions conclues par les organes de gestion de la société, tant qu'elles ont été conclues de bonne foi, et sous aucune influence autre que des considérations d'intérêt social⁵. En pratique, elle aide à maintenir une convention conclue dans les limites de l'objet social et des pouvoirs dont jouissent les dirigeants, à condition que l'obligation de diligence et les obligations fiduciaires aient été respectées. En somme, la *business judgment rule* immunise les dirigeants contre la responsabilité, elle reconnaît leur « droit à l'erreur »⁶, une erreur excusable quand la gestion a été rationnelle⁷.

1. M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 298, p. 173

2. E. Scholastique, *Le devoir de diligence des administrateurs de société*, *Droits français et anglais*, Thèse, Panthéon-Sorbonne, dir., A. Tunc, LGDJ 1998, n° 350, p. 205.

3. *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*, 22 octobre 1993 : Del. Supr. 634 A. 2d 345 (1993) ; pas de protection si l'obligation de diligence n'a pas été honorée ; la charge de la preuve incombe alors au défendeur.

4. § 4.01 ALI PCG., op. cit., vol. 1, Partie IV, p. 138.

5. H. Henn et J. Alexander, *Laws of Corporations*, 3^e éd., West Corp, 1983, § 242, p. 661.

6. E. Scholastique, *Le devoir de diligence des administrateurs de société*, *Droits français et anglais*, op. cit., n° 353, p. 207.

7. *Idem*, n° 351, p. 205 ; « Les associés ne peuvent exiger de leurs dirigeants une perspicacité sans faille, mais seulement qu'ils accomplissent sérieusement leur mission et évitent les mesures à l'évidence déraisonnables ». Par exemple, le dirigeant qui dépense énormément pour lancer un produit qui s'avère être un échec dans le marché, bien qu'il ait eu recours aux meilleurs fournisseurs de matière première commet une erreur excusable. Par contre, l'achat d'un produit à un fournisseur pour un prix plus élevé que les prix pratiqués sur le marché, en pleine connaissance de ce fait, n'est pas une erreur excusable.

En outre, elle limite l'ingérence des tribunaux dans les affaires sociales, en ne leur reconnaissant pas le droit de « porter un jugement d'affaires sur une décision des dirigeants »¹. Il y a de la part de la justice américaine, et Enron n'a pas modifié le comportement des juges, un très grand respect de l'autonomie de la décision de gestion par rapport à la règle de droit. Cette autonomie est consacrée par la notion de *business judgment* qui représente la sphère de l'arbitraire ou de libre décision de l'administrateur dans laquelle le juge refuse d'entrer². Cette indépendance encourage les dirigeants entrepreneurs en leur permettant de prendre certains risques, sans peur d'être attaqués par des associés, pour des raisons non fondées³.

Au cas où la présomption du jugement d'affaires ne joue pas, surtout dans les cas où les dirigeants contractent avec eux-mêmes, le test de l'*intrinsic fairness* (équité intrinsèque) est mis en jeu pour établir si une convention a été conclue à des conditions qui sont *fair* pour la société, surtout en ce qui concerne le prix⁴. La présomption de jugement d'affaires exonératoire de la responsabilité des dirigeants quand ils ne traitent pas en *self dealing*, et qui était au début appliquée aux sociétés dites *public* (cotées en bourse), est depuis peu de temps appliquée également aux sociétés *private*, donc non cotées⁵. En effet, les conditions de bonne foi et l'absence d'intérêt personnel sont essentielles pour l'application de la règle et pour faire bénéficier les dirigeants de ses avantages protecteurs de la liberté d'action qu'elle consacre⁶. En fait, la règle de jugement d'affaires abolit la responsabilité des dirigeants par rapport à une action déterminée, si cette action est prise de bonne foi⁷.

La protection des dirigeants va plus loin puisque les statuts des sociétés commerciales peuvent contenir des articles qui exonèrent, en cas de bonne foi, les dirigeants de toute responsabilité pour n'avoir pas agi dans l'intérêt social⁸. Cette bonne foi est elle-même présumée⁹.

1. A.Tunc, Le droit américain des sociétés anonymes, op. cit., n° 77, p. 135.

2. F. Peltier, La Corporate Governance au secours des conseils d'administration, op. cit., p. 130.

3. L. Solomon et A. Palmiter, Corporations, op. cit., § 12.2.2. p. 202.

4. Unitrin, Inc. v. American Gen Corp : Del. Supr., 651 A. 2d 1361 (1995); 8 § 141 DCLA, p. 28; S. Emanuel, Corporations, op. cit., p. 250.

5. T. Lenson, Private Company Directors Beware, some business judgment rule protections lost with Trace, Stroock Special Bulletin, 15 juillet 2003, p. 1; Lewis v. S.L. & E. Inc, 22 juillet 1980: 1980 US. App. LEXIS 15487.

6. § 4.01 ALI PCG, vol.1, partie I, p. 138 ; commentaire de § 4.01 (c), para (e), p. 176 ; suivant l'adage bien connu que la bonne foi est toujours présumée.

7. J. Choper, Corporations I, Contracts with Interested Directors, Spring 2000, recherche sur internet www.thattechnicalbookstore.com, p. 17.

8. § 4.01 (c) ALI PCG, p. 139 ; v. infra, Limites à la responsabilité des dirigeants, pp. 412 et s.

9. Kors v. Carey: 39 Del. Ch. 47; 158 A. 2d 136 (1960); 8 § 141 DCLA, p. 25; Davis v. Louisville Gas & Elect. Co.: Del. Ch. 157; 142 A. 654 (1928); 8 § 141 DCLA, p. 27.

L'exigence du *good faith* (bonne foi) et du *fair dealing* (traitement équitable) est accentuée dans les cas où les *individual interests* (intérêts individuels) sont concernés¹. Bien qu'apparemment la règle soit « écartée en cas de conflit d'intérêts » de ceux qui ont porté le jugement d'affaire, comme dans les cas de *self dealing* (contrats avec soi-même), ces cas sont « reconnus de manière étroite »².

La présomption du jugement d'affaires est maintenue quand le dirigeant qui porte un tel jugement n'est pas intéressé à la convention³. Le fait que la présomption de jugement d'affaires ne soit pas invocable en cas de conventions réglementées, où il y a forcément un *self dealing*, ne veut point dire, en droit américain, que la convention est pour autant nulle de plein droit. Le caractère intéressé de la convention prive l'intéressé dirigeant de la protection de la règle et de la présomption de justification du conflit d'intérêts et la soumet tout simplement à la procédure de contrôle de son *fairness* pour la société, qui reste le critère déterminant de son annulabilité, au même titre que tout *self-dealing transaction* (contrat avec soi-même).

En somme, la *business judgment rule* est souvent considérée comme une présomption que les administrateurs ou *officers* ont agi correctement et de bonne foi⁴. C'est pourquoi la charge de la preuve incombe dans ce cas à la personne qui attaque l'acte concerné⁵. Cette règle suppose que le jugement ait été porté consciencieusement, d'une manière éclairée, de bonne foi et avec diligence⁶.

Toutefois, quand il s'agit de la rémunération du dirigeant intéressé, usage de fonds sociaux à des fins personnelles, emploi d'un proche dans un poste social, la présomption du *business judgment*, même portée de bonne foi, ne joue plus. Les *benefits* (avantages) que s'approprie un intéressé sont soumis au test de *fairness* pour la société⁷; car la présomption ne peut être invoquée si l'intéressé profite aux dépens de la société⁸. La charge de la preuve incombe dans ce cas à l'intéressé⁹. « La présomption d'innocence de l'administrateur, ou

1. Karasik v. Pacific E. Corp: 21 Del. Ch. 81; 180 A. 604 (1935); Petty v. Penntech Papers, Inc: Del. Ch., 347 A 2d 140 (1975); 8 § 141, p. 26.

2. A. Tunc. Le droit américain des sociétés anonymes, op. cit, p.137; v. aussi L. Solomon et A. Palmiter, Corporations, op. cit., § 12.3.1, p. 204.

3. L. Solomon et A. Palmiter, Corporations, op. cit., § 13.2.4, p. 226.

4. § 4.01 (c) ALI PCG, vol.I, partie IV, p. 139, commentaire p. 173.

5. Idem, § 4.01 (d).

6. Citron v. Fairchild Camera & Investment Corp., 22 décembre 1989 : 1989 Del. LEXIS 469; 569 A. 2d 53 (Del.1989).

7. Walt Disney Co, Derivative litig.: Del, Ch., 825 A 2d 275 (2003); 8 § 141 DCLA, p. 29.

8. Maldonado v. Flynn: Del. Ch., 413 A. 2d 1251 (1980); Gries Sports Entreprises Inc. v. Cleveland Browns Football Co., 20 août 1986: 1986 Ohio LEXIS 745; 496 N.E. 2d 959 (Ohio 1986).

9. Unitrin Inc. v. American Gov. Corp., préc.; 8 § 141 DCLA, p. 29; Brehm v. Eisner Supra, 9 février 2000: 2000 Del. LEXIS 51; 746 A 2d 244 (Del. 2000).

plutôt la présomption de légitimité de ses décisions de gestion »¹, du *business judgment rule*, ne saurait servir de bouclier au dirigeant abusant de sa position pour se procurer des intérêts personnels aux dépens de la société. La protection de cette règle n'est pas irrévocable² et ne couvre pas tous les agissements des dirigeants; notamment, elle ne joue pas en cas de fraude ou de décisions « *fraudulent, illegal or reckless* »³ (frauduleuses, illégales ou négligentes).

* * *

C'est donc le préjudice causé au patrimoine matériel ou moral de la société, ou celui causé à l'intérêt commun des associés en le rompant d'une manière directe ou indirecte, à des fins égoïstes, qui est à la base des conflits avec l'intérêt social. Dans certains cas, des contrats avec soi-même, c'est la preuve de l'existence du conflit qui est requise, une présomption de cette existence mettant la charge de la preuve sur l'intéressé, alors qu'une autre présomption de justification du conflit permet de maintenir des conventions, autrement annulables, quand elles sont bénéfiques et utiles à l'intérêt social ou quand elles ont été conclues par des dirigeants exerçant leur *business judgment*.

* * *

Nous nous demandons qu'est-ce donc au fond que l'intérêt social ?

La société doit exister le plus longtemps possible, dans la limite de sa durée statutaire, et prospérer dans l'espoir que la réalisation de son objet puisse produire aux associés les bénéfices escomptés. Tout acte qui menace ces objectifs est forcément contraire à l'intérêt social. C'est pourquoi une convention conclue entre une personne visée et la société ne doit pas être préjudiciable à la société, et ne doit pas mettre en cause les relations entre la société et les tiers, surtout les créanciers sociaux. L'existence de la société et sa continuité peuvent en dépendre. Une dissolution anticipée ou une mise en faillite peut être causée par les conséquences accablantes d'une convention non autorisée. Les rémunérations excessives, les *golden parachutes* ou les conventions à long terme, conclues à des fins personnelles sans que la société n'en profite, sont contraires à l'intérêt social.

L'évolution législative en France⁴ nous indique que le souci principal du législateur de 1867⁵ était de protéger les actionnaires. C'est leur assemblée générale qui devait donner son autorisation préalable pour que la convention puisse être conclue, après s'être assurée que la

1. F. Peltier, *La Corporate Governance au secours des conseils d'administration*, op. cit., p. 130.

2. *Gindel v. Signal Coss*: Del. Supr., 316 A. 2d 619 (1974).

3. *Maldonado v. Flynn*, préc.; 8 § 141 DCLA, p. 34.

4. V. supra, pp. 14 et s.

5. Loi du 4 juillet 1867, art. 40.

convention ne rompt pas l'égalité entre les associés. L'assemblée a depuis, à la suite des réformes législatives, perdu cette prérogative puisque désormais c'est le conseil d'administration qui donne cette autorisation¹. Effectivement, le conseil d'administration est chargé de veiller à la bonne santé de l'entreprise comme un tout et non seulement au respect de l'égalité entre les associés. On retient désormais le lien d'entreprise, et non plus le lien contractuel de groupement des associés, entre la personnalité morale et son contenu²; et la « société devient désormais une technique juridique d'organisation de l'entreprise »³.

Nous pensons donc que l'intérêt social est celui de l'entreprise. C'est d'ailleurs l'option choisie par plus de la moitié des Etats américains qui considèrent que le *board of directors* (conseil d'administration), *committees of the board* (comités du conseil) et *individual directors* (administrateurs individuels), dans leur appréciation de ce qui est *in the best interest of the corporation* (au mieux des intérêts de la société), doivent prendre en considération, entre autres, l'effet de toute décision sur tous les groupes de personnes qu'elle pourra affecter, y compris les associés, salariés, fournisseurs, clients et créanciers⁴. Ce n'est donc pas seulement l'intérêt des associés qui doit guider la marche de la société.

La position dans certains Etats est nuancée, puisqu'ils prévoient que le conseil peut prendre en considération d'autres éléments que celui de l'intérêt des associés, pourvu que ces derniers jouissent de *some rationally related benefit* (quelque avantage rationnellement lié) à une décision que le conseil est appelé à prendre⁵, alors que d'autres restent attachés à la théorie traditionaliste qui soutient que l'intérêt des associés, tout en n'étant pas exclusif, doit être *primary* (primordial).

Même le groupe de sociétés, auquel on reconnaît un intérêt propre, indépendant de celui de chacune des sociétés qui en sont membres, a une certaine individualité basée sur la notion d'entreprise. C'est « l'unité de l'entreprise dont l'individualité réside dans le critère économique de domination et ce, au mépris de l'indépendance juridique des sociétés dominées⁶ ».

1. A. Mercier, Ph. Merle, Cl. Flachaut-Jasson et S. Besnard, L'audit et le commissariat aux comptes 2009-2010, éd. F. Lefebvre, 2008, n° 52190, p. 776.

2. N. F. Raad, L'abus de la personnalité morale en droit privé, op. cit., n° 82, p. 82.

3. Idem, n° 81, p. 81.

4. L. Soderquist, L. Smiddy et L. Cunningham; Corporations and Other Business Organizations, op. cit., pp. 561 et 562.

5. Idem, citant Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc: 506 A. 2d 173, 176 (Del. 1986).

6. N. F. Raad, L'abus de la personnalité morale en droit privé, op. cit., n° 102, p. 100.

Dans son commentaire sur un arrêt récent de la Cour de cassation¹, un auteur s'est demandé « si ce n'est pas plutôt l'intérêt du fisc au lieu de l'intérêt social, qui était en réalité en vue par les juges suprêmes ». En effet, le fisc, en tant que créancier social, est un tiers toujours soucieux de la santé de l'entreprise et a intérêt à ce qu'elle continue à réaliser des bénéfiques imposables. Mais ne nous est-il pas légitime de penser que le fisc, qui recueille les recettes qui alimentent la caisse de l'Etat et financent les dépenses publiques, étend la portée de l'intérêt social au-delà de celle de l'entreprise, même vue dans sa globalité, pour en faire une des composantes de l'intérêt national ?

Il est souhaitable que la jurisprudence au Liban rejoigne celle de la France et des Etats-Unis dans leur adoption de la théorie maximaliste de l'intérêt social comme étant celui de l'entreprise.

La doctrine française admet désormais que l'intérêt social est celui de l'entreprise, mais aucune définition n'a été apportée à cette notion qui puisse mettre un terme définitif à ce *statu quo* qui sévit dans l'appréciation de l'intérêt social. La doctrine a même essayé d'analyser cette notion en adoptant un « juste milieu »²: en fonction des circonstances, privilégie soit les contraintes à court terme soit celles à long terme »³. Mais cette approche ne nous semble pas apporter une solution nouvelle puisque cette démarche est normalement, et de toute façon, adoptée par les tribunaux dans l'appréciation des circonstances de chaque espèce. En outre, une telle analyse est loin de faire de l'intérêt social un « standard », comme le laisse entendre ceux qui tendent de soutenir la théorie du « juste milieu ». A notre sens, le « standard » doit être plus précis. Il doit poser des normes et des repères qui puissent permettre une appréciation la plus subjective possible des intérêts en jeu. Il ne doit pas être un « compromis modulable »⁴, mais un véritable balancier entre l'intérêt des associés, l'intérêt de la société et l'intérêt de l'entreprise.

Cela dit, nous allons tenter de proposer une définition moins théorique de l'intérêt social qui prend en compte les données suivantes :

- La société est avant tout une personne morale distincte de ses associés, qui chacun a une personnalité propre et un intérêt personnel qui n'est pas nécessairement aligné ni sur celui de la société ni sur celui des autres associés.

1. Cass. com., 5 mai 2009: Rev. soc. n° 4/2009, p. 807, note L. Godon, cet arrêt a donné gain de cause à un associé minoritaire, demandeur d'expertise de gestion portant sur des conventions réglementées approuvées par des assemblées d'associés auxquelles il n'avait pas participé.

2. S. Rousseau et I. Tchotourian, L' « intérêt social » en droit des sociétés, op. cit., p. 741.

3. Idem pp. 740 et 741.

4. Idem p. 741.

- L'intérêt de la société en tant que personne juridique est de prospérer et d'assurer que son exploitation puisse continuer¹.
- La prospérité d'une société et sa pérennité ne dépendent pas seulement de la volonté ou du comportement de ses dirigeants et ses associés, mais de l'interaction avec les tiers.
- L'intérêt social doit prévaloir sur tous les autres intérêts en jeu.

L'intérêt social serait donc à notre avis l'intérêt de la société située dans un environnement économique, celui de l'entreprise, qui tient compte non seulement de l'intérêt propre de la société, mais aussi celui de ses associés, des tiers, notamment les créanciers sociaux, et de l'Etat. Il sera considéré comme lésé à chaque fois que la poursuite, par n'importe quel moyen, d'intérêts personnels, par un dirigeant ou un associé, amoindrit le patrimoine social ou menace la continuité de la société ou le *going concern*².

Le recensement des intérêts qui cohabitent au sein d'une société et l'analyse de ces intérêts et des résultats de leur interaction nous ont permis de délimiter les frontières de l'intérêt social (Titre 1). Une délimitation pourtant relative, car elle s'est limitée à définir l'intérêt social en le mettant face à face avec les autres intérêts qui le côtoient au quotidien de la vie sociale et en dégagant les conséquences des conflits qui peuvent surgir de leur confrontation. Ce recensement nous a aussi permis de dégager une définition de l'intérêt social qui est conforme à la théorie maximaliste de cet intérêt.

Il s'agit maintenant de ratisser le champ de confrontation de ces intérêts avec l'intérêt social pour étudier de plus près le contexte conflictuel visé par les trois réglementations étudiées (Titre 2).

* * *

1. P. Ledoux, Le droit de vote des actionnaires, Thèse, Paris 2, dir. Ph. Merle, LGDJ, 2002, n° 146, p. 136: « la vie et la croissance de l'organisme économique ».

2. « Going concern » veut dire « A commercial enterprise actively engaging in business in the expectation of indefinite continuance » (Une entreprise commerciale activement engagée dans les affaires avec l'espérance d'une continuité indéfinie) : Black's Law Dictionary, op. cit., p. 699.

TITRE 2

CHAMP DE CONFRONTATION AVEC L'INTÉRÊT SOCIAL

La société met entre les mains des personnes visées dans la réglementation des conventions réglementées, un patrimoine matériel qui consiste en des biens sociaux de natures diverses. Ces personnes ont la charge d'exploiter ce patrimoine pour le faire fructifier dans l'intérêt social. L'environnement social constitue une arène, ou un champ, où se confrontent des intérêts personnels avec l'intérêt social.

La société fonctionne en quelque sorte à travers et grâce aux actes juridiques qui sont conclus pour son compte par ses représentants légaux. Ceux-ci encadrent l'exécution des prestations qui tendent directement ou indirectement à la réalisation de l'objet social. Ces actes portent sur tout genre d'activités créatrices d'effets juridiques et, quand les acteurs y sont personnellement intéressés, ils constituent de ce fait des occasions d'abus et de conflits entre leur intérêt personnel et celui de la société. La liste de ces actes s'est étendue avec l'évolution législative pour couvrir tous les actes juridiques qu'une société peut être appelée à conclure pour parfaire la protection de l'intérêt social (Chapitre 1).

Il s'agit aussi d'identifier les personnes physiques ou morales intéressées à ces actes, qui sont visées par les trois réglementations étudiées, et qui peuvent engager la société, directement ou indirectement. Ces personnes sont susceptibles, grâce à leur position dans la société, par leur signature ou leur vote, de profiter à ses dépens (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

LES ACTES JURIDIQUES VISÉS PAR LA RÉGLEMENTATION¹

Les actes juridiques que peut conclure un dirigeant ou un associé avec sa société sont nombreux et variés; ils dépendent de l'activité sociale et de ses besoins. La confrontation des intérêts personnels avec l'intérêt social peut causer un préjudice à la société . Il y va donc de l'intérêt social que tous les actes juridiques qui lui sont préjudiciables, quelle que soit leur forme ou contenu, soient soumis à la procédure de contrôle spécial prévue par la réglementation des conventions réglementées (Section 1).

Mais cela ne devrait pas entraver le fonctionnement de la société en l'accablant par un contrôle suivant un mécanisme qu'on sait déjà qu'il est encombrant. Toutes les conventions conclues par la société avec ses dirigeants ou associés ne lui sont pas forcément nuisibles et ne doivent pas être toutes soumises au contrôle, même si parmi elles il y a des actes conclus dans l'intérêt personnel du dirigeant ou de l'associé. La distinction entre un acte juridique et un autre pour isoler celui qui est dommageable pour la société n'est pas toujours évidente. Il s'agit de procéder à la qualification de l'acte, à son évaluation pour identifier les conventions qui pourraient léser l'intérêt social et, en résultat, soustraire celles qui lui sont inoffensives à la procédure de contrôle (Section 2).

Section 1. Diversité des actes juridiques visés

Il serait prétentieux de vouloir traiter ou même énumérer tous les actes possibles et imaginables qui pourraient tomber sous le coup de la réglementation. L'évolution historique dans ce sens est précise ; elle a tendu vers l'élargissement de l'assiette de ces actes.

En France et au Liban², ce ne sont plus seulement les « entreprises et marchés » qui sont visés³, ou bien « les opérations comportant une série de fournitures ou de travaux dont la réunion forme un tout, à l'exclusion des opérations isolées et sans caractère de continuité, fussent-elles fréquentes, qui s'exécutent instantanément par des prestations successives et

1. Il s'agit de la réglementation applicable dans chacun des trois systèmes juridiques étudiés.

2. Art. 40 de la loi du 24 juillet 1867 ; art 158 ancien, C. com. lib ; CA Beyrouth, n° 1479 5 décembre 1969, Al Adl, 1970, n° 427, p. 725.

3. Escarra et Rault, Traité théorique et pratique de droit commercial, Tome quatrième, Sirey 1959, n° 1429, p. 105, (Cit. Houpin et Bosvieux) ; dans le temps, les opérations qui ne consistaient pas en des marchés ou entreprises, même si elles étaient contrôlées par des personnes visées, n'étaient pas soumises au Liban à l'autorisation préalable de l'assemblée : Bureau exécutif, Beyrouth, décision n° 123, 2 juillet 1966 : RJL, janvier 1966, p. 778.

répétées »¹. L'art 40 de la loi française du 24 juillet 1867 ne s'appliquait pas aux actes isolés même « réitérés »².

Désormais, « toute convention » visée par la réglementation est soumise au contrôle : « marchés de toute nature, contrats de travail ou d'entreprise »³. Les actes juridiques de tout genre sont donc soumis à la réglementation : une classification formelle (§ 1) et une autre matérielle (§ 2) nous permettront de couvrir le plus grand nombre de ces actes.

§ 1. Classification formelle

La classification formelle des actes juridiques peut être faite sur la base du nombre des parties qui y interviennent (A), d'une part, et des modalités de leur conclusion d'autre part (B).

A. Nombre de parties à l'acte

Il convient de signaler que la doctrine a clairement tranché dans ce contexte la notion de l'acte collectif qui ne veut pas toujours signifier un acte multilatéral. En effet, certains actes auxquels contribuent plusieurs personnes, par exemple les sociétés, et de ce fait revêtent un caractère collectif, sont considérés comme unilatéraux quand ils reflètent une « convergence des intérêts des parties »⁴, comparé à « l'opposition d'intérêts » qui est réglée dans un contrat.

Les actes juridiques peuvent être multilatéraux (1.), deux ou plusieurs personnes participant à leur conclusion, ou unilatéraux (2.), existants par la volonté et décision unique d'une seule personne.

1. Actes multilatéraux

Les actes multilatéraux peuvent être des actes bilatéraux ou plurilatéraux : (a), ou des décisions manifestant la volonté d'un organe social (b).

a) Actes bilatéraux ou plurilatéraux

En droit libanais, tout *ittifak*⁵, entendre, littéralement « accord », mais aussi contrat, convention, entente, pacte⁶, est soumis à la procédure de contrôle spécial. L'*ittifak* ou l'accord sur un ou plusieurs éléments contractuels, est normalement inclus dans un acte

1. De Juglart et Ippolito, par E. du Pontavice et J. Dupichot, Traité de droit commercial, op. cit., n° 722-2, p. 456. Les textes libanais et français contenaient les mêmes termes « marchés et entreprises ». La doctrine libanaise a suivi, avec la même interprétation, mais aussi avec une critique similaire à celle de la doctrine française, « de ce texte limitatif qui laisse des lacunes, sources d'abus. » : E. Tyan, Droit commercial, op. cit., n° 592, pp. 668 et 669.

2. CA Paris, 31 juillet 1911, JS, 1912, p. 176.

3. M. Jeantin, Droit des sociétés, Domat droit privé, 3^e éd., Montchrestien 1994, n° 506, p. 265.

4. P. Le Cannu et B. Dondero, Droit des sociétés, op. cit., n° 282, p. 184.

5. Art 158, al.1, C.com.lib.

6. V. pour les variétés de ce terme, le Nouveau dictionnaire juridique français-arabe, I. Najjar, Badoui A. Z. et Chalalah Y., Librairie du Liban, 2006, p. 2 de l'index arabe-français.

juridique ou convention conclue et signée par les parties contractantes. La généralité de ce terme permet de soumettre à la procédure en question tout genre d'actes bilatéraux ou plurilatéraux qui produisent des effets juridiques.

Le droit français vise « toute convention »¹; une généralité assimilable à celle du droit libanais. « Nom générique donné – au sein des actes juridiques – à tout accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes...². En somme, le terme englobe tout accord, protocole, marché, entreprise, opération, transaction etc. ; ainsi que les « espèces les plus variées de contrats spéciaux : vente, bail, prêt, dépôt... »³.

Aux Etats-Unis, toujours peu soucieux de formalisme et promoteurs d'une plus grande protection de l'intérêt social, les textes relatifs à cette matière utilisent également des termes de large portée. L'acte visé est soit un *contract*⁴, soit une *transaction*⁵ soit un *conduct*⁶ (conduite, comportement).

b. Décisions des organes sociaux⁷

La décision collective est par définition « l'ensemble de décisions individuelles présentant entre elles un lien de connexité et réunies dans un même document »⁸. Les décisions prises collectivement par les membres des organes sociaux concernés sont également des actes visés au sens de la réglementation puisqu'ils peuvent revêtir un caractère conventionnel dans la mesure où ils engagent la société. « L'acte collectif se caractérise certes par un mécanisme d'élaboration original, mais dans la mesure où les actes collectifs ont la même force obligatoire et le même régime juridique que les contrats, il est permis de les considérer comme des conventions au sens de l'art. L. 225-38 C.com.fr. »⁹. Il en est autrement pour les

1. Art. L. 225-38, al.1, C.com.fr. (SA); art. L. 225-86, al.1, C.com.fr. (SACS) ; art. L. 223-19, al.1, C.com.fr. (SARL); art. L. 227-10, al.1, C.com.fr. (SAS) « les conventions... ».

2. G. Gornu, Vocabulaire juridique, op. cit., p. 234 ; v. aussi D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans les sociétés anonymes, op. cit., n° 104, p. 113.

3. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, Contrats entre les administrateurs et la société, op. cit., n° 37, p. 10.

4. 8 § 144 (a) DCLA, p. 42.

5. Idem ; § 8.61 (a) (b) RMBCA, p. 50 ; §§ 5.02-5.07 et 5.10, ALI PCG, vol. 1, partie V, pp. 209, 308 et 325; IAS 24 (5) (related parties « transactions »).

6. § 8.30 RMBCA, p. 42.

7. Certains auteurs ont considéré que les décisions collectives sont des « actes unilatéraux collectifs »; v. P. Le Cannu et B. Dondero, Droit des sociétés, op. cit., n° 282, p. 184, car elles reflètent la volonté qui vise un seul but, la décision sociale, guidée par un unique intérêt ; nous avons quand même voulu traiter cette notion, sous cette rubrique « actes multilatéraux » à cause de la multiplicité des personnes qui contribuent à la décision.

8. G. Cornu, Vocabulaire juridique, op. cit., p. 167.

9. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, Contrats entre les administrateurs et la société, op. cit., n° 36, p. 10.

décisions des organes sociaux relatives à certaines rémunérations des dirigeants, et qui ont un caractère institutionnel¹.

Les décisions collectives des associés d'une société française trouvent leur source dans le Code civil qui dispose que « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives »². Cette participation a lieu lors des délibérations sur des sujets portés à l'ordre du jour de la réunion d'une assemblée générale, par l'exercice du droit de vote et aussi dans le cas de consultations écrites sur des points précis qui nécessitent le consentement des associés et leur signature d'un procès-verbal dressé sans qu'il y ait une réunion formelle³.

2. Actes unilatéraux

A priori, on pourrait penser que les actes unilatéraux, qui n'impliquent qu'une volonté unique, sont exclus de la réglementation des conventions. La raison principale de cette exclusion est que le rôle d'une personne intéressée visée dans une convention conclue avec la société ne peut-être mis en cause que si un certain consensualisme existe. C'est ce consensualisme qui constitue en principe l'élément initiateur du conflit avec l'intérêt social. De plus, et comme pour supporter une telle réflexion, le texte même de la loi ne cite, comme on l'a déjà vu, que les conventions, « *contracts* », « *transactions* », ou « *ittifaq* ». Toutes ces notions nécessitent des actes au moins bilatéraux. Certains auteurs français sont intransigeants sur ce point: « la notion de convention exclut certainement les actes unilatéraux »⁴. En droit libanais, il nous semble qu'en dépit de la généralité du texte, on ne peut pas soumettre les actes unilatéraux à la procédure de contrôle spécial.

La question semble se poser fréquemment en ce qui concerne les décisions du conseil d'administration rémunérant son président, et qui ne sont pas toujours suivies par la conclusion d'une convention les entérinant. Dans un tel cas, l'unilatéralité provient du fait que la volonté de la personne intéressée, en l'occurrence le président, n'est pas déterminante pour l'attribution de l'intérêt personnel qui pourrait être en conflit avec l'intérêt social. C'est une décision collective à caractère unilatéral qui confère cet intérêt personnel indépendamment de la volonté de la personne intéressée ; c'est une « décision »⁵ et non une « convention ». La participation, par exemple, d'un actionnaire d'une société anonyme libanaise, qui est intéressé à une convention, à une délibération de l'assemblée générale, en

1. V. infra, Rémunérations à caractère institutionnel, pp. 104 et 105.

2. Art. 1844, al.1, C.civ.fr.

3. Cela est possible dans les SARL par exemple, si les statuts le prévoient : art. L. 223-27, al. 1, C.com.fr.

4. I. Balensi, Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, op. cit., n° 29, p. 22.

5. M. de Juglart et B. Ippolito, par E. du Pontavice et J. Dupichot, Traité de droit commercial, op. cit., n° 722, p. 453 ; art. L.225-47 C.com.fr. : le conseil « détermine » la rémunération de son président.

votant sur une telle décision, laquelle participation est elle-même réglementée¹, ne suffit point à transformer l'acte en question en un acte non unilatéral. L'influence que peut pourtant exercer un actionnaire prédominant ou un président sur les autres membres du conseil d'administration, même quand il s'abstient de voter, est non négligeable.

Toutefois, si une rémunération consentie au président ou aux autres administrateurs revêt un caractère « exceptionnel », son allocation est soumise à la procédure de contrôle². C'est donc moins le caractère unilatéral de l'acte, que sa teneur qui détermine la soumission au contrôle. Quand l'engagement unilatéral ne procède pas d'une « véritable discussion avec l'intéressé », la procédure de contrôle ne s'impose pas³. L'émission d'actions en faveur des dirigeants, les *stock-options*, les promesses unilatérales faites à des personnes visées intéressées, les remboursements des frais personnels encourus par les administrateurs d'une société etc., constituent autant d'actes unilatéraux, ou apparemment unilatéraux, qui soulèvent la question de la nécessité de la procédure de contrôle, tout en étant, en principe, le fruit d'une décision d'un organe social, plutôt que celui d'une négociation avec l'intéressé.

La question des engagements pris en faveur de certains mandataires sociaux a suscité des remous, surtout en ce qui a trait aux engagements pris par une société de payer des indemnités de départ à caractère exceptionnel, du type parachutes dorés (*golden parachutes*), à ses mandataires à l'expiration de leur mandat. Même si un tel engagement ou promesse n'a pas été négocié à l'avance avec le bénéficiaire, il y a quand même une convention, un accord qui lie ce bénéficiaire à la société sans que pour autant cet accord revête le caractère contractuel qui le soumet automatiquement à la procédure de contrôle. Cette soumission n'est exigible que si l'intéressé a déjà acquis le statut de dirigeant visé par la réglementation. Des abus ont été commis et les sociétés cotées en bourse, où l'épargne publique est en cause, ainsi que l'économie nationale en ont souffert. C'est la pratique excessive des parachutes dorées⁴ qui a amené le législateur français à pallier ce vide par la loi pour la confiance et la modernisation de l'économie du 26 juillet 2005, dite « loi Breton ». En effet, cette loi soumet

1. Art. 187 C.com.lib.

2. Art. L. 225-46 C.com.fr.

3. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, *Contrats entre les administrateurs et la société*, op. cit., n° 35, p. 9.

4. En effet, des sommes exorbitantes ont été promises à des mandataires sociaux au titre d'indemnités de départ ; parachutes dorés, retraites-chapeaux et autres; pour ne citer que quelques unes : € 20.50 millions pour J.-M. Messier, président de Vivendi Universal; € 10 millions pour Ph. Jaffré, PDG d'Elf et A. Zacharias, PDG de Vinci ; € 9.9 millions pour D. Bernard, PDG de Carrefour ; € 8.2 millions pour N. Forgeard, PDG de EADS ; € 3.2 millions pour Th. Morin, PDG de Valeo ; v. par une liste plus complète : Rapport d'information par la Commission des lois constitutionnelles de la législation et de l'administration générale de la République sur les rémunérations des dirigeants mandataires sociaux et opérateurs de marchés, présenté par Ph. Houillon, op. cit., p. 24.

désormais au contrôle toutes les rémunérations, indemnités et avantages de toute nature consentis aux mandataires des sociétés cotées en bourse¹.

« Quand la société prend un engagement envers un intéressé et que celui-ci accepte d'en recevoir l'objet, l'accord de volontés existe et la réglementation s'applique. Il y a dans ce cas une soumission d'un acte unilatéral au régime du contrat. En conséquence, l'article L.225-38 C.com.fr. vise non seulement les contrats signés par le président, mais encore toute décision prise par lui ou par le conseil accordant à un intéressé un droit accepté par lui »². C'est pourquoi, une demande de brevet d'invention déposée par un président-directeur général d'une société anonyme conjointement à son nom personnel et à celui de la société, faisant apparaître un droit de copropriété du président, a été assimilée à une convention pour les besoins de la procédure du contrôle spécial nécessitée par l'opposition d'intérêts entre le président et la société³. La loi Breton du 26 juillet 2005 est venue mettre un terme à toute hésitation concernant la soumission d'un acte unilatéral à la procédure du contrôle, en ce qui concerne les rémunérations de certains dirigeants de sociétés anonymes, cotées en bourse. En effet, le premier alinéa de l'art. L. 225-42-1 du C.com.fr. soumet désormais au régime des « conventions » réglementées « les engagements » pris par la société. Cette disposition nous épargne la tâche d'apprécier si la rémunération est de nature conventionnelle ou institutionnelle.

Aux Etats-Unis, les textes ne sont pas explicites en ce qui concerne la soumission des actes unilatéraux aux interdictions prévues pour les *contracts* ou les *transactions*. Les textes qui traitent ces deux notions, particulièrement ceux du *DCLA*, *RMBCA* et *ALI PCG*, ne nous éclairent pas d'avantage sur ce point. Pour compléter cette recherche, un embryon de clarification, à ne pas négliger, peut être trouvé dans la définition donnée par l'*ALI PCG* de l'*interested* (l'intéressé)⁴: « *A director...or officer...is interested in a transaction or conduct...* » (Un administrateur...ou un dirigeant administratif...est intéressé à une transaction ou conduite...). En effet, nous pensons qu'à défaut d'une explication acceptable du terme *conduct*, que nous n'avons pas pu trouver dans les notes relatives à cette disposition, ni d'ailleurs dans d'autres ouvrages spécialisés, il nous paraît légitime de donner à ce terme une interprétation plutôt large. C'est ainsi qu'à notre sens, le mot *conduct* peut très bien signifier « comportement individuel » ou « acte unilatéral », soumettant ainsi son acteur au

1. Art L 225-42-1 C.com.fr. (SA) et art. L.225-90-1 C.com.fr. (SACS) ; v. aussi A. Mercier, Ph. Merle, Cl. Flahaut-Jasson et S. Besnard. *Audit et commissariat aux comptes 2009-2010*, op. cit., n° 52695, p. 795,

2. D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, op. cit., n° 105, p. 114.

3. CA Paris, 9 mai 1961 : D. 1962, sommaire 26.

4. § 1.23 (a) *ALI PCG.*, vol.1, partie I, p. 25.

même régime juridique des devoirs et obligations que les autres *interested* (intéressés). Raisonner d'une façon contraire revient à faire échapper une catégorie de dirigeants d'une société cotée américaine à la procédure de contrôle des rémunérations ou avantages qu'ils se font attribuer par leur société.

B. Modalités de conclusion de l'acte

Le formalisme qui marque et parfois conditionne la conclusion d'un acte juridique se retrouve dans les deux phases habituelles d'une telle conclusion. Tout d'abord, au niveau du mode de conclusion (1) proprement dit ; et, par la suite, au niveau de la forme adoptée pour cette conclusion (2).

1. Mode de conclusion

Les conventions et contrats sont normalement conclus par une société, soit directement, avec la personne cocontractante elle-même et en considération de cette personne, sans que la société procède à une présélection d'un certain nombre de concurrents ; c'est le cas des contrats conclus de gré à gré (a); soit en faisant intervenir une formalité impliquant un appel d'offres et une sélection de la partie contractante à la suite d'une opération d'adjudication publique (b).

a) Contrats conclus de gré à gré

Les risques de complaisance sont supérieurs quand une convention est conclue de gré à gré. La négociation des conditions financières et autres, si négociation il y a, n'est soumise à aucun contrôle externe et, en conséquence, l'intérêt social se trouve en confrontation directe avec l'intérêt personnel du dirigeant ou associé intéressé au marché en question. La tentation de l'intéressé de faire prévaloir son intérêt personnel est, dans ce cas, bien plus grande. La nécessité du contrôle spécial des contrats conclus de gré à gré est indiscutable dans les trois systèmes juridiques étudiés.

La discussion devient plus intéressante quand la possibilité de complaisance dans les contrats de gré à gré est réduite ; surtout quand le conseil d'administration regroupe des membres non homogènes ou représentant des associés à intérêts divergents, voire opposés.

La complaisance qui influence une décision du conseil d'administration peut être réduite d'avantage avec l'élection au conseil d'administrateurs indépendants. Un administrateur est indépendant quand il « n'entretient aucune relation de quelque nature que ce soit avec la

société, son groupe ou sa direction qui puisse compromettre l'exercice de sa liberté de jugement»¹. Cette pratique est considérée aux Etats-Unis comme un pilier de l'indépendance et de l'objectivité de la décision du conseil d'administration et du *fairness* à l'égard de la société. C'est ainsi que les administrateurs qui sont eux-mêmes associés majoritaires ou représentants d'associés majoritaires ne peuvent plus de leur poids faire fléchir la balance de leurs intérêts personnels au mépris de l'intérêt social. Les *independent directors* doivent, d'après la doctrine américaine, se concentrer, quand ils sont appelés à prendre une décision, sur les circonstances de la décision et son *merit* (bien fondé), plutôt que sur des *extraneous considerations or influences* (considérations ou influences externes)². Comme en droit français, le critère de l'indépendance qui est compromise par la prise en compte des considérations ou influences externes par un dirigeant est l'inexistence d'une *relationship* (relation) avec les personnes qui sont les *proponents* (ceux qui détiennent une force persuasive) d'une décision particulière ou y sont intéressés³. L'étendue de la « relation » qui est considérée comme étant assez étroite au point d'influencer le dirigeant dans sa prise de décision a été définie par *ALI PCG*⁴.

b) Contrats conclus à la suite d'une adjudication publique

La publicité d'un marché et la mise en concurrence de ceux qui sont disposés à l'exécuter, les deux composantes essentielles de l'adjudication publique, semblent réduire, sinon éliminer, les risques de complaisance dans la conclusion des conventions. La publicité attire le plus grand nombre de participants, donc de concurrents, et la concurrence assure les meilleures conditions (financières et autres) pour la société. Cela dit, et surtout à cause de la généralité des textes et de l'inexistence dans nos trois systèmes juridiques d'une exception expresse des cas où les conventions sont conclues à la suite d'une adjudication publique, ces dernières sont soumises à la procédure de l'autorisation préalable, au même titre que celles qui sont conclues de gré à gré.

1. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 375, p. 429.

2. Orman v. Cullman: 794 A. 2d 5, 24 (Del. Ch. 1984).

3. B. Schwartz et A. Goodman, Corporate Governance Law and Practice, Lexis Nexis, 2008, vol. 1, § 4.04 [2], p. 4-33.

4. § 1.34 ALI PCG, p. 34: D'après ces derniers principes, il y a une « significant relationship » entre la société, ses dirigeants et un administrateur si ce dernier est, ou a été pendant les deux années précédentes, employé par la société, est un membre de la famille proche d'un tel employé, a reçu ou versé à la société plus de \$ 200000 en vertu de relations commerciales ou s'il est titulaire des droits de vote dans une société ayant reçu de lui ou lui ayant versé le montant mentionné, s'il est dirigeant d'une organisation à laquelle la société a versé au cours des deux années précédentes des montants équivalents à 5% des revenus bruts consolidés de cette organisation ou bien \$ 200 000, lesquels sont les plus élevés, ou si l'administrateur est affilié à un cabinet d'avocats qui a été le cabinet juridique principal avec lequel la société a traité pendant les deux années précédentes dans des affaires concernant des questions juridiques générales relatives au droit des sociétés ou des titres négociables.

En effet, la doctrine libanaise est unanime pour ne pas soustraire les contrats des administrateurs à la procédure de contrôle spécial de l'art. 158 C.com.lib dans les cas d'une adjudication publique; un « tel procédé n'exclut pas absolument le risque de complaisance... »¹.

La situation en France semble être moins tranchée. Certains auteurs trouvent que les « marchés et entreprises avec publicité et concurrence sont entourés de garanties qui rendent inutile la protection de l'article 40 »². D'autres ont même estimé que des conventions courantes conclues à la suite d'une telle adjudication doivent être assimilées à des conventions courantes conclues à des conditions normales et, en conséquence, elles ne sont pas soumises à la procédure de l'autorisation préalable³.

Toutefois, nous estimons que le risque de complaisance existe toujours dans une adjudication publique, même si les prix et autres conditions sont solennels et publics, puisque les intéressés peuvent, sous la couverture d'une telle adjudication, organisée en bonne et due forme, manquer à la transparence requise par de simples manœuvres du genre présélection complaisante de concurrents fictifs, après accord (secret) avec eux sur les conditions de leur participation à l'adjudication. Une entente, aux termes de laquelle les concurrents en question offrent des prix supérieurs à ceux offerts par l'intéressé visé, fait emporter le contrat par ce dernier à un prix bien plus intéressant pour la société, du moins en apparence.

Nous avons aussi vu de tels contrats perdus par des candidats sérieux pour défaut de conformité à certaines spécifications techniques posées par la société. Il est fréquent que le dirigeant intéressé pose des spécifications que seul son propre produit ou service, à caractère unique, peut satisfaire, à l'exclusion de tout autre participant. Apparemment et en réalité, les modalités de l'adjudication sont régulières. Le piège ainsi posé par l'intéressé écarte tous ses concurrents. Un jeu auquel le droit américain ne s'est pas pris. *ALI PCG* prévoit que l'autorisation ou la ratification est sans effets si la transaction est conclue à la suite d'un *competitive bid* (enchère concurrentielle), quand cette concurrence a été « *artificially diminished or eliminated through the framing of specifications or other devices...* »⁴

1. C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann., op. cit., commentaire de l'art 158, note 23; v. aussi Gh. Mahmassani, Les contrats des administrateurs de SA avec leurs sociétés suivant l'article 158 nouveau du Code de commerce libanais, op. cit., p. 55 ; E. Tyan, Droit commercial, op. cit., n° 592, p. 669.

2. L'aïeul de l'art. L.225-38 C.com.fr.; D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, Contrats entre les administrateurs et la société, op. cit., n° 40, p. 10.

3. Idem.

4. § 5.10 ALI PCG, vol.1, partie V, p. 327, commentaire de § 5.10 (c), pour les contrats conclus par les associés, § 5.02 ALI PCG, vol. 1, partie V, p. 213 tous les contrats conclus par les « directors » et « executives ».

(diminuée ou éliminée d'une manière artificielle par l'encadrement des spécifications ou autres moyens...).

2. Forme de conclusion

La réglementation des conventions est en principe indifférente à la forme de la convention¹, « si ce n'est pour l'administration de la preuve². « Elle reste sans effet sur la validité de la convention »³. Les conventions sont soit formelles (a), adoptant une forme écrite, soit informelle (b). Le risque qu'elle tend à éliminer peut exister dans l'une et dans l'autre ; et la protection qu'elle offre doit alors s'appliquer dans ces deux cas.

a) Conventions formelles

Les parties contractantes, dans tous les cas où elles ne sont pas légalement requises de toute façon de concrétiser leur accord sous forme d'un acte écrit, peuvent néanmoins choisir d'incorporer les conditions de leur contrat dans un tel acte. Les conventions écrites (1) sont utilisées non seulement pour une transaction ponctuelle mais aussi pour tracer les limites d'un rapport juridique entre des parties qui sont appelées à traiter ensemble, à une fréquence plus ou moins régulière, le même type de transactions, pour des projets différents. Ils ont recours à ce qu'on appelle les conventions cadres (2).

(1) Conventions écrites

Les conventions écrites sont des actes juridiques signés en principe par toutes les parties contractantes⁴. Ces signatures sont en général apposées sur le même document. Des écrits échangés (correspondances ou autres) qui comportent, par exemple, une offre et une acceptation, sont aussi considérés comme des conventions écrites. Ces conventions sont les plus nombreuses dans les sociétés commerciales, car la bonne tenue de leur comptabilité exige que toutes les écritures comptables soient justifiées par des pièces à l'appui. Bien sûr, de telles pièces ne sont pas toujours des conventions ou des contrats ; elles peuvent très bien être des factures, reçus ou procès-verbaux de réunions de l'assemblée générale ou du conseil

1. Y. Guyon, Droit des affaires, op. cit., n° 421, p. 428.

2. D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op. cit., n°104, pp. 113 et 114.

3. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, Les contrats entre les administrateurs et la société, op. cit., n° 29, p. 8 ; v. aussi Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 400, p. 473 : « Peu importe leur forme, leur objet ».

4. Un écrit, non signé par toutes ou l'une des parties, n'en est pas moins un contrat écrit : Black's Law Dictionary, op. cit., p. 327 « written contract ».

d'administration de la société, contenant une décision dont l'exécution suppose le débours ou l'encaissement par la société d'une somme d'argent ou une valeur assimilable.

A part la question de l'administration de la preuve, l'existence d'un acte écrit facilite l'application de la procédure de contrôle spécial de la convention, puisque de tels actes contiennent habituellement un minimum d'informations indispensables à l'appréciation de la convention par les organes sociaux appelés à statuer sur elle. En outre, le devoir de communication à la charge des personnes intéressées suppose que la convention à communiquer, et les informations y relatives, soient dans une forme communicable, donc un écrit.

(2) Conventions cadres

On s'est demandé si un contrat-cadre est soumis à la réglementation objet de notre thèse. Par définition, ce contrat est considéré comme une « convention initiale... qui prévoit la conclusion de contrats ultérieurs »¹ ou comme un « simple préliminaire à un véritable contrat »² laissant signifier qu'il n'en est pas encore un. Ce contrat, qui est nécessairement en la forme écrite, ne contient pas toujours tous les éléments constitutifs d'une convention finale. Dans beaucoup de cas, il peut être assimilé à un « formulaire », qui attend, pour avoir des effets juridiques positifs, qu'il soit complété par les parties et, bien entendu, signé par elles.

Ce genre de contrat est adopté par les parties qui désirent coopérer d'une façon régulière, sur la base de conditions générales convenues à l'avance. A chaque fois que l'occasion se présente, elles concluent un contrat spécifique et définitif, adoptant et complétant le contrat-cadre. La soumission d'un tel contrat à la réglementation des conventions dépend des effets de droit qu'il produit. Certains ne contiennent pas encore tous les éléments qui permettent au contrat de produire des effets juridiques et ne peuvent donc pas être considérés comme des conventions au sens de la réglementation. Ce n'est qu'au moment de la réunion de tous ces éléments que la convention est complétée. A titre d'exemple, nous citons les contrats d'achat de biens à un fournisseur régulier où les conditions générales, surtout financières, sont arrêtées à l'avance, sans que la quantité, le prix total, la nature et les spécifications des produits ne soient encore convenus.

1. G. Cornu, Vocabulaire juridique, op. cit., p. 227 ; plusieurs termes sont utilisés en anglais pour signifier « conventions cadres » : « frame agreement », « framework agreement » et « standby frame agreements ».

2. D. Bureau, actualisé par J-J. Ansault, Contrats entre les administrateurs et la société, op. cit., n° 30.

b) Conventions informelles

On peut imaginer que des conventions conclues par la société revêtent parfois un caractère informel. Elles sont soit conclues verbalement (1), soit conclues à l'origine sous la forme écrite et reconduites tacitement (2).

(1) Conventions verbales

La loi n'imposant pas que les conventions soumises au contrôle spécial soient écrites, la convention « peut donc être aussi bien écrite que verbale »¹. Ce sont les *oral contracts, parol contracts ou informal contracts*². Une convention d'assistance (aides et services spécifiques) conclue verbalement (non écrite) entre deux sociétés appartenant au même groupe : une société (Valeo) et son actionnaire le plus important, qui est en même temps administrateur, qui a été expressément approuvée en connaissance de cause par le conseil d'administration de Valeo et dont le contenu n'est pas contesté par aucune de ses deux parties, est considérée comme dûment conclue. Elle est donc soumise à la procédure de contrôle, car la loi n'impose aucune forme particulière aux conventions réglementées³.

Bien sûr, un problème se pose quand il s'agit d'aborder la concrétisation du contrôle de cette convention verbale⁴, surtout en ce qui concerne la communication du texte de la convention au commissaire aux comptes ou la reproduction des éléments pertinents dans son rapport spécial. Il est vrai aussi que la loi n'exige pas la forme écrite ; mais cela ne peut servir à faire échapper une convention verbale à la procédure de contrôle. Le choix de la forme étant laissé à la volonté des parties contractantes, requérir un écrit c'est ajouter au texte de la loi une condition non requise⁵. L'essentiel est que la convention ne reste pas occulte⁶.

On trouve ces conventions verbales surtout dans les groupes de sociétés, où la communauté d'intérêts et de dirigeants est parfois tellement forte que ces dirigeants ne prennent souvent pas la peine de se soumettre au formalisme prévu quand un contrat doit nécessairement être sous la forme écrite ou autrement dicté par la bonne pratique des affaires et qui consiste à préparer des contrats écrits et y stipuler tous les éléments essentiels de la transaction.

1. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, Les contrats entre les administrateurs et la société ; op. cit., n° 29, p. 8 ; v. supra, les avantages d'une convention écrite, p. 84.

2. Black's Law Dictionary, op. cit., p. 323.

3. Cass. com., 27 février 2001 : Bull. Joly, juin 2001, § 155, p. 614, Note J.-J. Daigre; il s'agit d'une convention unique aux effets prolongés dans le temps qui a été considérée comme étant à durée indéterminée ne nécessitant pas de nouvelles autorisations.

4. Fiches Jolynews ; éditions Joly – 09/04/2001, sur www.editions-Joly.com.

5. CA Paris, 6 février 1998 : Bull. Joly, avril 1998, § 114, p. 333, note A. Couret (encore une convention d'assistance intra-groupe).

6. Idem.

(2) Conventions tacites

Les conventions peuvent également être tacites. Ce caractère provient du fait que soit la convention n'a pas été formellement exprimée, pas même d'une manière verbale, soit parce qu'elle est implicitement sous-entendue, soit encore qu'elle ait été reconduite tacitement.

Les illustrations sont nombreuses ; mais, à titre d'exemple, nous citons le cas où un administrateur, auquel la société doit des sommes d'argent, ne les réclame pas ; il les laisse donc dans les caisses de la société, contre versement par cette dernière d'un intérêt financier pour rémunérer cette non réclamation¹. Il consent par ce fait des facilités de caisse à la société sans faire constater cette opération dans un écrit, ou dans une déclaration solennelle faite à un organe social.

Un autre aspect d'une convention tacite serait celui de la reconduction automatique d'une convention à durée déterminée, dont les dispositions ne prévoient pas une telle possibilité. Dans ce cas, l'exécution de la convention par les parties contractantes se poursuit comme si son terme n'avait pas expiré. La convention continue à produire ses effets et les parties contractantes à rendre leurs prestations respectives.

§2. Classification matérielle

La considération du formalisme est importante pour parfaire l'analyse des actes soumis à la réglementation. Ce formalisme ne constitue toutefois que le cadre qui cerne l'essence même d'un acte juridique, à savoir son objet. Et c'est dans la mesure où l'acte considéré produit ses effets que le phénomène d'un éventuel conflit avec l'intérêt social pourra se produire.

La classification matérielle des actes juridiques peut se faire selon leur objet (A) et selon leurs effets (B).

1. Y. Guyon, Droit des affaires, op. cit., n° 421, p. 428.

A. Classification selon l'objet de l'acte

Ce ne sont plus uniquement les marchés et entreprises¹ que conclurait une personne visée intéressée avec sa société qui déclenchent la procédure de contrôle spécial des conventions. Désormais², toute convention³ est soumise au contrôle, quels qu'en soient l'objet, la nature ou la forme⁴.

L'objet des conventions visées peut-être lui-même classé en deux catégories principales : les conventions tendant à faire rémunérer le dirigeant par sa société pour prestations de services (1.) et celles tendant à lui faire acquérir ou céder un bien ou un droit (2.).

1. Rémunération de l'intéressé

Les rémunérations par une société de l'intéressé visé par la réglementation reste l'occasion la plus fréquente, pour ne pas dire la plus tentante, pour qu'un dirigeant abuse de sa position privilégiée dans la société, afin de se faire octroyer des avantages, le plus souvent pécuniaires, et parfois non justifiés, au détriment des intérêts de la société et des associés, créant ainsi un conflit entre ses propres intérêts personnels et ceux de la société⁵. Les dirigeants aux Etats-Unis sont privés de l'autorité inhérente à leurs fonctions de fixer leurs propres rémunérations, même si cette autorité est expressément conférée au conseil d'administration, et cela à cause du conflit d'intérêts qu'elle suscite, à moins que les statuts de la société n'en disposent autrement⁶. C'est un des aspects du *self dealing*, et le dirigeant ne doit pouvoir abuser dans ce sens de son influence sur la société à cause du risque d'*unfairness* qu'il est susceptible de provoquer. C'est pourquoi les tribunaux traitent les conventions de rémunération conclues entre la société et les dirigeants de la même manière que d'autres conventions conclues par les dirigeants en *self dealing*⁷.

Nous allons analyser dans les développements suivants les types de rémunérations que les dirigeants sont susceptibles de recevoir de leur société (a), pour identifier par la suite les bénéficiaires de ces rémunérations (b) et enfin la soumission des conventions et engagements de rémunérations des dirigeants au contrôle spécial (c).

1. Art. 158 ancien C.com.lib ; art 40 loi fr. du 24 juillet 1867 ; v. CA Beyrouth, 5 décembre 1969: arrêt n°1479, op. cit; Trib.civ. Béthune, 14 décembre 1955 : RTDC 1957, p. 132.

2. Depuis 1968 au Liban ; depuis 1943 en France.

3. Art. 158 C.com.lib ; art. L.225-38, C.com.fr. (SA); art. L.225-86 C.com.fr. (SACS) art. L. 227-10 C.com.fr. (SAS) ; v.aussi C.com.lib.ann, op. cit., commentaire de l'art. 158, note 17 ; Gh. Mahmassani, Les contrats des administrateurs de sociétés anonymes avec leurs sociétés suivant l'art. 158 nouveau du Code de commerce libanais, op. cit., p. 49.

4. Escarra et Rault, Traité théorique et pratique de droit commercial, les sociétés commerciales, op. cit., n° 1431, p. 107.

5. J. Choper et M. Einsenberg, Corporations, op. cit., § 311, p. 57.

6. H. Henn et J. Alexander, Laws of Corporations and Other Business Enterprises, op. cit., n° 211, p. 572.

7. S. Emanuel, Corporations, op. cit., p. 215.

a) Types de rémunération

Les rémunérations perçues par les dirigeants salariés et non salariés, en contrepartie de leurs prestations sont de natures diverses et peuvent revêtir des formes variées¹. Elles peuvent être classées en trois catégories : les rémunérations en numéraire (1), les rémunérations consistant en un intéressement ou une participation au capital (2) et les avantages en nature (3).

(1) Les rémunérations en numéraire

Les rémunérations en numéraire peuvent être classées en deux catégories : celles qui sont versées en cours d'exécution du contrat ou mandat du dirigeant (i) et celles qui sont versées au terme, ou postérieurement à l'expiration de ce contrat ou mandat (ii).

(i) Les rémunérations versées en cours d'exécution du contrat ou mandat du dirigeant

Les rémunérations versées en cours d'exécution par le dirigeant de son contrat ou de son mandat social sont la rémunération de base (α) et les primes salariales (β).

a) La rémunération de base

C'est la rémunération qui rétribue le dirigeant salarié d'une manière régulière pour le travail qu'il fournit. C'est « la rémunération de base », connue aussi sous l'appellation « rémunération fixe de base » ; ou bien le salaire ou *salary*². Elle consiste en un montant fixe convenu avec le dirigeant et payé régulièrement, normalement à la fin de chaque mois. Le dirigeant « *is working for the company for a particular period and is being paid for period* »³ (travaille pour la société pour une période déterminée et est rémunéré pour cette période).

1. Pour les besoins de la comparaison, surtout avec le droit américain, tous les types de rémunération et d'avantage qui sont consentis dans les trois systèmes juridiques étudiés seront énumérés, sans que cela signifie que les personnes visées dans la réglementation des conventions réglementées puissent toutes recevoir ces rémunérations. Ces rémunérations sont celles versées, selon le cas, au dirigeant salarié et au dirigeant non salarié.

2. S. Emanuel, *Corporations*, op. cit., pp. 215 et 218; «fixed salary»; v. aussi H. Henn et J. Alexander; *Law of Corporations and Other Business Enterprises*, op. cit., n° 245, p. 666.

3. *Idem.*, p. 218.

β) Les primes salariales

Les primes salariales, aussi connues sous l'appellation « *bonus* », sont à caractère variable. Leur montant dépend en principe des résultats de l'exercice et des performances du bénéficiaire appréciés au regard de celles de la société¹. Elles sont normalement versées après approbation de l'assemblée générale annuelle des comptes de l'exercice social écoulé. « *They are geared in some way to the corporation's profits* »² (elles sont dépendantes en quelque sorte des bénéfices réalisés par la société). Les abus de ce genre de rémunération, à savoir le bonus, ont été dénoncés. « Il a été conçu pour encourager la prise de risques mais il a encouragé la prise de risques excessifs »³.

Le salarié n'a pas un droit automatique au bonus ou à la prime salariale. Ce droit découle d'un accord incorporé dans le contrat qui prévoit le bonus ou bien d'un « *inferred-infact contract* » basé sur des « *statements to the employee and corporate practices* »⁴ (déclarations faites à l'employé et des pratiques sociales).

(ii) Les rémunérations versées au terme, ou postérieurement à l'expiration du contrat ou mandat du dirigeant

Ce sont des rémunérations différées (*deferred compensation*) qui supposent, dans la plupart des cas, que le bénéficiaire garde sa position dans la société ou bien justifie de contrepartie suffisante pour qu'il en bénéficie, sinon elles sont annulées pour « *lack of consideration* »⁵, ou défaut de cause. Elles sont divisées en deux catégories principales : les indemnités de départ (α) et les retraites (β).

α) Les indemnités de départ

Une fois que son contrat de travail est terminé, ou a été interrompu, le dirigeant qui est mandataire social et qui cumule son mandat avec un contrat de travail a droit, comme tout autre salarié, à une indemnité de départ, un montant qui est normalement calculé en fonction de ses années de service. C'est l'indemnité de fin de services de type classique (α1).

De nos jours, les dirigeants d'entreprises et particulièrement les mandataires sociaux, même non salariés, pour faire face aux aléas de leur emploi, souvent à la merci de ceux qui les ont embauchés ou désignés, pour compenser un licenciement ou une révocation intempestive ou simplement pour contrecarrer, voire neutraliser, leur révocabilité *ad nutum*,

1. Art. L. 225-42-1, al. 2, C.com.fr. (pour les sociétés cotées en bourse).

2. S. Emanuel, Corporations, op. cit., les bonus jugés « unreasonable », ou excessifs, ne sont pas déduits des bénéfices ; leurs montants sont ajoutés au « taxable income » (revenus imposables).

3. Rapport Ph. Houillon, op. cit., p. 29, citant J. Stiglitz.

4. H. Henn et J. Alexander, Laws of Corporations and Other Business Enterprises, op. cit., n° 246, p. 672.

5. S. Emanuel, Corporations, op. cit., p. 218.

exigent une indemnité qui leur sera payée à la rupture de leur relation avec la société. Cette indemnité, qui généralement n'est pas soutenue par un mérite d'une valeur équivalente, est comme une manne qui descend du ciel, comme un parachute garni d'or ; c'est le parachute doré (α2).

α1) Les indemnités de fin de service de type classique

Ces indemnités sont exigibles dans la plupart des législations sociales. Le droit du travail ou le droit social en fait état au Liban et en France. Au Liban, si le mandataire social salarié n'est pas affilié à la Caisse nationale de sécurité sociale, il est de coutume qu'il stipule dans son contrat de travail les conditions de son départ. Aux Etats-Unis c'est une question qui relève moins du droit social que du droit des contrats.

Normalement, le salarié dont le contrat de travail vient à terme a droit à une indemnité de fin de service qui est calculée en multipliant le dernier salaire mensuel que percevait le salarié par le nombre d'années au service de l'employeur. Cette indemnité est forfaitaire et est « calculée sur la base d'un nombre d'années de salaire »¹. C'est le cas d'indemnité de départ le plus fréquent².

Dépendants des systèmes juridiques, ces montants sont versés soit par l'employeur lui-même, qui les approvisionne dans ses comptes, soit par l'organisme public social qui est légalement chargé de le faire, à savoir la Caisse nationale de sécurité sociale au Liban, par exemple.

α2) Les parachutes dorés

Ces indemnités sont aussi payées à l'occasion du départ du dirigeant à la cessation de ses fonctions ou à cause du changement de ces dernières. Ce type d'indemnités de départ consiste en des montants fixés à l'avance, d'un commun accord entre le bénéficiaire et la société. Elles ont un caractère extraordinaire et sont souvent d'un montant excessif d'où leur nom : *golden parachutes* ou parachutes dorés³. Ces indemnités sont censées compenser la précarité de la situation des mandataires sociaux en raison de la possibilité de leur révocation ad nutum, comme nous l'avons déjà évoqué.

1. Rapport Ph. Houillon, op. cit., p. 35.

2. Cass. com., 16 novembre 1983 : Bull. civ., 1983, n° 312, p. 270.

3. Le rapport Ph. Houillon, op. cit., mentionne, à la page 35, que le « parachute doré est la traduction littérale de l'expression anglo-saxonne « golden handshake », à cause du fait que cette rémunération est normalement convenue dès la nomination du dirigeant. Nous n'avons pas pu confirmer cette terminologie et trouvons plus simple et plus évident de considérer que les termes « parachute doré » sont la traduction littérale de « golden parachute ». D'autre part, ce rapport groupe sous cette appellation, aux côtés des montants forfaitaires mentionnées dans des conventions, les dispositions d'indemnités de départ excessives relatives aux options de souscription ou d'achat d'actions, les pensions complémentaires de retraite, et les avantages matériels ou en nature complétant la rémunération des dirigeants.

Ces parachutes ont été dénoncés car ils tendent parfois à rémunérer un dirigeant, même quand il a commis une fraude dans l'exercice de son mandat et a fait supporter à la société, et en conséquence à ses associés, des pertes parfois phénoménales¹.

La tendance actuelle en France est de plafonner le montant des indemnités de départ à deux ans de rémunérations fixes et variables sur la base de la moyenne des rémunérations perçues au titre des trois derniers exercices clos précédant le départ² et de les assujettir à des critères de performance.

Aux Etats-Unis, à la suite de l'adoption de la loi du 30 octobre 2008, tendant au rachat par l'Etat fédéral de créances douteuses détenues par des banques américaines, les dirigeants de ces banques qui ont reçu cette aide fédérale ne peuvent plus encaisser les parachutes dorés s'ils ont commis des fautes de gestion. Jusque-là et sous le prétexte du respect des dispositions contractuelles qui prévoient le paiement d'indemnités exorbitantes, les sociétés, même en déconfiture, honoraient leurs engagements à l'égard de ceux-mêmes qui en étaient responsables et s'étaient obligées de verser des sommes énormes en vertu de leurs engagements³. La loi « Sarbanes Oxley » Act de 2002 (31 juillet 2002), adoptée à la suite des scandales Enron et Worldcom, n'ayant abordé ce sujet que sous l'angle de la transparence et la révélation de l'intérêt personnel, s'est avérée insuffisante pour mettre un terme à ces excès.

β) Les retraites

Les retraites sont des montants d'argent versés périodiquement aux personnes ayant exercé une activité professionnelle quand elles cessent cette activité. Ce sont des pensions payées selon une formule déterminée applicable à tous les travailleurs ou du moins à tous les travailleurs appartenant à une catégorie de salariés bien déterminée (β1). Il y a aussi les retraites complémentaires (β2).

-
1. Le rapport Ph. Houillon, op. cit., a cité le cas où, par exemple, un « trader » fait perdre à sa banque 5 milliards d'euros (p. 7) et réclame son « parachute doré » à son départ de la société.
 2. « Un point sur le scandale Valeo », article sur site internet « Blog de Chloé », du 24 mars 2009, consulté le 5 décembre 2009.
 3. Le rapport Ph. Houillon contient un tableau comparant les indemnités de départ versées aux Etats-Unis à celles de quelques pays européens, notamment la France, se basant sur des données de l'an 2006. Les résultats de cette comparaison ne sont pas très différents dans la majorité des cas. Aux Etats-Unis, ces indemnités sont de 200 à 300% de la rémunération en espèces dans la moitié des cas et de 100% dans l'autre moitié, alors qu'en France elle est de 200% ; Rapport Ph. Houillon, op. cit., p. 23.

β1) Les retraites classiques / pensions

Ces retraites sont payées par les organismes auxquels le bénéficiaire est affilié en contrepartie de cotisations versées à cet effet¹.

Le dirigeant en France est assimilé aux salariés en ce qui concerne le bénéfice de retraite en fin de mandat. Il reçoit les mêmes pensions qu'eux. Donc en principe, le dirigeant sortant a droit aux retraites du régime général ou celles du régime des cadres². Alors qu'au Liban, le régime légal pour un dirigeant salarié non associé est celui prévu par la Caisse nationale de sécurité sociale qui ne paie que des indemnités de fin de service et non point de pensions.

Aux Etats-Unis, les *pensions plans* sont fréquents. Ils constituent des *deferred compensations* (rémunérations différées) normalement consenties à des *senior executives*. Ces plans consistent en des versements mensuels en numéraire, d'un montant calculé en fonction du dernier salaire perçu par le retraité et sont à long terme (*long term*)³. Ils encouragent les bénéficiaires à faire une longue carrière : « *an old age security* »⁴. La question s'est posée de savoir si des montants versés au retraité ou, en cas de décès, à ses héritiers, sans qu'un accord ait été conclu à cette fin avec le retraité, et sans qu'un plan adopté par la société ne l'exige ou sans que ces montants n'aient été négociés avec la société : « *unbargained for payments* » (paiements non négociés), sont considérés comme ayant pour cause les « *past services* » (services passés) du retraité. C'est du moins ce que la société payante avancera contre celui qui attaque ces paiements : le fisc⁵ ou les associés de la société. L'argument de ces derniers est simple ; pourquoi rémunérer ainsi des services passés alors que le retraité n'avait pas pu être *motivated* (motivé) par l'espérance de recevoir une telle *compensation* et de la sorte les paiements attaqués sont faits, comme nous l'avons déjà évoqué, sans *consideration* (cause)⁶ et constituent a « *retroactive compensation for past services* » (rémunération rétroactive de services passés) ou « *a gift of corporate assets* »⁷ (cadeau d'un bien social).

1. G. Cornu, Vocabulaire juridique, op. cit., p. 814.

2. M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, Droit des sociétés, op. cit., n° 572, p. 311.

3. S. Emanuel, Corporations, op. cit., pp. 216 et 217.

4. H. Henn et J. Alexander, Laws of Corporations and Other Business Enterprises, op. cit., n° 253, p. 683.

5. Heller v. Boylan, 27 mai. 1941 : N. Y. Misc. LEXIS 2131 ; si les tribunaux saisis par des associés ou par d'autres parties qui attaquent ces paiements sont réticents à les annuler, si des raisons non solides sont avancées, quand ils sont saisis par le fisc, la situation est différente puisque § 162 de l'Internal Revenue Code interdit la défalcation par la société de rémunérations excessives de « *personal services* » qui ne sont pas « *actually rendered* » (effectivement rendus). Voir pour les considérations fiscales des rémunérations des dirigeants, H. Henn et J. Alexander, Laws of Corporations and Other Business Enterprises, op. cit., n° 242, p. 261.

6. Adams v. Smith: 153 So. 2d. 221 (Ala. 1963); la doctrine propose un moyen pour contourner ces arguments, à savoir l'instauration par la société concernée d'un « *formal plan de retirement* » ou « *death payment plan* », alors que le retraité était toujours en fonction. L'autre moyen plus classique et plus difficilement attaquant, quand une société veut continuer à rémunérer un retraité, c'est de conclure avec lui un « *consultary agreement* » ; V. S. Emanuel, Corporations, op. cit., p. 218.

7. H. Henn. et J. Alexander, Laws of Corporations and Other Business Enterprises, op. cit., n° 245, p. 669.

β2) Les retraites complémentaires

La retraite-chapeau, dite aussi « retraite complémentaire »¹, « complément de retraite »² retraite par capitalisation ou « retraite additive »³ ou « un régime sur-complémentaire de retraite »⁴, est une retraite supplémentaire à prestations définies, qui est versée postérieurement à la cessation des fonctions. Ces retraites garantissent à leurs bénéficiaires un niveau de pension prédéterminé, en provisionnant dans les comptes de la société la différence entre le montant de la retraite minimum garanti et ce que reçoit le bénéficiaire en vertu des régimes de cotisation obligatoire⁵. Elle consiste en un versement d'une pension complémentaire, « le plus souvent par anticipation à son arrivée à l'âge normal de la retraite par le salarié »⁶. L'octroi d'un complément de retraite est soumis depuis les lois du 26 juillet 2005 et 21 août 2007, du moins dans les sociétés cotées en bourse, et en ce qui concerne le président, le directeur général et le directeur général délégué, à la procédure d'autorisation des art. L. 225-38, L. 225-40 et L. 225-42 C.com.fr.⁷

(2) Les rémunérations consistant en un intéressement ou une participation au capital

Dans cette catégorie, on trouve les *stock-options* (i), les actions gratuites (ii), les *restricted stocks* (iii), les *stock appreciation rights* (iv), les *phantom stocks* (v) et les *share purchase plans* (vi). En principe, quand ces rémunérations consistent en des actions ou droits à la souscription aux actions de la société ou bien des droits normalement attachés à de telles actions, elles sont assimilables à des rémunérations en nature, susceptibles d'être converties en numéraire, sous certaines conditions posées par la société elle-même.

1. Cass. com., 9 mai 1990 : Bull. Joly, juillet 1990, § 177, p. 641, note Ph. Reigne ; CA Paris, 22 mars 1991 : Bull. Joly, mai 1991, § 177, p. 517, note P. Le Cannu.

2. Cass. soc., 14 janvier 1999 : Bull. Joly, juin 1999, § 144, p. 655 ; Cass. com., 11 octobre 2005 : Bull. Joly, avril 2006, § 98, p. 498, note D. Vidal ; Cass. com., 6 février 2007 : Bull. Joly, août-septembre 2007, § 279, p. 1007, note A. Couret.

3. Cass. soc., 23 septembre 2009 : recherche sur internet, site www.légifrance.gouv.fr, « retraite-chapeau », consulté le 11 novembre 2009.

4. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 420, p. 508, note 9 : « une retraite qui compense l'absence d'un contrat de travail et le fait que son bénéficiaire n'aura pas droit à une pension de retraite » ; Cass. soc., 26 octobre 2005 : recherche sur internet, site www.légifrance.gouv.fr, « retraite-chapeau », consulté le 11 novembre 2009.

5. Rapport Ph. Houillon, op. cit., p. 24; la jurisprudence annule une telle retraite non pas seulement quand elle n'a pas été autorisée au préalable par le conseil d'administration mais aussi quand elle a eu des conséquences dommageables pour la société.

6. Idem, p. 35.

7. Par renvoi de l'art. L. 225-42-1, al. 1, C.com.fr.

(i) **Les *stock-options***

C'est pour éviter que les *senior executives*, qui sont normalement uniquement rémunérés par des salaires et des bonus, n'adoptent une position nonchalante et dirige la société *short term* (à court terme), que les anglo-saxons ont cru bon, pour que les dirigeants considèrent la société comme si elle était la leur, de les faire sentir comme s'ils en étaient *the owners* (les propriétaires). Pour ce faire, ils les intéressent au capital de la société, à travers l'octroi d'une option d'achat des actions de la société.

Les *stock-options* ou les *share-options*, qui peuvent consister en des options de souscription d'actions¹ tout comme des options d'achat d'actions², constituent aussi bien une forme d'intéressement que de participation au capital d'une société³. L'avantage consenti au bénéficiaire est la plus value qu'il peut réaliser au moment de l'exercice de l'option et qui consiste en la différence entre le prix des actions déterminé au jour de son émission et le montant que le bénéficiaire de l'option est appelé, le jour de sa levée, à payer pour souscrire ou acheter les actions qui font l'objet de l'option. Elles sont basées sur l'idée que la bonne gestion affecte positivement la valeur des actions et encourage les dirigeants qui sont titulaires des options à multiplier les efforts pour valoriser ces obligations.

Les *stock-options* sont consentis en France par une décision de l'assemblée générale extraordinaire sur le rapport du conseil d'administration ou le directoire et sur le rapport spécial des commissaires aux comptes avec certaines restrictions⁴. Cette assemblée autorise le conseil à consentir ces options aux salariés de la société (à tous ou à certains d'entre eux). Cette autorisation a un délai fixé par l'assemblée ne pouvant dépasser les trente-huit mois⁵.

Aux Etats-Unis, à moins que les statuts ne disposent autrement, c'est le conseil d'administration qui est légalement habilité à émettre les *stock-options*⁶. Une fois que l'assemblée générale extraordinaire en France autorise le conseil à le faire, c'est le conseil ou le directoire qui se charge de fixer le prix de souscription selon les modalités arrêtées par l'assemblée⁷. Aux Etats-Unis, le conseil dispose d'une large latitude dans la détermination du prix et des modalités afférentes à l'émission des *stock-options*, à moins que les statuts ne

1. Art. L. 225-177 C. com.fr.; 8 § 157 DCLA, op. cit., p. 60.

2. Art. L. 225-179 C. com.fr.

3. Rapport Ph. Houillon, op. cit., p. 16 ; cette forme a été introduite en France par la loi n° 70-1322 du 31 décembre 1970. Ce rapport note que ce qui à la base aurait dû bénéficier à une catégorie large du personnel des sociétés, l'a été et l'est toujours au profit d'un nombre restreint de salariés mandataires sociaux (p. 17).

4. Art. L. 225-177, al. 5, C.com.fr.

5. Art. L. 225-177, al. 1, C.com.fr., (souscription); art. L. 225-179, al. 1, C.com.fr. (achat).

6. 8 § 157 (a) DCLA, op. cit., p. 60; § 6.24 RMBCA, p. 24.

7. Art. L. 225-177, al. 4, C.com.fr.

contiennent des dispositions dans le même sens. En outre, le conseil d'administration aux Etats-Unis peut émettre ces options pour une durée de conservation déterminée ou indéterminée¹, alors qu'en France cette durée ne peut excéder trois ans à compter de la levée de l'option².

Le droit américain connaît des variétés de *stock-options*, particulièrement en ce qui concerne leur traitement fiscal. Les *Incentive stock-options* (options d'actions de « stimulation ») sont celles qui remplissent un certain nombre de critères posés par le fisc américain. L'avantage qu'elles ont sur les autres options, c'est que le titulaire des actions après la levée de l'option n'est pas imposé sur la plus value réalisée tant que les titres sont toujours en sa possession; il le sera seulement quand ils sont vendus. Par contre, les *non-qualified stock-options* (options d'actions non qualifiées) ne bénéficient pas d'un tel avantage fiscal et sont imposables sur la plus value même avant leur vente et même en cas d'absence de disponibilités financières³ avec leur titulaire.

Les bénéficiaires des *stock-options* sont essentiellement les membres du personnel salarié de la société ou certains d'entre eux⁴; les *officers* ou *employees* de la société⁵ désignés par le conseil, ainsi que ceux des membres du personnel salarié des sociétés ou groupement d'intérêt économique dont 10% au moins du capital ou des droits de vote de la société consentant les options, ou de ceux de sociétés ou de groupements de sociétés dont 50% du moins de capital ou des droits de vote sont détenus directement ou indirectement par une société détenant elle-même, directement ou indirectement, au moins 50% du capital de la société consentant les options⁶. Le droit américain semble ne permettre de consentir les *stock-options* qu'aux *officers* ou *employees* de la société sus-évoqués et à ceux des *subsidiaries* (filiales) de la société consentante de ces options⁷. Les *officers* et *employees* des autres sociétés du groupe ne bénéficient pas des *stock-options* alors que le droit français fait bénéficier d'une manière plus large les employés des diverses sociétés du groupe.

L'« *Employee share-option plan* » (*ESOP*) est le plan le plus couramment adopté aux Etats-Unis. C'est un « *qualified plan* » qui bénéficie donc d'un avantage fiscal.

1. 8 § 157 DCLA (b) et (c), op. cit., p. 60.

2. Art. L. 225-177, al. 2, C.com.fr.

3. S. Emanuel, Corporations, op. cit., pp. 215 et 216.

4. Art. L. 225-177, al. 1, C.com.fr. (souscription); art. L. 225-179, al. 1 (C.com.fr. (achat).

5. 8 § 157 DCLA (c), op. cit., p. 60.

6. Art. L. 225-180 (I) C.com.fr.

7. 8 § 157 DCLA (c), op. cit., p. 60.

(ii) Les actions gratuites

En France, les actions gratuites, une autre forme de participation au capital, sont aussi attribuées par une décision de l'assemblée générale extraordinaire¹, qui détermine, comme pour les *stock-options*, la période au cours de laquelle elles peuvent être acquises et la durée minimale de conservation avant que le titulaire ne puisse en disposer². Elles sont consenties par l'assemblée sur le rapport du conseil d'administration ou du directoire, et sur le rapport spécial des commissaires aux comptes, au profit des membres du personnel salarié ou à celui de certaines catégories d'entre eux³. L'assemblée extraordinaire fixe toutes les modalités concernant ces actions dans des conditions plus ou moins similaires à celles applicables aux *stock-options*, à quelques différences près. La plus importante étant que dans ce cas il ne s'agit plus d'une option à lever, mais d'un véritable transfert de propriété des titres aux bénéficiaires, avec toutefois des conditions de conservation et de disposition⁴.

Le *share bonus plan* est un type de rémunération des dirigeants et salariés de la société assez courant aux Etats-Unis. Il s'agit pour le conseil d'administration d'élaborer un plan qui prescrit les conditions d'octroi de ces *share bonuses* et les formules pour les calculer⁵. Quand de tels plans ne sont pas applicables à tous les salariés, l'autorisation des associés est parfois requise⁶.

(iii) Les *restricted stocks*

Ceux-ci ne sont pas vraiment une catégorie différente des *stock-options* et des actions gratuites que nous venons de présenter, mais plutôt des actions, surtout des actions gratuites, dont les modalités connaissent des conditions telles la période au cours de laquelle ces actions sont transférées au bénéficiaire et l'obligation qui pèse sur ce dernier d'être toujours au service de la société pour en profiter. Ces actions sont généralement émises par des *close corporations*, sociétés anonymes fermées, de petite taille, qui espèrent devenir *public* dans un avenir proche⁷.

1. Art. L. 225-197-1 C.com.fr.

2. Rapport Ph. Houillon, op. cit., p. 21.

3. Art. L. 225-197-1, al.1, C.com.fr.

4. Art. L. 225-197-1 à l'art. L. 225-197-5 C.com.fr.

5. H. Henn et J. Alexander, *Laws of Corporations and Other Business Enterprises*, op. cit., n° 673.

6. *Idem*, p. 674.

7. S. Emanuel, *Corporations*, op. cit., p. 216.

(iv) Les *stocks appreciation rights*

Il s'agit de récompenser le dirigeant quand le prix des actions de la société s'accroît après une période déterminée, au moment où ces *stock appreciation rights*, ou (*SAR*), sont conférés. C'est au fait un bonus qui dépend des performances de l'action¹ et ne nécessite pas un transfert de la propriété des titres de la société. Un certain nombre de droits sont consentis aux dirigeants et employés. Quand les actions de la société augmentent de valeur, les titulaires de ces droits sont récompensés en fonction de la plus value des actions, d'une manière régulière.

(v) Les *phantom stocks* (actions fantômes)

Comme les *SAR*, ce mode de rémunération ne nécessite pas l'émission de nouvelles actions. La société crédite le compte du dirigeant avec des *units* (unités) dont la valeur fluctue avec la valeur boursière des actions de la société ; le dirigeant ne reçoit la valeur de ces unités qu'à une date spécifiée à l'avance, comme le décès ou la retraite².

Ce type est aussi appelé *shareless share bonus plan* (plan de bonus d'actions sans actions). Les bénéficiaires profitent des revenus financiers attribués aux unités en question sans qu'ils jouissent des droits sociaux attachés aux actions et surtout du droit de voter³.

(vi) Les *share purchase plans* (plans d'achat d'actions)

Ces plans prévoient l'offre par la société de ses actions à ses salariés à un prix préférentiel, en comparaison au prix en cours, pour les sociétés cotées en bourse, ou à la valeur réelle des actions, pour les sociétés non cotées. La vente de ces actions peut avoir lieu à tempéraments, en consentant des facilités de paiement à l'acheteur. Ces plans doivent normalement être autorisés par les associés⁴. « Celui qui met fin aux fonctions du dirigeant bénéficiaire s'engage à lui racheter ses actions à un prix déterminé, souvent supérieur à leur valeur vénale »⁵. Cet engagement peut exister, en dehors d'un plan général applicable aux salariés, individuellement au profit d'un seul dirigeant et peut être le fruit d'une combinaison d'indemnité de départ et levée d'options de souscriptions ou d'achat d'actions⁶.

1. Idem.

2. Idem.

3. H. Henn et, J. Alexander, *Laws of corporations and other Business Enterprises*, op. cit., n° 247, p. 674 ; « shareless » voulant dire « sans actions » ou « sans émission d'actions ».

4. Idem, n° 249, p. 679.

5. Rapport Ph. Houillon, op. cit., p. 35.

6. Idem.

(3) Les avantages en nature

Ces avantages sont très variés. La société peut faire bénéficier les dirigeants d'une panoplie d'avantages matériels ou en nature. Ce sont le plus souvent des compléments d'autres avantages et rémunérations¹. Nous citons à titre d'exemple les couvertures d'assurances contre des risques divers, tels les accidents, les soins médicaux et décès. Ces assurances peuvent également couvrir les cas d'incapacité totale ou partielle.

D'autres *fringe benefits* (avantages divers) ou *perquisites* (avantages en nature occasionnels) sont l'abonnement des bénéficiaires à des *country clubs*; le paiement des bourses d'études; l'utilisation, aux frais de la société, de voitures de fonction ou de jets privés; et la fourniture de repas gratuits: les *cafeteria plans*, et d'hébergement². Il y a aussi les *expense accounts* qui, tout en n'étant pas vraiment des avantages en nature au sens strict du terme, permettent aux dirigeants de dépenser, en principe, pour des raisons associées à l'exécution de leur mandat ou contrat, et présenter des factures à la société pour se faire rembourser les montants payés ou se faire consentir des avances en numéraire à cette fin. Des cartes de crédit bancaires sont émises par les sociétés en faveur de leurs dirigeants qui les utilisent pour payer les factures de restaurant, d'hôtel, de stations d'essence ou de cadeaux faits à des clients de la société, la banque débitant automatiquement le compte de la société des montants correspondants. Il est aussi de coutume dans les sociétés de consentir à un dirigeant un prêt sans intérêts. L'économie de ces intérêts constitue pour l'emprunteur un avantage assimilable à un avantage en nature. La prise en charge par la société de frais de réception à domicile engagés par un dirigeant, non autorisée par le conseil d'administration, est soumise au contrôle³.

(b) Les dirigeants bénéficiaires des rémunérations

Ce qui nous concerne directement dans cette thèse ce sont les bénéficiaires des rémunérations, sous leurs formes multiples mentionnées plus hauts, qui sont visées par les réglementations des conventions réglementées. Ceux-ci diffèrent selon qu'on est en présence d'une société isolée : une société anonyme (1) ou une société à responsabilité limitée (2) ou bien un groupe de sociétés (3).

1. Rapport Ph. Houillon, op. cit., p. 36.

2. H. Henn et J. Alexander, *Laws of Corporations and Other Business Enterprises*, op. cit., n° 254, p. 689.

3. CNCC, *Etudes juridiques, Les conventions entre les entités et les personnes « intéressées »* ; op. cit., § 76, p. 80.

(1) Dans les sociétés anonymes

Les administrateurs, les membres du conseil de surveillance, ou les membres du directoire (i), le président du conseil d'administration ou le président du conseil de surveillance (ii), le directeur général et le directeur général délégué des SA et SACS, et *officers* (iii) sont des personnes visées par les réglementations qui pourraient abuser de leur position dans la société pour se faire consentir par elle des rémunérations excessives.

(i) Les administrateurs, les membres du conseil de surveillance, les membres du directoire

Les règles en la matière auxquelles sont soumis les membres du conseil d'administration sont applicables aussi aux membres du conseil de surveillance, ces derniers peuvent désormais conclure des contrats de travail avec la société en cumul avec leurs fonctions, et recevoir une rémunération permanente, alors qu'auparavant cela n'était pas possible¹, et aux membres du directoire. Pour réduire les risques de complaisance quand le conseil d'administration a à traiter de questions intéressant les salariés et éviter des conflits d'intérêts, la loi a limité le nombre de cumuls de mandats d'administrateurs et de salarié au tiers des administrateurs en fonction². La loi a posé une autre condition pour l'acceptation du cumul du mandat d'administrateur avec le statut de salarié. Elle exige un emploi effectif pour éviter que l'administrateur ne recoure à un contrat de travail fictif pour se faire payer des rémunérations additionnelles ou pour profiter des prestations sociales réservées aux salariés ou pour neutraliser l'effet d'une révocabilité *ad nutum*, qui caractérise le statut d'administrateur de sociétés anonymes³. La jurisprudence a paré à une telle éventualité en interdisant aux administrateurs en fonction de conclure un contrat de travail avec la société, à peine de nullité absolue⁴. Un salarié ne pouvait devenir administrateur que si son contrat de travail était « antérieur de deux années au moins à sa nomination comme administrateur » et qu'il corresponde « à un emploi effectif »⁵. Cette condition n'est plus exigée et son maintien dans le texte de la loi a été considéré comme une erreur matérielle⁶.

1. Art. L. 225-85, al. 1, C.com.fr.

2. Art. L. 225-22, al. 2, C.com.fr.

3. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 389, p. 448; v. aussi P. Le Cannu et B. Dondero, Droit des sociétés, op. cit., n° 705, p. 471. La société plaide que le cumul est illicite pour refuser de payer des indemnités pour rupture du contrat de travail.

4. *Idem*,

5. L. 225-22, al. 1, C.com.fr ; Cass. soc., 7 juin 1974 : Rev. soc., 1975, p. 91, note Y. Chartier.

6. Note sous art. L. 225-22, C.com.fr., p. 272 ; cette condition est maintenue pour les administrateurs élus par les salariés (art. L. 225-28, al. 1, C.com.fr.)

Aux Etats-Unis, la pratique traditionnelle voulait que les *directors* prêtent leurs services à la société sans contrepartie, à moins d'un *prearrangement with the corporation* (un accord préalable avec la société). Cette gratuité était dans le temps justifiée par le fait que c'était surtout les associés majoritaires qui siégeaient au conseil ou qui déléguaient des représentants qu'ils rémunéraient eux-mêmes. Mais avec l'introduction des *independent directors*, la justification de services rendus gratuitement tombe. Bien au contraire, on ne le sait que trop, ces *directors* sont devenus très cupides et perçoivent des honoraires et rémunérations exorbitants. C'est pourquoi des prévisions de leur rémunération sont incluses de plus en plus dans les statuts sociaux ou dans des résolutions prises par les associés¹.

(ii) Le président du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou du directoire

Le président-directeur général, qui est le premier parmi les administrateurs, ne fait pas exception, puisqu'il doit son poste à sa qualité d'administrateur, sans laquelle il n'est pas éligible à la tête du conseil. Les mêmes principes qui s'appliquent aux administrateurs doivent donc s'appliquer au président en ce qui concerne la soumission des allocations et traitements qui leur sont consentis par la société au contrôle spécial de la réglementation. Mais dans le cas où une rémunération « complémentaire » est consentie au président, dans le cas de cumul de son mandat social avec ses responsabilités de directeur général², cette rémunération est alors complémentaire en ce sens que le président peut percevoir, à titre de tantièmes³, ou jetons de présence, une rémunération comme tous les autres administrateurs et, en sus et en complément, une rémunération pour ses services de directeur général⁴.

Le président est soumis aux mêmes conditions que celles posées pour les administrateurs en cas de cumul de son mandat avec un contrat de travail, à savoir son emploi doit être antérieur à sa nomination comme administrateur et doit correspondre à un emploi effectif. Il faut que ses prestations en tant que président soient discernables et distinctes de celles de ses fonctions en tant que salarié de la société, avec des rémunérations séparées. Il doit avoir un lien de subordination à l'égard de la société. Si ces conditions ne sont pas remplies, le contrat de travail est suspendu et ne produit au aucun effet tant que le mandat du président n'a pas expiré.

-
1. H. Henn et J. Alexander, *Laws of Corporations and Others Business Enterprises*, op. cit., n° 244, pp. 664 et 665.
 2. C. Fabia et P. Safa, *C.com.lib.ann.*, commentaire de l'art 158, note 19 ; Cass. com., 17 octobre 1967: RTDC, 1968, n° 3, p. 90, note R. Houin.
 3. Éliminés en France par la loi du 31 décembre 1975, mais toujours en cours au Liban.
 4. M. de Juglart et B. Ippolito, par E. du Pontavice et J. Dupichot, *Traité de droit commercial*, op. cit., § 724-4, p. 481.

(iii) Le directeur général, le directeur général délégué, les *officers*

Les rémunérations excessives que peuvent encaisser ces dirigeants, préoccupent le législateur autant que celles versées au président¹. Le président peut cumuler ses fonctions avec celles de directeur général et, pour se prémunir contre l'aléa de sa révocabilité ad nutum, passe avec la société un contrat de travail qui l'immunise en quelque sorte et le protège contre la « précarité » de sa fonction². Le directeur général administrateur doit respecter les conditions du cumul posées pour les administrateurs³.

Aux Etats-Unis, les *officers* qui étaient *directors* prêtaient leurs services d'administrateur à la société sans aucune contrepartie, pour les raisons déjà mentionnées en ce qui concerne les *directors* qui remplissent leur mandat sans rémunérations, à moins d'un accord préalable dans l'autre sens avec la société ou quand les services rendus allaient au-delà de l'*ordinary* (ordinaire) ou de l'*usual* (usuel). Mais avec les *professional executives*, des rémunérations substantielles sont versées⁴.

Le droit américain n'énonce pas, comme en droit français, d'une manière limitative, les dirigeants et *officers* dont les rémunérations sont susceptibles de créer des conflits découlant du *self dealing*. En effet, en sus des *directors*, est considéré comme dirigeant dont les rémunérations sont soumises au contrôle tout « *executive who is sufficiently senior that he can influence the corporation's decision about how much he is to be paid*⁵ » (dirigeant qui est suffisamment haut placé pour être en mesure d'influencer la décision sociale sur le montant qui doit lui être payé). La protection contre les excès des dirigeants et leurs rémunérations excessives est ainsi bien plus large en droit américain qu'en droit français ou en droit libanais.

(2) Dans les sociétés à responsabilité limitée

Le gérant d'une SARL « ne saurait s'octroyer de son propre chef une rémunération ou une augmentation de rémunération ; même en respectant les formalités de l'art. 50 (prédécesseur de l'art. L-223-19 C.com.fr.). La détermination de cette rémunération ne constitue pas un acte de gestion à caractère institutionnel⁶, à moins que l'on considère que la rémunération qu'il

1. Art. L. 225-42-1, al. 1, C.com.fr.

2. v. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 432, p. 525

3. Art. L. 225-22, C.com.fr.

4. H. Henn et J. Alexander, Laws of Corporations and Other Business Enterprises, op. cit., n° 245, p. 666.

5. S. Emanuel, Corporations, op. cit., p. 217.

6. Cass. com., 30 mai 1989 : Bull. Joly, août – septembre 1989, § 258, p. 715, note P. Le Cannu.

s'est allouée correspond à un travail effectif fourni dans l'intérêt social »¹ ; ce travail ne pouvant en aucun cas être fictif².

La rémunération du gérant a en principe un caractère institutionnel, puisqu'elle est déterminée par les statuts ou par une décision de l'assemblée générale des associés. Ce qui la soustrait au contrôle des conventions réglementées³.

Sous réserve du défaut d'une subordination effective entre la société et son associé majoritaire, qui dépouille le contrat de travail d'un élément important, un salarié peut librement être nommé gérant⁴. Le cumul de son mandat social avec un contrat de travail n'est donc pas admis si le gérant est un associé majoritaire car dans ce cas il y a une présomption d'inexistence d'un lien de subordination⁵. Le cumul de ces deux qualités suppose que le contrat de travail « correspond à un travail effectif et à des fonctions techniques distinctes de la gérance qui comporte la direction générale de la société... »⁶. La non soumission de ce contrat à la procédure d'approbation quand il est conclu durant le mandat du gérant peut engager la responsabilité du gérant, sans pour autant affecter les effets du contrat⁷.

(3) Cas des groupes de sociétés

La société mère d'un groupe détache normalement un ou plusieurs de ses dirigeants pour remplir des fonctions précises dans ses filiales, au bonheur de ses derniers qui se trouvent ainsi dans une situation privilégiée à comparer avec leur statut s'ils étaient amenés à cumuler leurs fonctions sociales avec un contrat de travail dans la même société. En particulier, « ils bénéficient ainsi indirectement d'une protection sociale et d'un statut plus favorable... »⁸.

Les critères retenus par la jurisprudence française pour considérer en droit social le groupe de sociétés comme « une unité économique et sociale », ou une seule entreprise, sont difficiles à remplir ; ce qui veut dire que les sociétés du groupe sont considérées comme des « personnes juridiquement distinctes prises dans l'ensemble de leurs établissements et de

1. P. Le Cannu et B. Bondero, *Droits des sociétés*, op. cit., n° 1359, p. 871.

2. Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, op. cit., n° 186, p. 214.

3. G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain, *Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales*, 19^e éd., LGDJ-Lextenso, 2009, Tome 1, vol. 2, n° 1312, p. 224.

4. P. Le Cannu et B. Bondero, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 1353, p. 867.

5. Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, n° 186, p. 214 ; nous notons qu'au Liban la Caisse nationale de sécurité sociale n'accepte pas d'enregistrer comme bénéficiaire de ses prestations les gérants de SARL qui détiennent plus de 50% du capital social.

6. G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain, *Traité de droit commercial*, op. cit., n° 1310, p. 223 ; v. aussi Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, op. cit., n° 186, p. 214.

7. CA Versailles, 14 mars 1991 : *Bull Joly*, juin 1991, § 222, p. 629 ; v. Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, op. cit., n° 186, p. 210.

8. P. Le Cannu et B. Bondero, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 1587, p. 1013.

leurs personnels »¹. Il faut en plus constater « une concentration, entre les mêmes mains, du pouvoir de direction et d'autre part, une seule et même collectivité de travailleurs »².

La société mère choisit normalement, parmi ces cadres, ceux qui sont les mieux aptes à inculquer la philosophie du groupe à ses filiales. Cet objectif est atteint en désignant ces cadres, salariés de la société mère, pour diriger les filiales, ou pour siéger dans leur conseil d'administration, leur conférant ainsi le statut de mandataires sociaux de la filiale concernée. Le dirigeant ainsi traité a un contrat de travail avec la société mère et un mandat social dans la filiale. Cela a incité un auteur à se demander s'il était possible pour un contrat de travail de n'avoir pour objet que l'exercice d'un mandat social³. Cette question est légitime car la révocabilité *ad nutum* du mandataire social se trouve neutralisée par l'impossibilité de licencier un salarié sans observer auparavant les prescriptions légales relatives aux préavis et indemnités de licenciement propres aux salariés. La jurisprudence a tranché en faveur du maintien du contrat de travail avec la société mère, à condition que « la réalité du lien de subordination du salarié à l'égard de cette société soit démontrée »⁴. Cette position a été justifiée par le fait que le cumul n'a pas lieu au sein de la même société puisque la personne concernée n'est pas un salarié et un mandataire social dans la même société et la révocabilité peut très bien avoir lieu *ad nutum* dans la filiale sans affecter ses droits de salarié dans la holding au moment de son licenciement⁵.

La question se pose de savoir si la réglementation française des conventions réglementées, dont l'application est essentiellement territoriale, s'applique aussi sur une convention conclue entre une société française, membre d'un groupe international, et une société étrangère appartenant à ce même groupe et ayant avec la première des dirigeants communs. La réponse à cette question est affirmative. La procédure de contrôle spécial des conventions réglementées s'applique dans ce cas et la notion de dirigeant doit être appréciée dans la société étrangère par comparaison avec le concept français⁶.

1. Idem, n° 1509, p. 914 ; Cass. soc., 7 mai 2002 : Bull. Joly, 2002, § 228, p. 1044 ; la Cour a cassé pour violation de la loi la décision qui a reconnu l'existence d'une UES entre des sociétés et des établissements d'une autre société.

2. Idem.

3. M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, Droit des sociétés, op. cit., n° 1528, p. 776.

4. Cass. soc., 4 mars 1997 : Bull. Joly 1997, p. 661, note J. Ph. Dom ; Cass. soc., 11 mars 2003 : RJDA, 6/03, n° 596, p. 527. Cass. soc., 20 mars 1996 : RJDA, 1996, p. 669 ; le mandat social dans la filiale est dans ce cas l'objet du contrat de travail avec la société mère.

5. A. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, Droit des sociétés, op. cit., n° 1528, p. 777.

6. CNCC, Audit et commissariat aux comptes 2009-2010, op. cit., n° 52230, p. 778.

(c) Soumission des conventions et engagements de rémunération des dirigeants au contrôle spécial.

Est-ce que tout acte de rémunération d'une personne visée constitue une « convention » au sens de la réglementation, passible du contrôle spécial ? Bien que la tendance actuelle en France soit de contrôler les éléments de rémunération tels les indemnités et les avantages versés et consentis aux dirigeants de sociétés anonymes, surtout celles qui sont cotées en bourse, donc de considérer tout acte les incorporant comme une convention au sens de la réglementation, des nuances existent et ne permettent pas encore de confirmer que toutes les rémunérations, de toute nature, versées à tous les dirigeants sociaux, sans exception, doivent être soumises à la procédure de contrôle. L'évolution législative française récente trace pour nous les limites de ces nuances. Nous allons traiter cette question dans les sociétés non cotées en bourse (1) et puis dans les sociétés cotées (2).

(1) Sociétés non cotées en bourse

Pour les sociétés non cotées en bourse, qui représentent la majorité des sociétés commerciales, et qui ne sont donc pas soumises à l'art. L. 225-42-1 C.com.fr.¹, le contrôle des rémunérations de leurs dirigeants, sous tous leurs aspects, reste soumis à la réglementation générale des conventions réglementées, ainsi qu'à la jurisprudence antérieure à la loi Breton du 4 juillet 2005 et la loi Tépé du 21 août 2007, qui ont successivement introduit et complété cet article-là.

Cela dit, on retrouve ici les caractères traditionnels des rémunérations. Certaines sont prévues dès le départ, dans les statuts de la société, ou décidées par un organe social compétent ; elles revêtent alors un caractère institutionnel (i) ; d'autres sont négociées à l'avance ou interviennent en cours du mandat d'une personne visée, à la suite d'un accord avec la société, et ont alors un caractère conventionnel (ii).

(i) Rémunération à caractère institutionnel

Au Liban, tout traitement qui « ne résulte pas d'une convention entre la société et les administrateurs intéressés »² a forcément un caractère institutionnel.

1. Cet article régit la procédure de contrôle des éléments de rémunération, indemnités et avantages versés et consentis à certains dirigeants de sociétés anonymes cotées, à l'occasion de la cessation ou modification des fonctions ou postérieurement à celles-ci ; il sera traité, infra, sous (2).

2. C. Fabia & P. Safa, C.com.lib, ann., op. cit., commentaire de l'art. 158, note 18.

En France, le risque de conflits entre l'intérêt personnel d'un dirigeant et celui de sa société, donc d'abus, est peu probable si la société elle-même est consentante à rémunérer ce dirigeant et a déjà établi la base de cette rémunération et les critères qui en fixent l'ampleur. Bien entendu, le risque reste entier si la décision de l'organe social en faveur d'une rémunération excessive est contrôlée par un associé prédominant, un cas fréquent dans les sociétés familiales où le « patriarche » de la famille occupe le poste de président et a le dernier mot dans les assemblées générales. En d'autres termes, l'institutionnalisation de la rémunération a lieu en la prévoyant dans les statuts sociaux, comme les jetons de présence, ou *per meeting honorarium*¹ ou tantièmes sur bénéfices nets², ou en faisant voter un salaire annuel forfaitaire par l'assemblée générale ordinaire. Une combinaison de ces modes de rémunérations est aussi envisageable³.

L'exclusion des rémunérations des dirigeants, à caractère institutionnel, de l'empire de la réglementation des conventions, est aussi agréée par la doctrine française ; « ...ne sont pas considérées comme des conventions les actes qui sont l'application du statut légal gouvernant la société anonyme... »⁴, car ils sont estimés comme non résultant d'un contrat.

De même « les rémunérations des dirigeants qui ont une nature plus institutionnelle que conventionnelle, relevant en outre de la compétence des organes de gestion, ne sont pas soumises en principe au contrôle des conventions réglementées »⁵. La rémunération des dirigeants est décidée par le conseil d'administration ; elle n'est donc pas soumise au contrôle spécial. La question s'est posée de savoir si un « complément » ou un « substitut » d'une telle rémunération connaît le même sort, à savoir l'exonération du contrôle spécial⁶. Cette exonération a été confirmée par la jurisprudence à condition que le complément de rémunération, en l'occurrence une retraite, soit justifié par les services rendus à la société pendant l'exercice des fonctions, est proportionné à ces services, donc non excessif, et ne constitue pas une charge excessive pour la société⁷.

-
1. H. Henn et J. Alexander, *Laws of Corporations and Other Business Enterprises*, op. cit., n° 244, p. 665, note 7.
 2. Les tantièmes ont été supprimés en droit français par la loi du 31 décembre 1975. Désormais, d'après l'art. L. 225-44 C.com.fr, les administrateurs ne peuvent plus percevoir de rémunérations autres que celles prévues aux articles L. 225-45 (jetons de présence) et art. L. 225-46 C.com.fr. (rémunérations exceptionnelles).
 3. Art. 145 C.com.lib; art. L. 225-45 C.com.fr. (SA); art. L. 225-83 C.com.fr. (SACS) ; v. P. Le Cannu, et B. Dondero, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 711, pp. 475 et 476; v. aussi H. Henn et J. Alexander, *Laws of Corporations and Other Business Enterprises*, op. cit., n°s 244 et 245, pp. 664 et 665.
 4. Y. Guyon, *Droit des affaires*, op. cit., n° 42, p. 429.
 5. C. Malecki, *Conventions réglementées*, op. cit., n° 35, p. 10.
 6. M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 572, p. 311.
 7. Cass. com., 3 mars 1987 : *Rev. soc.*, 1987, p. 266, note Y. Guyon ; Cass. com., 10 février 1998 : préc.

Cela dit, il nous semble inconcevable que le conseil d'administration, utilisant ses prérogatives légales¹ pour décider de la rémunération de son président, n'en discute point avec lui avant de soumettre la question au vote pour prendre une décision formelle. A notre sens, le seul fait qu'une telle rémunération soit décidée par un organe social ne suffit pas à lui conférer un caractère institutionnel.

Quand le président ne cumule pas ses fonctions avec celles de directeur général, ou quand le directeur général n'est pas, dans le même temps, administrateur de la société, la rémunération du directeur général n'est pas soumise au contrôle des conventions réglementées, à moins que le contrat de travail entre le directeur général et la société n'ait été conclu postérieurement « à la prise de fonction de directeur général »².

La question ne se pose pas en droit libanais puisque la réglementation ne vise que la convention conclue avec « l'un des administrateurs »³. C'est là une lacune de taille puisque ceux qui veulent échapper au contrôle, peuvent tout simplement se faire nommer comme directeurs généraux, ou se faire conférer d'autres fonctions sociales qui faciliteront leurs abus.

Comme nous le verrons un peu plus loin, le droit américain ne s'arrête pas sur la caractérisation de la rémunération ; il est plutôt concerné par la justification financière de la rémunération et le point de savoir si oui ou non elle constitue un *waste* (dissipation) des fonds sociaux.

(ii) Rémunération à caractère conventionnel

La convention qui intervient entre une société anonyme libanaise et un de ses administrateurs, désigné comme directeur général, est soumise au contrôle car elle vise à fixer une « rémunération particulière »⁴, en contrepartie des services rendus par l'administrateur, non en tant que mandataire social, mais en sa qualité de directeur général. Le caractère consensuel est prédominant dans ce cas.

Cette distinction est expresse et claire en droit français⁵ ; elle trace sans ambiguïté les frontières des cas au-delà desquelles la rémunération est considérée comme résultant d'un contrat et, en conséquence, est soumise au contrôle spécial de l'art. L-225-38 C.com.fr. (art. L-225-86 pour les SACS et art. L. 227-10 pour les SAS).

1. Art. L. 225-47 C.com.fr.

2. A. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, Droit des sociétés, op. cit., n° 558, p. 304.

3. Art. 158, al. 1, C.com.lib.

4. C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann., op. cit., commentaire de l'art. 158, note 20.

5. Comp. art. L.225-46 C.com.fr.

Nous avons souligné, à propos de la rémunération du gérant d'une SARL, (v. supra, p. 102) qu'elle n'est pas soumise au contrôle des conventions réglementées, quand elle est déterminée par les statuts ou décidée par l'assemblée générale des associés, en l'absence d'un contrat de travail conclu par le gérant avec la société. Il est cependant fréquent qu'une telle rémunération soit entérinée dans un contrat de travail dûment négocié. En général, les dispositions statutaires ou la décision de l'assemblée générale relative à la rémunération du gérant se contentent de tracer les grandes lignes de la rémunération : montant du salaire fixe, bonus, avantages en nature, etc. D'autres conditions, d'égale importance, comme la durée du contrat, les indemnités de départ, etc., sont normalement débattues et disposées dans le contrat. Quand le caractère institutionnel disparaît en faveur du consensualisme contractuel le contrôle s'impose¹.

Les « rémunérations exceptionnelles » allouées par le conseil aux administrateurs² et aux membres du conseil de surveillance³ qui ont été chargés de missions particulières sont soumises au contrôle⁴; autrement elles sont annulables⁵. Par contre, les « rémunérations spéciales » fixées par le conseil d'administration et reçues par le président, le directeur général et les directeurs généraux délégués semblent échapper au contrôle en raison du caractère institutionnel de ces rémunérations⁶. Les rémunérations ayant la nature d'un salaire versé au président ou au directeur général restent soumises à la procédure de contrôle⁷.

Le fait qu'un administrateur soit chargé d'une mission de direction n'écarte pas la possibilité pour le conseil de lui conférer une autre fonction, plus spécifique et surtout plus spécialisée pour l'exercice de tâches financières, administratives, contentieuses, commerciales, ponctuelles ou ayant un caractère plus permanent ; ces missions sont le plus souvent rémunérées. La rémunération en question est rarement imposée unilatéralement par une décision prise en conseil d'administration ou, le cas échéant, au cours d'une réunion de l'assemblée générale. Ce qui revient à dire que de telles rémunérations ont un caractère conventionnel et doivent être soumises au contrôle spécial.

1. G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain, *Traité de droit commercial*, op. cit., n° 1312, p. 224.

2. Y. Guyon, *Droit des affaires*, op. cit., n°325, p. 332 ; v. aussi P. Le Cannu et B. Bondero, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 711, p. 476 ; D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, *Les contrats entre les administrateurs et la société*, op. cit., n° 43, p.11 ; G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain, *Traité de droit commercial*, op. cit., n° 1683, p. 449.

3. G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain, *Traité de droit commercial*, op. cit., n° 1708, p. 505.

4. Cass. com., 2 mai 1983 : *Rev.soc.*, 1984, p. 775, note P. Didier; Ph. Merle, *Droit des sociétés, Sociétés commerciales*, op. cit., n° 390, p. 452.

5. Cass. com., 23 juin 1987 : *JCP E*, 1987, I, 16959, n° 15, obs. A.Viandier et J.-J. Caussain.

6. A. Moreau, *La société anonyme*, op. cit., n° 111, p. 169.

7. Cass. com., 1 juin 1970 : *Rev. soc.*, 1971, p. 57.

Quel type de traitement est-il soumis à l'autorisation ? Bien entendu, le salaire ou toute rémunération complémentaire. Mais qu'en est-il des « accessoires au contrat de travail »? tels le remboursement des frais de voyage et de déplacement¹, et d'autres avantages en nature, les indemnités de départ², et les compléments de retraite³? Ces traitements sont soumis au contrôle spécial et en principe n'en sont exonérés que si une contrepartie suffisante pour la société existe⁴ et si les débours y relatifs sont encourus dans l'intérêt de la société; car si « toute peine mérite salaire », il ne doit y avoir de salaire sans peine.

Certains auteurs ont soulevé la question de la compétence de l'assemblée générale en matière de rémunération du président du conseil d'administration, dont la détermination est exclusivement réservée à ce dernier. Le respect des principes de la hiérarchie des organes sociaux et la spécialisation des pouvoirs a été avancé, l'assemblée générale des associés ne pouvant empiéter sur les prérogatives du conseil d'administration⁵.

Aux Etats-Unis, l'intervention des tribunaux n'est acceptable qu'en cas d'une rémunération jugée tellement déraisonnable qu'elle constitue un *waste* ou une *spoliation* (dilapidation) des fonds sociaux⁶. Le droit américain reconnaît qu'en principe la fonction d'administrateur d'une société commerciale n'est pas nécessairement rémunérée⁷, à moins qu'il ne rende des services extraordinaires⁸, qui dépassent le cadre normal de son poste. En outre, en cas de cumul des fonctions d'administrateur avec celles de salarié ou *officer* de la société, le dirigeant concerné a droit à une rémunération dont le montant ou le taux de calcul n'est pas nécessairement déterminé à l'avance et n'est pas toujours entériné dans un acte écrit

-
1. C. Malecki, Conventions réglementées, op. cit., n°36, p.10 ; Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 390, p. 452.
 2. CA Versailles, 24 septembre 1992 : Bull Joly, décembre 1992, § 418, p. 1294, note P. Le Cannu ; v. aussi G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain, Traité de droit commercial, op. cit., n°1683, p. 450 ; clause pénale dans un contrat de travail en faveur du gérant salarié ; Cass. com. ; 7 juin 1961 : Bull civ., 1961, IV, n° 259. p. 223.
 3. Cass. soc., 14 janvier 1999, préc. Le complément de retraite même s'il résulte d'un règlement (à caractère unilatéral) est considéré comme résultant d'une convention soumise à l'autorisation préalable ou même s'il résulte de l'arrêté d'une commission ad'hoc ; v. Cass. com., 4 juillet 1995 : Bull. Joly, novembre 1995, § 350, p. 968, note J.-F. Barbièri ; ou d'un « incentive compensation by law of the company » (règlement interne des compensations).
 4. Cass. com., 23 juillet 1985 ; Bull. Joly, juillet – août 1985, § 290, p. 863 ; une décision bien antérieure à la loi Breton.
 5. Cass. com., 11 décembre 1963 : JCP, 1964, II, 13873, note E. Alfandari.
 6. Romanik v. Lurie Home Supply Center Inc. , 13 avril 1982 : 1982 Ill. App. LEXIS 1776, HN3.
 7. R. Stevens, Corporations, op. cit., § 162, p. 753 ; on considère que les dividendes reçus par les actions de garantie dont les administrateurs sont titulaires constituent une contrepartie convenable en rémunération des services de la fonction d'administrateur ; v. aussi Frey, Choper, Leech and Morris, Cases and Materials on Corporation, 2^e éd., Little, Brown & Co, 1997, p. 189 ; A. Tunc, Le droit américain des sociétés anonymes, op. cit., n° 69, p. 118 ; L. Solomon et A. Palmiter, Corporations, op. cit., § 14.3.1.
De nos jours, les administrateurs dits professionnels et qui ne sont pas intéressés au capital sont rémunérés en vertu d'un contrat ou d'une décision du conseil.
 8. J. Choper et M. Eisenberg. Corporations, op. cit., § 215, p. 42.

ou un contrat. Cela dit, les *directors* ou *officers* peuvent négocier leur *compensation package* (paquet ou panier de rémunérations) consistant en un salaire versé en espèces, *bonus*, *stock-option*, *profit sharing* (participation aux bénéfices), retraite et indemnité de départ.

De même, l'octroi d'une retraite complémentaire a été considéré en France comme résultant d'une convention¹ conférant au président (ou à d'autres dirigeants exécutifs) un « avantage particulier » ; et on a constaté que le caractère institutionnel de la fonction de président-directeur général « ne caractérise pas de la même façon la rémunération puisque le taux peut être débattu entre le président-directeur général et sa société, d'où son caractère contractuel et l'obligation de la soumettre à la procédure de contrôle spécial. Par contre, si le complément de rémunération est conféré au président, non en sa qualité d'administrateur mais ès qualités de président, et qui a le caractère d'une pension de retraite à laquelle il a droit à l'expiration de son mandat, il a une nature institutionnelle et ne nécessite pas d'autorisation préalable². Une rémunération intervenant à la suite de pourparlers, discussions et négociations est considérée comme ayant été le fruit d'une convention et, en conséquence, elle doit être soumise au contrôle. On avait déduit que les avantages contractuellement accordés doivent être soumis aux formalités de l'art. 40 de la loi du 24 juillet 1867³.

Aux Etats-Unis, ces avantages peuvent aussi être négociés par les dirigeants à l'avance et acquièrent de la sorte le caractère contractuel qui en fait un *medium* privilégié pour commettre un abus aux dépens de la société quand les dirigeants eux-mêmes arrêtent les conditions et termes dans un type classique de *self dealing*. Toutefois, ce qui différencie ce *self dealing* portant sur la rémunération de l'intéressé d'autres contrats avec soi-même c'est que, contrairement à la plupart des conventions avec soi-même que la société peut négocier avec des tiers, les contrats avec les dirigeants sont presque toujours uniques et nécessaires. Les *institutionalized procedures* (procédures institutionnalisées) de contrôle interne présentent une garantie contre les conflits qui peuvent résulter des conventions avec les dirigeants⁴. La négociation des avantages en question doit avoir lieu « arm's length » (à égale distance), comme si elle avait lieu avec des tiers⁵.

1. CA Paris, 24 octobre 1960 : D., 1961, 97, note A. Dalsace.

2. CA Paris, 27 juin 1980 : D. 1981, p. 634, note J.-Cl. Bousquet.

3. Cass. com., 22 février 1967: JCP 1967, II, 15144.

4. L. Soderquist, L. Smiddy et L. Cunningham, *Laws of Corporations and Other Business Organizations*, Cases, Materials, Problems, op. cit., p. 598.

5. Idem, p. 604.

Le droit américain semble être indifférent au caractère institutionnel ou conventionnel de la rémunération perçue par les *directors* ou *officers*. C'est, on l'a déjà souligné, la justification financière de telles rémunérations qui prime. Il s'agit d'éviter que de tels débours ne constituent un *waste* pour la société, une dissipation résultant d'une dilapidation des fonds sociaux, donc de l'actif social. Tant que la rémunération correspond à un travail effectif qui constitue une contrepartie suffisante pour la société, elle est considérée comme justifiée. La rémunération est considérée *fair*, donc juste ou équitable, et ne constituant pas une dilapidation de l'actif social, si elle satisfait les conditions suivantes prévues par les principes de gouvernement d'entreprise¹. D'après ces principes, les dirigeants, à savoir les *directors* (administrateurs) et les *senior executives* (dirigeants exécutifs supérieurs), sont considérés comme ayant satisfait leur obligation de *fair dealing* (traitement équitable) en ce qui concerne leur propre rémunération si l'une des conditions suivantes est remplie².

1- La rémunération doit être *fair* (équitable) pour la société au moment où elle a été approuvée. La jurisprudence, statuant sur cette question de fait par excellence, a établi les critères suivants d'une rémunération *fair*, donc justifiable, et perçue dans l'intérêt social :

- Elle doit être raisonnable³. Cette condition, du moins dans les sociétés dites *close* ou fermées, est satisfaite si la majorité des administrateurs ou des associés qui approuvent la rémunération n'y sont pas intéressés⁴. Les administrateurs non intéressés ne sont pas nécessairement les administrateurs indépendants, étant ceux qui ont été élus en fonction de leurs aptitudes personnelles et qui ne représentent pas les associés majoritaires. L'intérêt personnel empêche les administrateurs concernés de voter eux-mêmes sur les rémunérations. Ce qui est important, c'est que la société doit recevoir une contrepartie suffisante⁵; la rémunération doit être proportionnelle aux services reçus⁶. Cette rémunération doit satisfaire les conditions suivantes :
- Elle doit être payée en rémunération de services effectifs ;
- Elle doit être autorisée, expressément ou implicitement, par les organes sociaux compétents, étant entendu que les services qui, de par leur nature, sont afférents à l'activité sociale sont considérés comme ayant été dûment autorisés⁷. L'autorisation

1. § 5.03 ALI PCG, vol 1, partie V, p. 245, rémunération des « directors » et « senior executives ».

2. Idem, § 5.03 (a).

3. J. Choper et M. Eisenberg, Corporations, op. cit., § 314, p. 57 ; v. aussi R. Stevens, Corporations, op. cit., §162, p. 753 ; Romanik v. Lurie Home Supply Center, Inc., préc..

4. Crowley v. Communications for Hospitals, Inc., 25 juin 1991 : 1991 Mass App. LEXIS 420 ; v. aussi R. Stevens, Corporations, op. cit., § 162, p. 755.

5. J. Choper et M. Eisenberg, Corporations, op. cit., § 322, p. 59.

6. Heller v. Boylan, 27 mai 1941 : N.Y. Misc. LEXIS 2131 ; 29 N.Y. S. 2d 653 (1941).

7. J. Choper et M. Eisenberg, Corporations, op. cit., § 323, p. 59 ; v. aussi L. Solomon et A. Palmiter, Corporations, op. cit., § 14.2.2, pp. 242 et s.

doit être préalable, soit prévue dans les statuts, soit octroyée par une décision ultérieure du conseil d'administration avant que les services ne soient rendus¹.

- Les services doivent être actuels, non passés. Si des services ont été rendus et non pas été rémunérés ou suffisamment rémunérés par le passé, ils ne peuvent faire l'objet d'une rémunération rétroactive; toute décision dans ce sens serait *ultra vires*, dépassant l'objet social. Les conventions qui incorporent de telles rémunérations sont annulables sur la base des obligations sans cause² et sont considérées comme étant un *gift of corporate assets*³ (cadeau de biens sociaux). Toutefois, sont admises les rémunérations supplémentaires, qui sont censées compenser des efforts déployés par le dirigeant dans l'intérêt social, au-delà des tâches qui lui ont été assignées en fonction de son poste, ou tout simplement pour compenser un succès quelconque et qui sont considérées comme des services non actuels, puisque leur rémunération vient après coup, et parfois un certain temps après les avoir rendus⁴. Le même traitement est réservé aux pensions de retraite, en compensation de services passés. Les rémunérations supplémentaires (bonus en numéraires) ou d'autres avantages conférés aux dirigeants, surtout dans les entreprises d'une certaine taille, vise à stimuler leur « loyauté, fidélité, activités et énergie »⁵.
- Les services peuvent être futurs. Il faut absolument que l'exécution des services futurs par le dirigeant rémunéré puisse être raisonnablement prévue et que la société puisse en profiter⁶, pour que leur rémunération soit acceptable. Ce genre de rémunération englobe par exemple, les options d'actions (*stock options*), consenties à condition que le dirigeant qui en est titulaire reste au service de la société pendant un certain temps⁷. C'est une sorte de rémunération reportée⁸; par exemple, les honoraires versés au président qui se met à la disposition de la société, et ses dirigeants, après s'être retiré de la société⁹.

En tout cas, étant une des prérogatives du conseil d'administration, la rémunération d'un dirigeant, décidée par le conseil à une majorité des administrateurs non intéressés, suit le

1. Idem, § 215, p. 42.

2. Idem, § 324, p. 59.

3. H. Henn et J. Alexander, *Laws of Corporations and Other Business Enterprises*, op. cit., § 245, p. 669.

4. Par exemple, les bonus qui sont versés quelques mois après la clôture d'un exercice social au cours duquel les services ont été rendus.

5. R. Stevens, *Corporations*, op. cit., § 162, p. 756.

6. J. Choper et M. Eisenberg, *Corporations*, op. cit., § 329, p. 59.

7. *Kerbs v. California Eastern Airways*, 17 juillet 1952: 1952 Del. LEXIS 111.

8. S. Emmanuel, *Corporations*, op. cit., p. 218.

9. *Osborne v. Locke Steel Chain Co.*, 16 mars 1966: 1966 Conn. LEXIS 557; 218 A. 2d 526 (Conn. 1966).

*business judgment rule*¹. Ce jugement est considéré comme valable si le montant de la rémunération est proportionnel à la valeur des services rendus. Quoique subjective, l'appréciation de la rémunération ne devrait pas poser pas de véritables problèmes. Elle dépend, d'une part, des aptitudes du dirigeant rémunéré, de la nature de l'activité sociale et sa complexité et d'une autre part, des rémunérations qui sont habituellement pratiquées dans des sociétés comparables².

2- La rémunération est autorisée à l'avance par des administrateurs non intéressés ou par un *senior executive* (dirigeant exécutif supérieur) non administrateur, autorisé lui-même par un administrateur non intéressé, en conformité avec les exigences de la *business judgment rule*. Ce qui amène à dire que le test de l'*intrinsic fairness*, comportant une présomption de l'existence d'un conflit d'intérêts, est écarté. Il faut toutefois que les administrateurs non intéressés aient été suffisamment informés des détails de la rémunération³. Par contre, si les administrateurs sont eux-mêmes personnellement intéressés, la règle de l'*intrinsic fairness* retrouve son rôle⁴ et c'est au bénéficiaire de la rémunération de prouver alors son *fairness*.

Les auteurs soulignent que l'exigence de la règle stricte de l'*intrinsic fairness* n'est pas requise dans les sociétés cotées en bourse qui ont de plus en plus d'*outside directors* ou des administrateurs indépendants, qui ne sont pas actionnaires⁵, parce que le risque de complaisance y est bien moindre. Ce qui est redoutable c'est le *mutual back scratching* (grattage de dos réciproques), où les faveurs sont consenties réciproquement par les administrateurs les uns aux autres aux dépens de la société⁶. Pour lutter contre ce risque, les règles de la corporate governance exige que les conseils d'administration des sociétés cotées comportent une majorité d'administrateurs indépendants.

D'autres auteurs trouvent dans l'utilisation par les administrateurs intéressés de leur droit de vote pour prendre des décisions en conseil d'administration en faveur les uns des autres, ou le *cross voting*, une forme de *self dealing* ou contrat avec soi-même⁷. En somme, la question de l'*executive compensation* (rémunération des dirigeants) est considérée aux Etats-

-
1. Beard v. Elster, 11 février 1960 : 1960 Del. LEXIS 122 ; l'exercice de tout ou partie des services escomptés a été jugé suffisant pour valider la convention.
 2. Ruez v. Topping, 24 mars 1970: 1970 Mo. App. LEXIS 647; 453 S.W. 2d 624.
 3. L. Solomon et A. Palmiter, Corporations, op. cit., § 14.2.3, p. 243.
 4. Cohen v. Ayers, 16 avril 1979 : 1979 N.S. App. LEXIS 15427; 596 F. 2d 773.
 5. L. Solomon et A. Palmiter, Corporations, op. cit., § 14.2.3, pp. 243 et 244.
 6. J. Choper et M. Eisenberg, Corporations, op. cit., § 320, p. 58.
 7. H. Henn et J. Alexander, Law of Corporations and Other Business Enterprises, op. cit., § 245, p. 670.

Unis comme un des aspects du *self dealing*, dans tous les cas où un dirigeant est suffisamment influent pour imposer ses désirs à la société¹.

3- La rémunération est ratifiée par des administrateurs non intéressés en conformité avec les exigences de la *business judgment rule*, à condition toutefois que (i) le *corporate decision maker* (celui au sein de la société qui a pris la décision), non intéressé à la rémunération, ait agi pour la compte de la société selon le *business judgment rule*; (ii) qu'il n'ait pas agi d'une manière déraisonnable en ne sollicitant pas l'autorisation préalable des administrateurs qui n'y sont pas intéressés ou (iii) si ce manque d'autorisation préalable n'a pas affecté négativement les intérêts de la société d'une manière significative.

4- La rémunération a été autorisée à l'avance ou ratifiée par des actionnaires désintéressés et ne constitue pas une dilapidation de l'actif social au moment de son autorisation ou de sa ratification. Cette autorisation n'exonère pas les administrateurs intéressés de devoir prouver qu'il n'y a pas eu de dilapidation des fonds sociaux ; et a été considérée comme si elle ne faisait que « *freshens the atmosphere* » (rafraîchir l'atmosphère) tendue au cours de la réunion. En somme, c'est un retour à la règle de l'*intrinsic fairness*².

(2) Sociétés cotées en bourse

Les conventions de rémunération qui sont conclues par les sociétés cotées en bourse et qui portent sur des éléments de rémunération et avantages versés et consentis aux dirigeants visés aux articles L. 225-38 C.com.fr, en particulier, au président du conseil, au directeur général et au directeur général délégué, en contrepartie des services rendus au cours de l'exécution de leurs fonctions au sein de la société, sont soumises à la procédure de contrôle des articles L. 225-38 C.com.fr. et s. Par contre, les engagements par ces sociétés qui portent sur des éléments de rémunération, indemnités et avantages versés et consentis, respectivement, à certains dirigeants, à l'occasion de la cessation ou modification des fonctions ou même postérieurement à celles-ci, sont désormais soumis à un nouveau contrôle spécifique.

La loi du 26 juillet 2005 (loi Breton) qui a apporté un contrôle spécial concernant les rémunérations et indemnités versés lors de la cessation ou changement de fonctions de certains dirigeants sociaux de sociétés anonymes françaises dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, et qui a créé l'article L. 225-42-1 du C.com.fr., suivie par la loi TEPA du 21 août 2007, qui est venu consolider et compléter les dispositions de l'article en question, constitue en soi une réglementation presque complète de cette matière.

1. S. Emanuel, *Corporations*, op. cit., p. 215.

2. *Gottlieb v. Heyden Chemical Corp.*, 29 août 1952: 1952 Del. LEXIS 114; 91 A. 2d 57.

Les six alinéas que comporte cet article s'attaquent aux différents aspects que peuvent revêtir de telles rémunérations et indemnités, en utilisant des descriptions générales qui s'appliquent aux engagements de toute nature possible qu'une société visée pourrait prendre au bénéfice des dirigeants visés. La jurisprudence, on ne le voit que très clairement, et sans doute une doctrine abondante, ont dû inspirer le législateur.

Désormais, les « éléments de rémunération », au sens le plus large, les « indemnités » ou « les avantages »¹ qui sont versés ou consentis par la société cotée aux dirigeants visés, à savoir le président, le directeur général ou le directeur général délégué, doivent être soumis à la procédure du contrôle spécial des articles L. 225-38 et L. 225-40 à L. 225-43. Et comme pour éliminer le moindre soupçon de doute sur la nature des rémunérations et éviter toute interprétation qui pourrait faire échapper quelque rémunération à ce contrôle, le législateur a qualifié les engagements de rémunération en question comme étant ceux qui sont « dus » ou « susceptibles d'être dus » à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions, ou postérieurement à celles-ci ». Nous ne voyons pas comment, en présence d'une disposition pareille, l'un ou l'autre des éléments de rémunération, indemnités ou avantages que nous avons décrits plus haut², pourrait échapper à l'application de la réglementation. En outre, les sociétés cotées ne peuvent plus consentir des largesses gratuites aux dirigeants visés au moment de leur départ, le bénéfice des rémunérations, indemnités ou avantages en question doit dorénavant être « subordonné au respect de conditions liées aux performances du bénéficiaire, appréciées au regard de celles de la société dans laquelle les dirigeants occupent leurs fonctions »³.

L'autorisation du conseil doit en outre être publiée⁴ sur le site internet de la société concernée dans un délai maximum de cinq jours à partir de la date de la décision d'autorisation⁵. La publication des rémunérations a d'une part été bénéfique, car elle a contribué à limiter les excès. Effectivement, les dirigeants se sont montrés réticents à exagérer leurs rémunérations maintenant qu'elles sont devenues publiques et vulnérables aux protestations des actionnaires. Mais, cette même publicité a incité les dirigeants de sociétés d'une certaine taille à revendiquer une majoration de leurs rémunération qu'ils comparent maintenant à celles perçues par leurs homologues de sociétés de plus petite taille.

1. Art. L. 225-42-1, al. 1, C.com.fr.

2. V. supra, Types de rémunération, pp. 88 et s.

3. Art. L. 225-42-1, al. 2, C.com.fr.

4. Idem, al. 3.

5. Art. R. 225-34-1, al. 1, C.com.fr.

La décision d'approbation de l'assemblée générale doit être spécifique pour chaque bénéficiaire; elle est requise à chaque renouvellement du mandat de ce dernier¹. Pour éviter tout versement hâtif par la société de montants au titre des éléments de rémunération, indemnités ou avantages qui font l'objet de l'art. L. 225-42-1 C.com.fr., le législateur a interdit, à peine de nullité, tout versement avant que le conseil ne constate qu'il respecte les conditions prévues par la loi². Deux types d'engagements sont exonérés des formalités de publication et de l'obligation de respecter la condition liée aux performances du bénéficiaire, ou de l'obligation d'obtenir une approbation spécifique de l'assemblée générale : ce sont les engagements correspondant à des indemnités versées en contrepartie d'une clause de non concurrence et les engagements de retraite à prestations définies³.

Cela dit, la catégorie des dirigeants couverte par l'art. L. 225-42-1 C.com.fr est limitée puisqu'elle ne concerne que le président du conseil d'administration, le directeur général et le directeur général délégué. L'administrateur, le membre du conseil de surveillance et d'autres dirigeants en sont exclus. Cela ne veut certainement pas dire que les engagements de la nature de ceux visés par l'article susmentionné, quand ils sont pris au bénéfice de dirigeants autres que ceux limitativement désignés par l'article en question, échappent à tout contrôle, puisqu'ils restent soumis aux dispositions de l'art. L. 225-38 C.com.fr (SA) et L. 225-86 C.com.fr. (SACS).

Le législateur a tranché par l'art. L. 225-42-1 C.com.fr. en faveur du caractère conventionnel des engagements en question, qu'ils proviennent d'une convention de rémunération négociée avec le dirigeant concerné ou d'une décision collective de l'organe social prenant unilatéralement l'engagement. Il a ainsi créé une présomption légale d'existence d'un conflit d'intérêts préjudiciable à la société du seul fait de la prise de l'engagement, sans observation de la procédure qu'il prescrit, puisqu'il sanctionne tout versement effectué en méconnaissance de ses prescriptions par une nullité de plein droit⁴. La rigueur de ces dispositions est mise en relief par sa comparaison avec les exigences de l'art. L. 225-41 C.com.fr. en ce qui concerne la nullité relative et facultative des conventions de l'art. L. 225-38 C.com.fr. qui n'est prononcée qu'en cas de fraude ou dans le cas d'une convention conclue sans autorisation préalable du conseil qui n'a pas été couverte par l'assemblée, quand celui qui l'attaque prouve qu'elle a eu des conséquences dommageables pour la société.

1. Art. L. 225-42-1, al. 4, C.com.fr.

2. Idem, al. 5.

3. Idem, al. 6.

4. Art. L. 225-42-1, al. 5, C.com.fr.

2. Cession ou acquisition de biens et droits par l'intéressé

L'intérêt personnel d'un dirigeant, créateur de conflits avec l'intérêt de sa société, n'est pas seulement suscité quand il s'agit de se faire attribuer des rémunérations ou autres avantages afférents principalement à l'exercice de ses fonctions sociales. D'autres tentations se présentent au quotidien de la vie des sociétés pour un dirigeant ou un associé d'abuser de sa position pour faire prévaloir ses propres intérêts sur ceux de sa société. Cette dernière a besoin, pour l'exercice régulier de son activité, de conclure constamment des conventions aux termes desquelles elle cède ou acquiert toutes sortes de biens et droits.

En droit libanais, le texte est de portée suffisamment large pour qu'on puisse supposer que toutes les conventions, sans aucune exception quant à leurs objets (sauf, bien sûr, celles qui sont interdites de plein droit¹) doivent être soumises au contrôle préalable de l'assemblée générale des associés².

De même en droit français, « le domaine des conventions visées à l'art. L.225-38 du C.com.fr. doit être entendu de manière large »³. « Les termes de l'article L.225-38 du C.com.fr. sont donc suffisamment généraux pour inclure les espèces les plus variées de contrats spéciaux⁴ ». Hormis le cas de l'acquisition par une société, dans les deux ans suivant son immatriculation, d'un bien appartenant à un actionnaire dont la valeur est au moins égale à un dixième du capital social de la société et qui est soumise à un contrôle spécifique⁵, toute autre transaction du genre est soumise à la procédure des conventions réglementées, à moins qu'elle ne soit courante et conclue à des conditions normales.

Le droit américain ne fait pas d'exception. L'autorisation requise en cas de conventions susceptibles de créer un conflit est indifférente à l'objet de la convention. Nous répétons ici que ce droit se soucie surtout de l'impact de l'exécution de la convention sur la société et si cette exécution rend la convention *unfair* pour cette dernière.

La cession ou acquisition de biens peut porter sur des biens corporels (a) ou incorporels (b).

1. Art 158, al. 5, C.com.lib.

2. Art. 158, al. 1, C.com.lib.

3. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, Contrats entre les administrateurs et la société, op. cit., n° 37, p. 10.

4. Idem.

5. Art. L.225-101 C.com.fr.

a) Biens corporels

Les biens corporels qui peuvent faire l'objet d'une convention entre la société et l'un de ses dirigeants ou associés sont de par leur définition des biens « tangibles », « palpables », ayant une « existence concrète »¹.

Il s'agit là de tous les biens physiques qui peuvent être achetés ou vendus par une société et dont la propriété revient à l'une des personnes intéressées visées par la réglementation, dirigeants et / ou associés, ou bien des biens de cette nature qui appartiennent à la société et qui sont vendus à ces personnes. Ce sont typiquement des produits et fournitures utilisés par la société pour les besoins de son exploitation commerciale comme, pour une société industrielle par exemple, les matières premières ou machines qu'elle utilise pour les besoins de sa production ou des opérations d'entretien ; des mobiliers et équipements de bureau, etc.

b) Biens incorporels

La réglementation ne s'applique pas seulement aux conventions dont l'objet porte sur un bien corporel. Les biens incorporels eux aussi présentent des enjeux qui peuvent alimenter les conflits avec l'intérêt social dans les conventions qu'une personne visée entend conclure avec la société.

Ces biens ou droits incorporels peuvent être divisés en trois catégories principales : biens incorporels à caractère financier (1), à caractère intellectuel (2) et à caractère commercial (3).

(1) Biens incorporels à caractère financier

Ces biens peuvent être de natures variées. Nous retiendrons ici les plus communs: les avances en compte courant et emprunts (i) et ceux, moins fréquents, relatifs aux participations financières (ii).

(i) Avances en compte courant et emprunts

Si au nombre des conventions interdites de plein droit figurent celles en vertu desquelles la société consent « un prêt ou un découvert en compte courant... » à l'un de ses administrateurs², des membres du conseil de surveillance³, ou des gérants ou associés⁴, les

1. G. Cornu, Vocabulaire juridique, op. cit., p. 240.

2. Art. 158, al. 5 C.com.lib ; art. L.225-43, al. 1, C.com.fr. (SA), art. L. 227-12, al. 1, C.com.fr. (SAS).

3. Art. L.225-91, al. 1, C.com.fr. (SACS).

4. Art. L.223-21 al. 1, C.Com.fr. (SARL).

conventions de même nature, conclues dans l'autre sens, à savoir des prêts ou découverts consentis par une personne visée à sa société, ne sont pas nulles de plein droit.

En effet, les avances en compte courant sont d'usage fréquent; les prêts le sont moins, bien que la jurisprudence ait parfois refusé de les distinguer¹. A notre sens, cette distinction pour les besoins de la soumission ou non soumission d'une convention au contrôle spécial n'est pas nécessaire. L'un ou l'autre est une convention réglementée qui doit être autorisée au préalable. Il faut toutefois éviter que les sommes retirées par une personne visée des fonds sociaux, en remboursement d'une avance qu'elle aurait consentie à la société, ne soient plus importantes que le montant dû par la société, accusant ainsi un solde débiteur à la charge de la personne en question ; autrement, la convention sera considérée, au même titre qu'une convention interdite, nulle de plein droit, et l'intéressé peut dans un tel cas engager sa responsabilité pénale pour abus de biens sociaux².

Les avances en compte courant peuvent être consenties par les dirigeants (α) et aussi par les associés (β).

α) Dirigeant

Les conventions à caractère financier conclues par un dirigeant, en vertu desquelles c'est la société (et non le dirigeant) qui reçoit l'avance ou la caution, même si elles ne sont pas celles qui sont interdites de plein droit, comme nous l'avons précisé plus haut, n'en sont pas moins des conventions entre une personne visée par la réglementation et la société, et sont par ce fait soumises au contrôle spécial. Le fait pour un dirigeant de s'engager personnellement au profit de sa société n'exonère pas ce dirigeant de l'obligation de soumettre cet engagement à l'autorisation préalable³. Consentir des avances à la société par un dirigeant n'est pas une transaction tellement fréquente dans les SA de taille, surtout celles qui sont cotées en bourse ; elle l'est plutôt dans les SARL et les SA qui exploitent de petites ou moyennes entreprises quand un dirigeant est aussi un associé. Ces conventions ont été assimilées à des conventions

-
1. CA Paris, 13 juin 1964 : D. 1965, p. 398. En principe, les avances en compte courant ne sont pas faites avec des conditions de remboursement précises. Les prêts consentis à la société sont normalement entérinés dans une convention, qui en fixe la durée et les conditions de remboursement. En outre, les prêts sont normalement porteurs d'intérêts, alors que les avances en compte courant ne le sont pas forcément; v. CNCC, Etudes juridiques, Les conventions entre les entités et les personnes « intéressées », op. cit., § 71, p. 78.
 2. CNCC, Etudes juridiques, Les conventions entre les entités et les personnes « intéressées », op. cit., § 71, p. 79.
 3. Cass. com., 25 mai 1993 : Bull. Joly, juillet 1993, § 221, p. 760, note Y. Chaput ; une différence est à observer entre l'interdiction de l'art. L.223-21, al. 1, C.com.fr. qui empêche le gérant d'une SARL de contracter un emprunt auprès de sa société ou de se faire consentir par elle un découvert, qui ne sont susceptibles d'aucune autorisation, vu la nullité absolue qui les entache, et l'obligation de soumettre les engagements dans l'autre sens à l'autorisation de la convention prévue à l'art. L.223-19, al.1, C.com.fr.

libres pour les exonérer de l'obligation de l'autorisation préalable, uniquement quand elles sont conclues à des conditions normales¹.

Dans le cas où un dirigeant a deux comptes avec sa société, le solde créditeur en faveur de cette dernière ne semble pas être considéré comme résultant d'une opération prohibée vu que, d'après une réponse ministérielle, les conventions interdites sont celles qui sont purement financières (cautions, découverts...)²; et si l'un de ces comptes provient de l'exécution d'une opération qui n'est ni courante ni conclue à des conditions normales, cette opération doit être soumise à la procédure de contrôle spécial³.

β) Associé

Les avances en compte courant par les associés sont courantes et sont consenties dans les cas où la société est en manque de liquidité pour faire face à ses besoins financiers, soit pour alimenter son fonds de roulement, soit pour faire des acquisitions d'actifs. La société a normalement recours à ses associés pour se procurer les fonds dont elle a besoin si les banques, pour une raison ou pour une autre, ne sont pas disposées à lui consentir des prêts ou découverts ou si les conditions des facilités bancaires s'avèrent être plus onéreuses pour la société. Dans les sociétés avec un nombre restreint d'associés, les avances sont généralement consenties par chaque associé en proportion à sa participation au capital social. Il n'est pas rare que dans un cas pareil, les associés acceptent de ne pas se faire rémunérer pour la mise à disposition de la société de fonds pour l'aider à subvenir à ses besoins. Par contre, si seulement certains associés acceptent de consentir de telles avances, il est de coutume que la société les rémunère avec un taux d'intérêt fixé par une décision collective de l'organe social compétent, compte tenu des incidences fiscales sur la société et les associés.

Le remboursement du solde d'un compte courant créditeur d'un associé qui cède ses actions ou parts sociales, effectué pour le compte de la société, est normalement une des conditions de la cession. Cette obligation, prévue dans les contrats de cession de ces parts ou actions, n'est pas considérée comme une convention réglementée. Si, toutefois, la convention prévoit que ce remboursement doit être fait par prélèvement sur la trésorerie de la société, une autorisation préalable est alors requise⁴.

1. C. Malecki, Conventions réglementées, op. cit., n° 34, p. 9.

2. Réponse ministérielle (à une question posée par le Sénateur, M. Amédée Bouquerel), RTDC 1977, n° 28, p. 541.

3. Idem.

4. CA Versailles, 12 avril 1996: Bull. Joly, août – septembre 1996, § 239, p. 672, note P. Le Cannu.

(ii) Participations financières

Ces participations concernent surtout les participations dans le capital d'une société, à travers l'achat ou la vente d'actions, les *stock-options* (α), les *business combinations* (combinaisons d'affaires de participations au capital) (β).

α) Actions et *stock-options*

Les transactions avec la société qui portent sur ses actions sont considérées comme des conventions réglementées. C'est ainsi qu'une émission d'actions erronée (ou frauduleuse), qui bénéficie aux administrateurs d'une société américaine et qui n'a pas été autorisée, appelle à la réparation du dommage que la société subit par une compensation pécuniaire adéquate¹.

β) Business combinations

Une personne visée peut participer financièrement avec la société dont elle est l'un des associés à la constitution d'une nouvelle société. Pour ce faire et selon la nature juridique de la nouvelle société, la personne visée est appelée à conclure un acte constitutif, ou à signer des statuts avec les autres associés, ou à adhérer à de tels actes conclus auparavant. C'est le contrat de société (β_1). De même, des restrictions existent quand il s'agit de conclure d'autres *business combinations* (combinaisons d'affaires) comme les fusions entre deux sociétés ayant des personnes visées en commun (β_2).

β -1) Contrat de société: Société entre un actionnaire et sa société

La société ne peut s'engager aux Etats-Unis avec un associé intéressé dans une *business combination*, telle la création d'une nouvelle société ou son admission comme associé dans une société, qu'à l'expiration de trois ans à partir de la date à laquelle cet associé avait acquis l'intérêt en question². Cette interdiction connaît toutefois un assouplissement si le conseil d'administration a approuvé, en connaissance de cause, soit la *business combination*, soit l'intérêt personnel de l'associé intéressé à la transaction qui lui a donné naissance³ ou bien si l'associé intéressé avait déjà 85% du capital social de la société, au moment de la transaction⁴; ou si, au terme de ces trois années, le conseil d'administration l'approuve et si l'assemblée des associés, lors d'une réunion de l'assemblée générale annuelle ou spéciale (les décisions par consultation écrite étant strictement exclues), l'approuve à la majorité des deux tiers des voix des associés non intéressés⁵.

1. Cahall v. Burbage, 1 juin 1923: Del. Ch. LEXIS 24; 14 Del. Ch. 55; 121 A. 646 (Del. 1923).

2. Idem; v. aussi 8 § 203 (a) (1) DCLA, p. 76.

3. Idem.

4. Idem, (a) (2).

5. Idem, (a) (3); 8 § 203 (b) prévoit les cas où cette restriction peut être levée.

β-2) Contrat de fusion (ou de scission)

Les fusions et scissions entre des sociétés ayant des administrateurs communs n'ont pas été considérées en France comme des conventions soumises au contrôle spécial ; ces opérations étant régies par une réglementation spécifique qui organise de nombreux contrôles et nécessitent l'approbation de l'assemblée générale extraordinaire des associés des deux ou plusieurs sociétés concernées. Les prérogatives d'autorisation du conseil d'administration en matière de conventions réglementées sont donc dépassées dans ce cas. Ces contrôles sont censés prévenir le risque de conflits entre les intérêts personnels des administrateurs et l'intérêt social de chacune des sociétés concernées. C'est donc l'assemblée générale des associés qui autorise le contrat de fusion et non les administrateurs¹. N'entrant pas dans les pouvoirs de gestion, le conseil d'administration ne peut pas donner à un protocole de fusion l'autorisation préalable² du contrôle spécial, ce qui rend inutile la soumission des contrats ou protocoles de fusion ou scission à la procédure des conventions réglementées.

La doctrine française a soutenu que la souscription par une société à l'augmentation du capital d'une autre société, avec laquelle elle a des dirigeants communs, échappe à la procédure de contrôle, car cette opération, qui nécessite l'approbation de l'assemblée générale extraordinaire, a un caractère plutôt institutionnel³. Nous ajoutons que ce caractère institutionnel qui fait échapper une telle opération d'augmentation de capital à la procédure de contrôle spécial des conventions réglementées provient également du principe de spécialité des organes sociaux qui confère aux associés, réunis en assemblée générale, le droit d'autoriser l'augmentation de capital.

Devant le silence de la loi et de la jurisprudence libanaises, nous pensons que, pour les mêmes raisons que nous venons de mentionner, les fusions au Liban ne doivent pas être soumises à la procédure des conventions réglementées.

Cette question se pose aux Etats-Unis dans les groupes de sociétés quand une des sociétés du groupe, ou la société mère, envisage de racheter toutes les actions (ou parts) restantes aux associés minoritaires d'une filiale dans le capital de laquelle elle était déjà intéressée ou bien quand elle entend conclure avec cette dernière un protocole de fusion, en vertu duquel les associés minoritaires de la société absorbée reçoivent, en contrepartie des actions qu'ils avaient dans cette dernière, des actions de la société absorbante. Cette transaction et, en

1. Cass. com., 7 juin 1963: D. 1964, 308, note A. Dalsace; v. aussi Y. Guyon, *Droit des affaires*, op. cit., n° 421, p. 429.

2. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, *Contrats entre les administrateurs et la société*, op. cit., n° 41, p. 10.

3. Idem, p. 11.

particulier, le protocole de fusion, sont des conventions qui doivent être *entirely fair* pour les associés minoritaires, et aussi pour la société absorbée en vertu de l'obligation fiduciaire qui pèse sur la société absorbante, déjà associée majoritaire, à l'égard des associés minoritaires¹.

L'appréciation du point de savoir si une fusion est *fair* doit généralement être faite par la société qui envisage de conclure la transaction en question, par comparaison à ce qu'aurait été le cas si la fusion était à accomplir entre deux sociétés qui n'avaient pas auparavant un rapport de capital. Le moyen le plus efficace serait de constituer un *independent committee* (comité indépendant) formé d'administrateurs de la filiale qui sont indépendants de la société mère pour faire l'appréciation en question. En cas de litige, les tribunaux, qui apprécieront en dernier ressort le caractère *fair* ou *unfair* de la fusion pour les associés minoritaires, seront vraisemblablement enclins à maintenir la fusion, au motif qu'un comité indépendant l'a approuvé².

(2) Biens incorporels à caractère intellectuel

Le savoir-faire (*know-how*) commercial ou industriel est, en dépit de sa nature immatérielle, un bien intellectuel de très grande valeur qui dépasse dans certains cas la valeur des biens corporels que possède une entreprise. Ce savoir-faire, ou savoir comment faire, est l'accumulation de connaissances théoriques et pratiques qui constituent un actif, non toujours quantifiable³, que la société utilise dans son exploitation. C'est « un ensemble de connaissances techniques, renseignements, conseils, connaissances de procédés de fabrication ou de vente, etc. »⁴ ou « *the information, practical knowledge, techniques, and skill required to achieve some practical end, especially in industry or technology* »⁵ (les informations, connaissances pratiques et techniques et compétences requises pour atteindre un objectif pratique; spécialement dans l'industrie et la technologie).

C'est ainsi que la convention passée par une société qui bénéficie du savoir-faire de la clientèle ou des moyens logistiques d'une autre société dont le président est un des associés de cette dernière, doit être soumise à la procédure de contrôle⁶. Les conventions de cession de brevets d'inventions⁷, ou de concession de ces dernières contre redevances versées au concédant⁸ sont des conventions réglementées.

1. Sterling v. Mayflower Hotel Corp: 93 A. 2d 107 (Del. 1952).

2. S. Emanuel, Corporations, op. cit., p. 463; on retrouve ici les cas où, à cause de l'intérêt personnel qui existe dans les « self-dealing transactions » (contrats avec soi – même), la charge de la preuve incombe à l'intéressé principal.

3. A moins qu'il n'ait été évalué séparément lors d'une acquisition de société ou restructuration de son capital à l'occasion d'une fusion, par exemple .

4. G. Cornu, Vocabulaire juridique, op. cit., p. 524.

5. Black's Law Dictionary, op. cit., p. 876.

6. CA Versailles, 28 juin 1990: Bull. Joly, octobre 1990, § 269, p. 876.

7. CA Paris, 4 juin 2003: Bull. Joly, décembre 2003, § 273, p. 1315, note L. Godon.

8. Cass. com., 8 octobre 1973, RTDC, 1974, n° 8, p. 296, note R. Houin.

(3) Droits incorporels à caractère commercial

Les conventions portant sur certains droits incorporels peuvent causer un préjudice à l'intérêt social, même si leur nature n'est que commerciale.

La convention comprenant une clause de garantie de clientèle, conclue entre une indivision successorale et la société (SARL, transformée en SA), dont l'un des associés est également coindivisaire, a été considérée comme une convention réglementée¹.

B. Classification selon les effets de l'acte

L'objet de l'acte juridique détermine l'opération juridique que les parties contractantes ont voulu conclure. C'est moins l'objet² que l'abus qui résulte de la conclusion de l'opération, qui est sanctionné par la réglementation. Qui dit abus, dit résultats concrets des effets préjudiciables à l'intérêt social que produit l'opération à contrôler.

Nous analyserons la nature de ses effets (1.) et puis les effets de l'acte dans le temps (2.).

1. Nature des effets

Un acte juridique est soit créateur d'une ou de plusieurs obligations juridiques soit extincteur de ces obligations. L'un et l'autre sont soumis au contrôle spécial. La réglementation s'applique à « tous les accords de volonté faisant naître, transmettant ou éteignant des obligations³ ». Les accords de volonté qui ne font pas, ou ne font pas encore, naître des obligations, comme dans le cas des contrats dits « contrats-cadres » ou accords-cadres⁴, sont-ils soumis à la procédure des conventions réglementées?

La jurisprudence a admis que si des contrats pareils lient les parties et sont suffisamment détaillés, ils sont soumis au contrôle spécial⁵. A notre sens, ces contrats ne doivent pas être soumis au contrôle, même s'ils lient les parties par des conditions générales si ces dernières, quoique nécessaires, ne sont pas suffisantes à la détermination de toutes les obligations des parties. Les conditions spécifiques, normalement absentes dans les contrats-cadres, sont celles qui doivent être analysées et appréciées par l'organe compétent à l'égard de l'intérêt social. Les contrats-cadres ne sont qu'exceptionnellement complets, et le plus souvent leur

1. CA Versailles, 9 octobre 1997 : Bull. Joly, janvier 1998, § 12, p. 43, note C. Priéto. L'indemnisation qui a été prévue dans cette convention n'a pas été considérée comme préjudiciable à la société, car elle visait une indemnisation à titre confraternel d'un associé « du départ » (pour la perte) d'un certain nombre de clients qui ont directement bénéficié à la société.

2. Les conventions interdites exceptées.

3. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, Contrats entre les administrateurs et la société, op. cit., n° 30, p. 8.

4. V. supra, Conventions cadres, p. 84.

5. Cass. com., 18 mars 1997 : Bull. Joly, juin 1997, § 218, p. 538, note P. Le Cannu.

manquent les dispositions indispensables à la production d'effets juridiques. La doctrine semble adopter cette approche¹. De même, les déclarations d'intention sont soumises au contrôle seulement si elles ont la même force obligatoire qu'un contrat.

Voyons dans ce qui suit la variété des actes créateurs d'effets juridiques (a) et ceux qui sont extincteurs de tels effets (b).

a) Actes créateurs d'effets juridiques

Dans un contexte contractuel, les obligations juridiques sont créées soit quand une convention est conclue (1), soit quand elle est renouvelée (2), soit quand les parties lui apportent une modification (3).

(1) La conclusion des conventions

La formation d'une convention établit les bases contractuelles des obligations des parties contractantes et est soumise au contrôle. C'est à ce moment-là que les obligations juridiques des parties sont créées.

La rédaction de l'article concerné en droit libanais, qui commence avec « toute convention entre la société et l'un des administrateurs... »², sans ignorer la malencontreuse absence d'un verbe tel que « conclue » ou « intervenant » entre les mots « convention » et « entre », qui est d'ailleurs sous-entendu, est assez générale pour englober la « formation » d'un contrat qui est la première phase de son existence.

En droit français, la rédaction est bien plus précise et complète. « L'intervention »³ d'une convention suppose qu'elle n'existait pas avant ; le texte signifie donc bel et bien sa formation.

En droit américain, nous remarquons que le texte concerné du DCLA : 8 § 144 (a), omet également, comme en droit libanais, un verbe entre les termes « *transactions* » et « *between* » : « *No contract or transaction between a corporation and one or more of its directors, or officers...* ». Le RBMCA : § 8.60 (1), dans sa définition de « *conflicting interest* », est plus complet, puisqu'il utilise les termes « *a transaction effected or*

1. « L'article L.225-38 du C.com.fr. n'a vocation à s'appliquer que là où il y a une convention ; c'est-à-dire un accord de volonté créant, modifiant ou éteignant un rapport de droit » : M. Cozian, A Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 605, p. 330.

2. Art. 158, al.1, C.com.lib.

3. Art. L. 225-38, al. 1, C.com.fr. (SA); art. L. 225-86, al. 1, C.com.fr. (SACS); art. L. 227-10, al. 1, C.com.fr. (SAS): «intervenues».

proposed... » (une transaction effectuée ou proposée...). En tout cas, comme en droit libanais et en droit français, la réglementation des conventions réglementées en droit américain s'applique à la formation ou à la conclusion des conventions.

(2) Le renouvellement des conventions

Le renouvellement d'une convention à durée déterminée est également soumis au contrôle spécial¹. L'acte de reconduction de la convention, ou sa reconduction tacite en vertu d'une clause qui y est insérée, a été considérée comme une nouvelle convention pour les besoins de l'autorisation ou de l'approbation à obtenir de l'organe social compétent². Les engagements pris par une société cotée en bourse portant sur les éléments de rémunération, indemnités et avantages, versés et consentis à certains dirigeants sociaux à l'occasion de leur départ de la société, doivent être approuvés à chaque renouvellement du mandat du dirigeant concerné³.

La jurisprudence s'est donc prononcée sur la multiplicité de contrats en ne considérant pas que le contrat reconduit était le même. Nous ne pouvons que louer de telles décisions, car il n'est point dit que ce qui était considéré comme avantageux, ou du moins non nuisible à l'intérêt social, au moment de la conclusion d'une convention, garde toujours son avantage ou son caractère inoffensif avec le temps qui passe. L'appréciation de l'intérêt social ne doit pas être figée dans le temps ; elle doit changer avec les circonstances et le contexte dans lequel les affaires sociales évoluent. La convention qui a été autorisée une année avant ne le sera pas forcément une année après.

(3) La modification des conventions

L'acte modifiant une convention, conclue antérieurement entre une personne visée et la société, est soumis au contrôle spécial⁴. La raison est simple, la convention a été autorisée sous certaines conditions. La modification de l'une d'elles en fait une nouvelle convention qui doit être appréciée à la lumière des nouvelles dispositions, à condition toutefois que cette

1. CA Versailles, 19 décembre 2002 : BRDA, 3-2003, p. 2.

2. TGI. Blida, 24 avril 1963 : RTDC, 1964 ; n° 3, p. 99, obs. R. Houin, v. aussi D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, Contrats entre les administrateurs et la société, op. cit., n° 32, p. 9 ; CA Versailles, 12 septembre 2002 : Bull. Joly, janvier 2003, §10, p. 56, note B. Saintourens. A noter que les contrats en cours, avant que l'obligation de les soumettre à la procédure de contrôle ne naisse, ne doivent y être soumis que s'ils sont renouvelés ou modifiés : Cass. soc., 29 mars 1973 : Rev. soc., 1974, p. 117 ; v. aussi opinion contraire, A. Mercier, Ph. Merle, Cl. Flahaut-Jasson et S. Besnard, Audit et commissariat aux comptes 2009-2010, op. cit., n° 52442, p. 786.

3. Art. L. 225-42-1, al. 4, C.com.fr.

4. Y. Guyon, Droit des affaires, op. cit., n° 421, p. 429 ; Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 400, p. 473 ; Cass. com, 11 décembre 1963, préc. ; Cass. soc., 8 décembre 1976, Rev. soc., 1977, p. 251, note I. Balensi ; M. de Juglart et B. Ippolito, par E. du Pontavice et J. Dupichot, Traité de droit commercial, n° 722-5, p. 464 ; Cass. com., 9 mars 1961 : RTDC, 1961, n° 3, p. 628 ; CA Versailles, 22 novembre 2007, préc.

modification soit substantielle. En effet, la modification du mode de rémunération d'un salarié a été considérée comme une modification substantielle de son contrat de travail, qui nécessite son accord, parce que cette modification en fait un nouveau contrat. Les conventions autonomes, même si elles constituent une rémunération, n'ont pas été considérées par la Cour de cassation comme un ensemble indivisible avec les actes de rémunération qui les avaient précédées, mais plutôt comme de nouvelles conventions qui doivent être autorisées par le conseil d'administration¹. De même, l'affectation d'un salarié à un poste qui constitue une rétrogradation entraîne une modification substantielle de son contrat de travail². C'est ainsi que l'augmentation considérable du salaire d'un dirigeant administrateur, en l'occurrence d'un PDG lié à la société par un contrat de travail, n'est pas une opération courante et constitue une modification substantielle de ce contrat qui doit être soumise au conseil d'administration pour autorisation³.

Toutefois, certains avenants à des conventions déjà conclues ne sont pas considérés comme des modifications au sens mentionné plus haut, mais plutôt comme des compléments de ces conventions. Ces avenants ne sont pas soumis au contrôle spécial dans la mesure où ils constituent des « opérations courantes et échappent à la procédure »⁴.

Le droit américain considère que les modifications des contrats avec une personne visée, qui ne sont pas ratifiées par les associés (souvent des contrats de travail ou de *stock-options*) et dont l'exécution n'apporte pas de contrepartie à la société, constituent une dilapidation des fonds sociaux⁵. C'est la notion de contrepartie convenable qu'on retrouve ici. Ce qui compte, encore une fois, c'est le *fairness* de la transaction ; toute modification qui est équitable pour la société étant acceptable.

b) Actes extincteurs d'effets juridiques

On est là dans une situation qui confirme la généralité de la notion de convention quand elle est comparée à celle plus spécifique de contrat. Les accords de volonté qui visent à éteindre des obligations ne sont pas des contrats mais des conventions⁶.

1. Cass. soc., 11 juin 2008, Bull. Joly, janvier 2009, § 5, p. 25, note P. Le Cannu.

2. Cass. soc., 27 octobre 2009: recherche « modifications substantielles » et « nouveau contrat » sur site www.legifrance.gouv.fr, consulté le 5 novembre 2009.

3. Cass. soc., 5 novembre 1982: Bull. Joly, janvier 1983, § 66, p. 172; v. aussi Rev. soc., 1983, p. 567, J. Burgard.

4. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, Contrats entre les administrateurs et la société, op. cit., n° 31, p. 8 ; v. aussi Cass. com., 21 avril 1977 : RTDC, 1977, n° 29, p. 542.

5. *Michelson v. Duncan*, 1979, Del. LEXIS 422 ; 407 A 2d. 211 (Del. 1979).

6. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit. n° 400, p. 473, note 4 ; v. aussi B. Petit et Y. Reinhard, RTDC, 1996, obs. sur Cass. com., 27 février 1996 : (Bull. Joly, juin 1996, § 167, p. 492), note P. Le Cannu, p. 482.

La résiliation d'une convention réglementée, qui intervient unilatéralement à la suite de l'initiative de l'une ou de l'autre des parties contractantes, sans que l'autre partie ne soit consentante, ou tout simplement sans que l'autre partie n'ait donné son accord, échappe à la procédure de contrôle. En effet, la résiliation peut être choisie pour plusieurs raisons ; la plus importante étant l'inobservation par l'autre partie de ses obligations contractuelles. Toutefois, si la résiliation d'une convention avant l'expiration de son terme intervient d'un commun accord des parties, elle revêt alors un caractère consensuel qui augmente le risque de conflits avec l'intérêt social et impose alors la soumission de l'acte de résiliation au contrôle spécial¹. La jurisprudence est constante dans ce domaine².

Si, par contre, une convention prend fin par l'effet d'une clause résolutoire, déjà convenue et insérée dans la convention au même titre que d'autres dispositions, cette résolution, quoique conventionnelle, échappe à la procédure de contrôle, car l'accord sur ce point a eu lieu au moment de la conclusion de la convention qui a déjà reçu l'autorisation requise³.

2. Effets de l'acte dans le temps

Tous les actes juridiques ne produisent pas leurs effets dans le temps de la même façon. Certains sont exécutoires instantanément et les obligations respectives de leurs parties sont consommées dans le même temps (a). D'autres actes juridiques, de par leur nature, comportent des obligations qui sont exécutées successivement (b).

a) Exécution instantanée

Les actes juridiques qui sont exécutés instantanément peuvent l'être en une seule ou plusieurs prestations.

Le contrat de vente d'un bien est normalement exécuté instantanément et, à défaut d'un accord contraire entre les parties, toutes les obligations y relatives sont exécutées simultanément en une seule prestation, au moins par l'une des parties.

Dans le temps, au Liban, les conventions qui s'exécutaient instantanément, et qui ne comportaient pas de prestations successives, échappaient à tout contrôle. Ce qui suscitait l'indignation de la doctrine à voir des occasions d'abus pareilles soustraites à tout contrôle⁴. Heureusement que la nouvelle rédaction de l'art. 158 C.com.lib. est venue combler cette lacune⁵.

1. Idem.

2. Cass. com., 27 février 1996, préc.; v. aussi C. Malecki, Conventions réglementées, op. cit., n° 31, p. 9.

3. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, Contrats entre les administrateurs et la société, op. cit., n° 34, p. 9.

4. E. Tyan, Droit commercial, op. cit., n° 592, p. 669.

5. En vertu de la loi promulguée par le décret n° 9798 du 4 mai 1968, art. 1.

b) Exécution successive

Par contre, d'autres actes juridiques ne peuvent être exécutés que d'une façon successive. Les prestations de ces actes sont soit non prolongées (1) soit prolongées dans le temps (2).

(1) Conventions à exécution successive non prolongée dans le temps

Ces conventions sont celles qui requièrent pour leur exécution une succession de prestations qui forcément ne peuvent pas être instantanées. L'autorisation préalable est donnée à ces conventions pour l'ensemble des prestations, indépendamment de l'autonomie que peut avoir l'une ou l'autre, car elles sont considérées comme formant un tout pour les besoins de la procédure de contrôle. Ces conventions ne sont pas prolongées dans le temps, sans qu'elles soient nécessairement exécutoires dans un délai de temps précis. Elles sont en principe consommées entre deux réunions de l'assemblée générale ordinaire annuelle, de telle sorte qu'on n'a plus besoin de les resoumettre à l'autorisation de l'assemblée générale (au Liban) ou à son approbation (en France)¹.

(2) Conventions à exécution successive prolongée dans le temps

Les conventions à exécution successive sont des conventions « anciennes qui continuent de s'exécuter »². Ces conventions produisent leurs effets à partir de la date de leur entrée en vigueur et les obligations qui sont mises à la charge des parties contractantes maintiennent leur force tant que les conventions restent en vigueur. Nous pensons aux contrats de bail, de licence de savoir-faire (*know-how*), de franchise etc. Ces conventions ont, ou peuvent avoir, une durée de plusieurs années.

Le problème pratique que pose l'application de la procédure de contrôle spécial aux conventions à exécution successive, est que celles qui ont été conclues avant la date d'entrée en vigueur de la loi qui impose une telle procédure et qui sont en cours d'exécution à la date en question, ne doivent pas, en principe, être soumises au contrôle. Ce problème a été soulevé en France à l'occasion de l'application dans le temps de la loi NRE du 15 mai 2001.

Certains auteurs ont trouvé que les conventions soumises aux dispositions du chapitre intitulé « Prévention des conflits d'intérêts » de ladite loi « ne doivent pas être nécessairement soumises au contrôle car on peut « penser que cette disposition n'est pas

1. V. infra, La décision a une durée de validité limitée, pp. 295 et s.

2. Y. Guyon, Droit des affaires, op. cit., n° 424, p. 434.

caractéristique d'un ordre public suffisamment fort et qu'elle ne s'applique pas aux conventions anciennes qui se poursuivent »¹.

A notre sens, et dans la meilleure hypothèse pour les personnes intéressées à la convention, ces dernières ne devraient pas bénéficier d'un traitement plus favorable que celui qui est réservé aux conventions à exécution non successive qui sont reconduites tacitement. Nous estimons que le contrôle régulier (au moins une fois par exercice social) est garant d'une meilleure prévention des conflits d'intérêts, surtout quand l'exécution se prolonge sur plusieurs années. Des abus peuvent très bien être commis au cours d'un long chemin. Cette précaution ne semble cependant pas être nécessaire pour certains auteurs².

Le droit libanais est conscient de cette nécessité, puisqu'il prévoit expressément que « l'autorisation doit être renouvelée tous les ans si elle concerne des contrats comportant des engagements successifs à long terme »³. Le droit français a récemment adopté une exigence comparable en ce qui concerne les engagements de rémunération pris en faveur de certains dirigeants de sociétés cotées en bourse. Ces engagements doivent être autorisés à chaque renouvellement du mandat du dirigeant concerné⁴.

Il s'agit toutefois de distinguer entre les conventions qui continuent, au-delà d'un exercice fiscal, de produire les effets prévus dans la convention déjà autorisée, et celles qui se perpétuent, comme c'est le cas d'un contrat de bail par exemple. Nous estimons que les premières doivent être autorisées une fois pour toutes, à moins qu'elles ne subissent des modifications substantielles ; tandis que les dernières doivent être soumises à l'autorisation ou à l'approbation annuelle.

Section 2. Qualification des actes juridiques visés par la réglementation

L'opération de qualification d'un acte (ou d'un fait) juridique est avant tout « une opération intellectuelle; elle consiste à « rattacher un acte, un fait, une situation juridique à un groupe déjà existant »⁵, voire à en déterminer la nature juridique; et « le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante »⁶.

Dans notre contexte, la qualification s'avère être un outil indispensable pour maintenir un équilibre entre les exigences de la réglementation et la protection qu'elle assure en prévenant

-
1. Ph. Merle, Les nouvelles obligations des commissaires aux comptes après la loi NRE du 15 mai 2001 (1), D. 2001, chron. 3516.
 2. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, Contrats entre les administrateurs et la société, op. cit., n° 33, p. 9.
 3. Art. 158, al. 4, C.com.lib.
 4. Art. L. 225-42-1, al. 4, C.com.fr.
 5. R. Guillien et J. Vincent, Lexique de termes juridiques, op. cit., p. 433.
 6. G. Cornu, Vocabulaire juridique, op. cit., p. 733.

les conflits avec l'intérêt social, et la reconnaissance du fait qu'en réalité l'intérêt social n'est pas nécessairement lésé à chaque fois qu'une convention est conclue par une personne visée avec sa société.

La qualification a donc un but (§ 1) et doit forcément suivre des modalités précises pour l'atteindre (§ 2).

§ 1. But de la qualification

La diversité des actes juridiques que peut conclure une personne visée par la réglementation des conventions avec sa société impose beaucoup de rigueur dans l'appréciation du besoin de la soumission, ou de l'inutilité de la soumission, d'un acte à la procédure de contrôle spécial de ladite réglementation. C'est là le but de la qualification.

« La question de l'exactitude de la qualification et de l'éventuel reclassement des conventions est plus que jamais posée »¹. Une erreur de qualification peut entraîner l'annulation de la convention en cas de conséquences dommageables pour la société².

Il convient de signaler déjà qu'aux Etats-Unis la question de la qualification d'une convention ne revêt pas la même importance et n'a pas vraiment le même but poursuivi par les deux autres systèmes juridiques, car le contrôle des conventions est indifférent à la nature de la convention que le procédé de qualification fait découvrir.

Il s'agit tout d'abord de trier les conventions conclues par une personne visée pour constater dans quelle mesure l'une ou l'autre doit être soumise à la réglementation (A), et voir dans un deuxième temps, laquelle peut échapper à la procédure par une exception légale (B).

A. Le triage des conventions conclues par une personne visée avec la société

Les conventions sont triées et classées selon les catégories suivantes, communément utilisées³. Les conventions interdites ou prohibées (1.), les conventions libres (2.) et celles qui sont réglementées (3.).

1. J.- F. Barbière, les conventions réglementées entre la réalité de l'ambition régulatrice et fiction de la prévention des conflits, La loi NRE et le droit des sociétés, op. cit., p. 42.
 2. C. Malecki, Conventions réglementées, op. cit., n° 78, p. 16.
 3. L'auteur de cette thèse a des réserves concernant l'appellation de ces catégories qu'il exprimera dans la section concernée, v. infra, pp. 135 et 136.

1. Conventions interdites

Les conventions interdites, dites aussi « prohibées »¹ sont des conventions qui sont interdites en tout état de cause et de plein droit, si bien que la prohibition ne peut-être levée². Elles sont « complètement interdites »³; ou des actes « absolument interdits »⁴; des conventions « purement et simplement » interdites⁵. Une brève introduction⁶ à ces dernières peut s'avérer utile pour bien comprendre l'esprit de la réglementation.

Le droit libanais des sociétés anonymes interdit aux administrateurs, autres que les personnes morales, d'obtenir de la société, sous quelque forme que ce soit, un prêt ou un découvert en compte courant en leur faveur, un cautionnement ou un aval de leurs effets de commerce envers les tiers »⁷. De même, il est interdit aux gérants et aux associés des sociétés à responsabilité limitée d'obtenir de la société des prêts, cautionnements ou avals⁸.

Le droit français⁹, duquel le droit libanais s'était à l'origine inspiré, a connu un certain nombre de développements qui ont abouti, avec le nouveau Code de commerce à un élargissement du champ d'application et de la catégorie des personnes visées par la réglementation¹⁰. Pour l'essentiel, les actes visés par la prohibition en France sont similaires à ceux prohibés en droit libanais: « emprunts », « découverts en compte courant »,

-
1. M. de Juglart et B. Ippolito, par E. du Pontavice et J. Dupichot, *Traité de droit commercial*, op. cit., n° 889, p. 1121; v. aussi Ph. Merle et E. Chevalier - Merle, *l'application jurisprudentielle de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales*, n° 258, p. 286; Mr Merle utilise également l'adjectif « interdites » : Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, op. cit., n° 400, p. 471, D'autres auteurs utilisent l'adjectif « prohibées », v. J. Escarra et J. Rault, *Traité théorique et pratique des sociétés commerciales*, op. cit., n° 1426, p. 100.
 2. D. Bureau, actualisé par J.- J. Ansault, *Contrats entre les administrateurs et la société*, op. cit., n° 113, p. 22.
 3. P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 758, p. 509.
 4. D. Bureau, actualisé par J. J. Ansault, *Contrats entre les administrateurs et la société*, op. cit., n° 84 et s.
 5. M. Jeantin, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 507, p. 265.
 6. Les conventions interdites sortent du cadre de la présente thèse et n'y seront évoquées que dans le cas où son auteur le jugera nécessaire.
 7. Art. 158, al.5, C.com.lib. ; cet alinéa a été ajouté par le décret-loi n° 9798 du 4 mai 1968.
 8. Art. 18 du décret-loi lib. n° 35 du 5 août 1967.
 9. Art. L. 225-43, al.1, C.com.fr. (SA); art L.225-91, al.1, C.com.fr. (SACS). Cette interdiction a été étendue par la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 aux directeurs généraux, directeurs généraux délégués ; art. L. 225-43, al.3, C.com.fr., à l'origine visant les administrateurs de la société (SA) et art. L.225-91, al.3, (SACS). Art. L. 227-12 C.com.fr. (SAS). Cet article renvoie à l'art. L. 225-43, al. 1 (SA) avec une précision que ce dernier s'applique aux « président et dirigeants de la société » sans préciser que ces dirigeants sont uniquement le directeur général et le directeur général délégué.
 10. Désormais, les directeurs généraux et directeurs généraux délégués pour les SA art. L. 225-43, al.3, C.com.fr. et les représentants permanents des personnes morales (membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance) conjoints, ascendants et descendants des personnes visées et toutes personnes interposées sont soumis à la prohibition des conventions interdites, (art. L 225-43, al.3, (SA); art. L. 225 – 91, al.2, (SACS), art. L. 223 – 21 C.com.fr. (SARL). La prohibition en question n'est prescrite que dans les SA, SARL, SCA, et SAS.

« cautions », « avals ». Les gérants et associés des sociétés à responsabilité limitée sont soumis à une interdiction similaire¹.

De même, pour faciliter les opérations de trésorerie au sein d'un groupe, l'associé, personne morale, est autorisée à effectuer des opérations de crédit auprès de la société à responsabilité limitée, voire d'en obtenir des prêts, avances de trésorerie ou cautionnements. Cela dit, ces conventions, en principe interdites, mais légalement tolérées, n'en sont pas moins des actes visés par la réglementation des conventions réglementées et doivent en tout état de cause être soumises à la procédure de contrôle². Les emprunts et découverts en compte courant, qui revêtent un caractère « liquide » sont prohibés.

En d'autres termes, les dirigeants, le plus souvent des titulaires de pouvoirs dans leur société, ne peuvent point se servir dans sa caisse, ou puiser dans ses comptes bancaires, pour satisfaire leurs intérêts personnels. Le même raisonnement vaut pour les engagements susceptibles d'être liquidés que les dirigeants pourraient faire prendre à leur société; tel le cautionnement de leurs dettes personnelles ou l'aval des effets de commerce personnels qu'ils auraient souscrits.

Quant à l'exception posée pour les administrateurs qui sont des personnes morales, tout en étant compréhensible et justifiée par le fait que leurs organes sociaux sont normalement conscients des actes pris pour leur compte, et y exerce un contrôle suffisant pour éviter tout abus et excès, laisse un vaste champ de manœuvres aux dirigeants malintentionnés de la personne morale. Cela dit, en raison du développement des groupes de sociétés et des transactions financières, ou à caractère financier, qui sont régulièrement conclues entre les sociétés appartenant à un même groupe, ayant des dirigeants communs, dont la holding, ou une filiale spécialisée du groupe en est presque toujours un, il est heureux qu'une telle exception existe³.

En outre, constatant que cette interdiction serait illogique si elle devait s'appliquer à des sociétés dont l'objet principal est la prestation de services financiers, comme les banques⁴, le législateur excepte ces dernières de la prohibition. Le texte n'est pas suffisant pour parer à l'éventualité d'un abus commis par un administrateur, personne physique, dans la conclusion d'une convention désavantageuse pour la banque, qui aurait dû être soumise au contrôle de

1. Art. L.223 – 21, C.com.fr. (SARL).

2. M. Jeantin, Droit des sociétés, op. cit., n° 627, p. 321.

3. Art. 158, al. 5, du C.com.lib.; art L. 223-21 al. 1, C.com.fr. ; (SARL) ; art L. 225-91, al. 1, C.com.fr. (SACS) ; art L. 225-43, al. 1 (SA) C.com.fr. art. L. 227-12 C.com.fr. (SAS); v. aussi Ph. Merle, Conventions au sein des groupes, Petites affiches, n° 89, 4 mai 2001, p. 43.

4. Le texte en droit libanais semble limiter l'exception aux banques, et non à tout établissement de crédit.

l'assemblée générale au même titre que les conventions d'une autre nature¹. Ce texte aurait dû ne pas limiter l'exception aux banques, mais aussi inclure les institutions financières et de crédit, et institutions financières à caractère bancaire.

On considère que l'intérêt social souffre davantage et d'une manière plus directe si un dirigeant venait à profiter pécuniairement du patrimoine social de la société qu'il gère ou contribue à gérer. C'est pourquoi les conventions qui ont pour objet des opérations liées au crédit de la société, conclues à des fins non sociales, sont prohibées et nulles. Certaines conventions sont considérées comme «très désavantageuses pour la société»². Une exception est toutefois permise en France quand il s'agit de prêts consentis par la société à ses administrateurs élus par les salariés en application du Code de la construction et de l'habitation³. Une autre exception est celle relative aux opérations courantes conclues à des conditions normales⁴ ou « entrant habituellement dans le cadre des activités de ces banques⁵».

Aux Etats-Unis, il y a une distinction pour les conventions liées au crédit de la société entre celles qui sont conclues par les administrateurs et *officers* de sociétés cotées et celles qui ne sont pas cotées en bourse. En effet, la loi du Delaware n'interdit aux *officers* et *employees* de se faire consentir des prêts ou se faire cautionner des engagements personnels par la société ou ses filiales, que si, *in the judgment of the directors* (selon le jugement des administrateurs), un tel prêt ne peut raisonnablement être considéré comme bénéfique à la société⁶. Le texte en question ne semble toutefois permettre que de telles transactions soient conclues par un *director* (administrateur) que s'il est dans le même temps un *officer* ou un *employee* de la société.

Par contre, la loi fédérale américaine *Sarbanes – Oxley Act (SOA)*, du 30 juillet 2002, interdit aux *public companies* (sociétés cotées en bourse), ou celles qui sont soumises à

-
1. Le texte de l'alinéa 5 de l'art. 158 du C.com.lib. pêche par le fait qu'il ne précise pas que l'exception s'applique à l'interdiction absolue et non à la procédure de contrôle préconisée par l'article en question. Une convention avec une personne morale liée au crédit de la société qui est contraire à l'intérêt social ou qui crée un conflit avec ce dernier reste soumise à la procédure de contrôle quand elle ne rentre pas habituellement dans le cadre des activités de la banque; v. proposition de refonte du texte à l'annexe n° 2.
 2. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 217, p. 245 (pour les SARL); ou « trop dangereux pour la société » : n° 400, p. 462 (pour les SA); d'autres auteurs trouvent que les conventions interdites sont celles qui présentent un « risque majeur »; v. M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, op. cit., n° 599, p. 327; v. aussi Y. Guyon, Droit des affaires, n° 422, p. 429: « dangers particuliers pour la société ».
 3. Art. L. 313-1 du Code en question.
 4. Art. L. 225-43, al. 2, C.com.fr. (SA); art L. 223-21, al. 3, C.com.fr (SARL); art. L. 225-91, al. 3, C.com.fr. (SACS); art. L. 227-12 C.com.fr. (SAS).
 5. Art. 158, al.5, C.com.lib. ; la rédaction de cet alinéa est ambiguë, contrairement au texte français correspondant. Certains trouvent que l'art 152, al. 4, du CMCL a corrigé le laxisme de l'art. 158, al.5, C.com.lib., par sa rigueur ; v. E. Tyan, Droit commercial, op. cit., n° 593, p. 671.
 6. 8 § 143 DCLA, p. 42, permet de telles opérations, même quand le prêt n'est pas porteur d'intérêts et sans sûreté pour garantir son remboursement.

l'obligation de faire enregistrer leurs actions (ou obligations) auprès de la SEC, de consentir, ou même de faire des démarches pour faire consentir par une tierce partie un prêt personnel à leurs administrateurs ou *executive officers*¹.

Cette prohibition connaît toutefois une exception, plus large que celle du droit français². Si un prêt, par une société aux personnes visées par la prohibition, est consenti dans l'exercice normal de son activité, d'un type généralement consenti par la société au *public*, ou consenti à des termes qui ne sont pas plus favorables que ceux pratiqués normalement dans ses relations avec le *public*, un tel prêt est valide³. L'originalité de cette disposition du droit américain est qu'elle ne s'applique pas seulement aux sociétés qui exercent une activité bancaire. L'exception en question se rapproche de celle de la notion de « conventions courantes », conclues à des « conditions normales », et se distingue de l'exception française mentionnée plus haut par sa généralité, même si elle la rejoint dans le cas précis du crédit à l'habitation.

Pour parfaire l'interdiction, elle est étendue aux conjoints, ascendants et descendants des personnes visées, ainsi qu'à toute personne interposée⁴.

La *limited liability company* du Delaware dispose d'une plus grande flexibilité à ce sujet, puisqu'un *manager* (gérant), ou *member* (associé) peut emprunter de l'argent à la société tant que les statuts n'interdisent pas une telle opération⁵.

Les formes de crédit sont multiples; l'avance des frais de défense en justice faite à des dirigeants est considérée comme justifiée par le fait que celui des dirigeants qui se trouve dans une situation de défendeur dans une action en justice, intentée contre lui en raison de sa fonction sociale, n'est pas censée en supporter les frais. Cela dit, les administrateurs ne peuvent se faire consentir de telles avances dans les cas où ils sont eux-mêmes intéressés⁶, mais l'autorisation est néanmoins valable si elle est *fair* pour la société au moment où elle a été « autorisée, approuvée ou ratifiée »⁷.

De telles avances, quand elles sont faites en espèces à l'intéressé, constituent en fait une transaction liée au crédit de la société. Elles sont assimilables à un découvert en compte

1. Section 402 SOA, sous le titre « Enhanced conflict of interests provisions » (dispositions renforcées sur les conflits d'intérêts); www.Asknam.com.

2. Qui se limite à lever la prohibition des conventions liées au crédit de la société uniquement quand il s'agit d'un prêt consenti à un administrateur en application de l'art. L. 313-1 du Code de la construction et de l'habitation.

3. Corporate Governance Alert, Loans to Officers and Directors Prohibited Immediately, Akin Grump, Strauss Haller & Feld LLP, www.akingump.com, 2 août 2002; Prohibition of Personal Loans to Directors and Executive Officers of Public Companies, Sutherland, Ashill Brennan LLP, 8 octobre 2002.

4. Art. L.225-43, al. 3, C.com.fr. (SA); art. L 225-91, al. 2, C.com.fr. (SACS).

5. 6 § 18 – 107 DCLA, p. 395.

6. A. Stone et P. Weiner, Advancing litigation expenses for corporate officers and directors, LexisNexis, Marthindale Hubbel, Legal Articles, 2 mai 2003, p. 5.

7. Idem, p. 9.

courant qui est interdit aussi bien en droit français qu'en droit libanais et qui est nul de plein droit.

En somme, rien n'empêche en droit américain un associé ou un administrateur de société de contracter avec elle de la sorte, comme toute autre personne ; il a le droit de poser ses conditions ; il revient à la société de les accepter ou de les refuser¹.

2. Conventions dites libres

Dans l'absolu, il n'y a point de conventions libres. Toutes conventions, surtout celles qui sont en la forme écrite, sont soumises à un minimum de conditions de fond et certaines à des conditions de forme. Le droit commun des contrats régit toutes les conventions sans exception. Sur ce, il convient de préciser que, dans le contexte de notre thèse, la liberté dont sont qualifiées certaines conventions n'est autre qu'une liberté relative, qui ne veut rien dire d'autre que ces conventions sont soustraites au contrôle spécial prescrit pour les conventions réglementées². Les conventions dites libres ne peuvent déroger aux conditions générales qui régissent les contrats ; leur « liberté » découle de la réglementation spéciale des conventions.

Cela est vrai en droit français et en droit libanais. On ne saurait trouver une franche catégorisation ou délimitation pareille en droit américain. Dans la pratique, des considérations similaires sont prises en compte pour libérer ou non une convention de l'obligation d'autorisation préalable.

Les personnes visées par la réglementation sont tentées de ne pas soumettre une convention à laquelle elles sont intéressées au contrôle spécial, de peur que l'autorisation préalable ne leur soit refusée. Elles la déclassifient en la considérant comme libre, alors qu'elle doit être réglementée. Cette déclassification, jugée en France comme abusive, est traitée tout comme s'il y avait eu une « absence de suivi de la procédure »³.

3. Conventions réglementées

Les actes juridiques soumis à la réglementation des conventions sont appelés « conventions réglementées ». Ce sont toutes les conventions conclues par une personne visée par la réglementation qui ne sont ni interdites de plein droit, ni libres. Ce sont les conventions qui doivent être soumises à la procédure de contrôle spécial prévue dans la loi.

-
1. N. P. Beveridge, *Interested Directors Contracts at Common Law, Validation Under the Doctrine of Constructive Fraud*, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 33, novembre 1999, p. 101.
 2. Nous avons constaté que cette précision, considérée apparemment jusqu'à présent comme évidente, a été récemment apportée: v. A. Mercier, Ph. Merle, Cl. Flahaut-Jasson et S. Besnard, *Audit et commissariat aux comptes 2009-2010*, op. cit., n° 52255, p. 778 et n° 52258, p. 779.
 3. *Idem*, n° 52295, p. 782.

Nous aimerions faire ici une remarque semblable à celle déjà faite au sujet des conventions dites libres (v. supra, p. 135). Tout comme la liberté factice dont est qualifiée une convention non réglementée, nous trouvons que l'adjectif « réglementée » est ambigu puisque, encore une fois, toutes les conventions sont réglementées ne serait-ce que par les dispositions légales qui régissent la formation, exécution et extinction des obligations. Par « réglementées », on veut dire soumises à la procédure de contrôle des conventions instaurée par la loi¹. Au moins un auteur a soulevé cette nuance en appelant cette catégorie « conventions contrôlées »².

Sur ce, et sans vouloir en aucune façon contrarier l'état actuel de la catégorisation qui semble être constante en doctrine et en jurisprudence, nous suggérons les appellations suivantes, que nous trouvons plus significatives :

« **Conventions réglementées** », pour signifier toutes les conventions visées par la réglementation, à savoir :

« **Conventions interdites ou prohibées** », pour signifier celles qui sont interdites de plein droit.

« **Conventions exemptées de contrôle** », pour signifier les conventions libres ».

« **Conventions contrôlées** » ; pour signifier les conventions soumises au contrôle spécial.

Cette suggestion est faite au passage. Pour une meilleure compréhension de la thèse et pour éviter tout conflit avec la norme actuelle, nous n'y avons jusqu'ici utilisé et n'utiliserons que l'appellation « classique » pour chacune des conventions en question.

B. L'exemption des conventions libres de la procédure de l'autorisation préalable

Certaines conventions sont exemptées de la procédure de l'autorisation préalable (par le conseil d'administration/ conseil de surveillance) en droit français, ou de l'approbation préalable par l'assemblée générale des associés en droit libanais, et de l'une ou l'autre en droit américain. En conséquence, elles n'ont pas à être mentionnées dans le rapport spécial du conseil d'administration au Liban, ni dans le rapport spécial du commissaire de surveillance/ commissaire aux comptes au Liban et en France, et de ce fait elles ne seront pas soumises à l'approbation de l'assemblée générale.

1. C'est d'ailleurs la réglementation elle-même qui permet de qualifier une convention de « libre », « interdite » ou « réglementée ».

2. C. Malecki, Conventions réglementées, op. cit., p. 18.

Ces conventions sont « autorisés de plein droit »¹; ce sont des « actes permis sans réserves »². Elles n'ont besoin d'aucune formalité pour qu'elles puissent être conclues entre une personne visée et sa société.

Cette exemption est justifiée, dans les trois systèmes juridiques étudiés, par l'absence de risque d'atteinte à l'intérêt social, soit parce que la convention revêt un caractère répétitif, donc conclue d'une manière fréquente (1.) soit parce que son modèle, ou son type, a déjà été autorisé (2.).

1. Exemption en raison du caractère répétitif d'une convention

Ces conventions sont régulièrement conclues par la société ; ce sont, au Liban, des « contrats usuels »³, que la société a pris l'habitude de conclure.

En France, le texte parle d'« opérations courantes et conclues à des conditions normales»⁴.

Quant aux Etats-Unis, le caractère répétitif est considéré comme acquis du fait de la conclusion d'une « *transaction in the ordinary course of business* »⁵ (convention rentrant dans l'exercice normal de l'activité sociale). La répétition des ces conventions suppose qu'elles ont déjà été testées et qu'il a été constaté que leur exécution ne porte pas de préjudice à l'intérêt social. Cette disposition figure au chapitre d'*ALI PCG* intitulé «*Duty of fair dealing of controlling shareholder*» (obligation de traitement équitable de l'associé prédominant) (Partie V, Chapitre 2). Si les associés prédominants sont dans le même temps des dirigeants, cette disposition leur est applicable, et non celle qui règlemente les «*transactions with the Corporation* » en général (§ 5.02), à moins que les conventions ne portent sur des rémunérations consenties aux dirigeants⁶.

2. Exemption des conventions suivant un « *standard* » déjà autorisé

Aux Etats-Unis, si un modèle ou *standard* de convention avec une personne visée a déjà été autorisé à l'avance, la formalité d'autorisation d'un autre acte adoptant ce même *standard*⁷ devient superflue. Une présomption d'une telle autorisation existe à chaque fois que ce même

1. Gh. Mahmassani, Les contrats des administrateurs de sociétés anonymes avec leurs sociétés suivant l'article 158 nouveau du Code de commerce libanais, op. cit., p. 49.

2. E. Tyan, Etudes de droit commercial, éd. Librairie Antoine, 1975, p. 367.

3. Art. 158, al. 1, C.com.lib.

4. Art. L. 225 – 39, al. 1, C.com.fr., (SA); art L. 225 – 87, al. 1, C.com.fr. (SACS); art. L.223 – 20 C.com.fr. (SARL); art. L. 227-11 C.com.fr. (SAS).

5. §5.10 (c) ALI PCG, vol. 1, partie V, p. 326.

6. Idem.

7. § 5.09 (a) ALI PCG, vol I, partie V, p. 315, pourvu toutefois que l'autorisation ait été donnée par des administrateurs ou des actionnaires non intéressés à la convention.

standard (modèle) est utilisé. Ce « *standard of the corporation* » de la société est défini comme étant une des règles de gouvernance résultant d'une décision des organes sociaux (conseil d'administration ou associés), par opposition aux règles imposées par des textes de loi, ou par une disposition statutaire¹. L'intérêt d'un tel *standard* est qu'il constitue « *practical convenience for the treatment of conflict of interest transactions* »² (une convenance, ou un moyen pratique, pour le traitement des transactions abritant un conflit d'intérêts), car une fois que le *standard* est approuvé par des administrateurs non intéressés, la convention qui adopte ce *standard* est dispensée des formalités habituelles qui doivent être suivies pour l'approuver.

§ 2. Modalités de la qualification

Le but principal de la qualification d'une convention est de voir si elle est une convention libre, donc soustraite à la procédure de contrôle spécial.

Tout d'abord, il convient d'identifier les personnes qui sont en charge de qualifier une convention (A) et puis de se pencher sur les critères de cette qualification (B).

A. Personnes en charge de la qualification

L'intéressé à une convention en a bien entendu connaissance avant sa conclusion, alors qu'elle est à l'état embryonnaire. Il a donc la charge de la qualifier pour voir si elle doit être soumise au contrôle (1.). Mais si, pour une raison ou une autre, il ne procède pas à la révélation de son intérêt personnel quand cette révélation est requise, soit en considérant que c'est une convention libre (de tout contrôle spécial), soit, tout simplement, en violant la réglementation en pleine connaissance de cause et qu'en conséquence il la passe avec la société sans autorisation préalable, la loi a prescrit un mécanisme de correction en conférant à des organes sociaux le pouvoir de qualifier une telle convention et, si besoin il y a, de la faire soumettre au contrôle spécial (2.).

1. L'intéressé lui-même

En droit libanais, où la réglementation des conventions ne s'applique en principe qu'aux administrateurs de sociétés anonymes³, l'administrateur intéressé, est lui-même en mesure de

1. § 1.36 ALI PCG, vol 1, partie I, p. 39.

2. § 5.09 (a) ALI PCG, vol. 1, partie V, p. 316.

3. A moins que les statuts de la SA concernée ne disposent autrement, en élargissant le domaine d'application du texte de l'article 158 du C.com.lib ; ou tout simplement en stipulant une disposition expresse à cet effet dans les statuts d'une SARL.

juger si la convention qu'il envisage de conclure avec sa société est ou non une convention libre. S'il trouve qu'elle ne l'est pas, il doit la faire soumettre à la procédure de contrôle, à savoir l'approbation par l'assemblée générale des actionnaires¹.

En droit français, où le champ d'application de la réglementation des conventions est beaucoup plus large, c'est le même principe qui s'applique. L'initiative de la qualification appartient donc à l'intéressé lui-même. C'est d'ailleurs ce dernier qui est tenu, « dès qu'il a connaissance d'une convention à laquelle l'article L. 225-38 est applicable, d'informer le conseil »².

Quant aux Etats-Unis, la question de qualification d'une convention ne semble pas être tellement importante, comme nous l'avons déjà annoncé, puisque toutes les conventions doivent être contrôlées d'une façon ou d'une autre. L'intéressé ne peut donc pas faire échapper, par le jeu d'une qualification personnelle, et naturellement très subjective, une convention au contrôle prévu par la loi. Toute convention à conclure par une société avec une personne visée doit être révélée et doit remplir les conditions de *fairness* (pour la société) prévues par la loi³, et être conclue de bonne foi et dans l'intérêt social⁴.

2. L'organe social compétent

Au Liban, le contrôle de la qualification d'une convention, qui est supposée avoir déjà été faite par l'administrateur intéressé, est essentiellement exercé par l'assemblée générale statuant sur un rapport spécial sur les conventions présenté séparément par le conseil d'administration et par les commissaires de surveillance. L'assemblée prend sa décision à la lumière de ces deux rapports⁵. A cause de sa malencontreuse brièveté, l'article 158 du C.com.lib. ne confie aucune mission spécifique au conseil d'administration et aux commissaires de surveillance relative aux conventions. Il se limite à leur demander de préparer un rapport sur elles. Dans la majorité des cas, le rapport lui-même se limite à l'énonciation de la liste des conventions sans aucune qualification quant à la nécessité de leur soumission (ou non) au contrôle de l'assemblée générale. Nous notons, au passage, qu'au

1. Art. 158, al. 1, C.com.lib.

2. Art L. 225-38, al. 1, C.com.fr. (SA); art. L. 225-86, al. 1, C.com.fr. (SACS); art. L. 223-19, al. 1, C.com.fr. (SARL); art. L. 227-10, al. 1, C.com.fr. (SAS).

3. 8 § 144 DCLA, p. 42.

4. § 8.30 RMBCA p. 42; v. aussi § 1.23 ALI PCG, vol 1, partie I, p. 25.

5. Art. 158, al. 5, C.com.lib.

Liban le conseil d'administration n'a aucun pouvoir de décision concernant les conventions réglementées ; le dernier mot revient à l'assemblée générale des actionnaires¹.

Tout naturellement, c'est l'assemblée des associés qui statue en France sur les conventions réglementées dans les SARL² et SAS³. Dans les SA et SACS, le conseil d'administration / le conseil de surveillance a en France un rôle bien plus prépondérant que le rôle qui est confié au conseil d'une société anonyme libanaise quand il s'agit de qualifier une convention ; puisque, bien qu'on ne lui demande pas de préparer et présenter un rapport spécial à l'assemblée sur les conventions soumises au contrôle, comme dans l'exemple libanais, c'est lui qui doit donner son autorisation préalable à la convention⁴. En d'autres termes, si une convention est soumise par une personne visée intéressée à l'autorisation du conseil, parce que la première a cru que ladite convention est à contrôler, et si le conseil, après avoir procédé à sa qualification, trouve qu'elle a les traits d'une convention libre, il a le loisir de s'abstenir de l'autoriser, en tant que tel, parce qu'elle peut-être conclue sans une telle autorisation. La qualification d'une convention comme étant une convention libre qui échappe au contrôle du conseil rend sa soumission à l'approbation de l'assemblée inutile, puisque ce sont seulement les conventions autorisées qui sont soumises à l'approbation de l'assemblée générale⁵.

Quant aux commissaires aux comptes, une fois qu'ils reçoivent l'avis du président du conseil, au sujet des conventions autorisées, ils présentent sur elles un rapport spécial à l'assemblée⁶. Le rôle des commissaires à ce sujet est jugé comme fondamental. Ils peuvent désormais demander la requalification des conventions « courantes et conclues à des conditions normales » s'ils estiment qu'elles ne sont pas vraiment « courantes »⁷.

Aux Etats-Unis, la seule intervention du conseil ou de l'assemblée concernant les conventions conclues par les personnes visées a lieu au stade de l'autorisation, l'approbation ou la ratification d'une convention par le conseil ou l'assemblée, et non à une stade antérieur puisqu'il n'y a vraiment pas en droit américain de qualification d'une convention avant sa soumission à l'un de ces deux organes sociaux. Comme nous le verrons plus loin dans cette

1. Art. L. 158, al. 1, C.com.lib; v. détails, infra, Autorisation de la convention par le conseil, pp. 251 et 252.

2. Art. L. 223-19, al. 1, C.com.fr. (SARL).

3. Art. L. 227-10, al. 2, C.com.fr. (SAS).

4. Art. L. 225-38, al. 1, C.com.fr. (SA); art. L. 225-86, al. 1, C.com.fr. (SACS).

5. Art. L. 225-40, al. 2, C.com.fr. (SA); art. L.225-88, al. 2, C.com.fr. (SACS).

6. Art. L. 225-40, al. 3, C.com.fr. (SA); art. L.225-88, al. 3, C.com.fr. (SACS).

7. Depuis la loi NRE du 15 mai 2001, les commissaires aux comptes en France ont accès aux conventions libres ; v. J. – F. Barbièri, La loi NRE et le droit des sociétés – Les conventions réglementées, op. cit., p. 41; v. infra, pour de plus amples détails sur le « Rôle des commissaires aux comptes dans l'autorisation ou l'approbation des conventions », pp. 274 et s.

thèse, la loi américaine ne prévoit pas de cas spéciaux ou spécifiques qui nécessitent l'autorisation d'une convention par l'un ou l'autre de ces deux organes. L'un ou l'autre peut être saisi d'une convention et être invité à statuer sur elle. La pratique nous apprend que c'est surtout le conseil qui le fait.

B. Critères de qualification

Tout en étant subjective, la qualification d'une convention doit suivre des normes établies par la loi et la jurisprudence. Elle ne peut donc être laissée à la discrétion absolue de celui qui l'entreprend. Des critères sont établis pour parvenir à une qualification satisfaisante. Ces critères ne sont pas les mêmes selon que les conventions sont conclues hors-groupe de sociétés (1.) ou si elles sont conclues entre sociétés appartenant à un même groupe (2.).

1. Conventions hors groupe de sociétés

Deux critères sont à retenir dans l'opération de qualification des conventions conclues hors groupes de sociétés, un critère interne (a) et un autre externe (b).

a) Critère interne

Selon ce critère, la qualification ne regarde pas au-delà du cadre où la convention est appelée à jouer.

Le droit libanais considère que les conventions sont libres, lorsqu'elles sont « ordinaires » (a'diyya عادية)¹, habituellement conclues par la société. L'exception au principe du contrôle est justifiée² par le caractère normal d'une opération. Celles qui sont conclues à des conditions anormales ne pourront échapper au contrôle, l'intérêt social y étant négativement affecté. En principe, les conventions qui sont considérées comme des opérations ou affaires « courantes » sont celles qui, au sens de l'art. 157 C.com.lib., ne relèvent pas de la compétence du conseil d'administration. Ces conventions échappent donc au contrôle préalable de l'assemblée³.

Le texte correspondant en droit français⁴ a gardé, en dépit des multiples modifications qui lui ont été apportées, la rédaction que lui avait assignée la loi du 24 juillet 1966. La procédure de contrôle n'est pas applicable depuis aux conventions portant sur des « opérations courantes » et conclues à des conditions normales. La doctrine est unanime sur la définition

1. Art. 158, al. 1, C.com.lib. Le terme « عادية » (a'diyya) en arabe, tout en signifiant « ordinaire » n'est pas assez suggestif du caractère fréquent que doit avoir une convention pour échapper au contrôle; « l'tiyadiyya » (اعتيادية) serait un terme plus exact.

2. G. Mahmassani, Les conventions des administrateurs de sociétés anonymes avec leurs sociétés suivant l'article 158 nouveau du Code de commerce libanais, op. cit., p. 49,

3. TPI Beyrouth, 22 juillet 1965: RJL, 1965, p. 640.

4. Art. L. 225-39, al.1, C.com.fr. (SA); art L. 225-87, al.1, C.com.fr. (SACS); art. L. 227-11, C.com.fr. (SAS); art. L. 223-20 C.com.fr (SARL).

de ces opérations. Ce sont celles qui sont habituellement accomplies par la société, exerçant ses activités dans le cadre de son objet social, tel que défini par ses statuts¹. Une opération qui est « nécessaire », eu égard à la nature de l'activité sociale, a été considérée comme une opération courante². La détermination du caractère « courant » est une question de fait. Les variantes en la matière exigent que chaque cas soit analysé en fonction des circonstances propres qui l'entourent³. La Cour de cassation n'exerce donc pas de contrôle sur la qualification d'une convention qui est réservée aux juges du fond⁴.

Il est important de signaler que le caractère habituel d'une convention est essentiel pour qu'elle soit considérée comme une opération courante. Il ne suffit pas qu'elle soit au nombre des activités énoncées dans l'objet statutaire de la société pour qu'elle soit soustraite au contrôle spécial⁵. Elle doit « se reproduire à un rythme suffisant »⁶. En d'autres termes, à un rythme suffisamment fréquent pour qu'elle soit considérée comme habituelle; elle doit être couramment pratiquée; l'unicité d'une convention exclut, au Liban et en France, sa qualification d'opération courante⁷.

De même, une opération qui n'entre qu'indirectement dans le cadre de l'objet social n'est pas habituelle, donc pas courante, et, en conséquence, n'échappe pas au contrôle spécial. Il s'agit de différencier entre l'objet statutaire et l'activité sociale; étant entendu qu'une société, dont les objets énumérés aux statuts sont divers et variés, n'exerce pas toujours toutes les activités qui y sont mentionnées⁸. Cela dit, une convention courante doit être une opération entrant dans l'activité courante de la société et semblable à celles que la société a l'habitude de faire pour la réalisation de son objet »⁹.

-
1. CA Paris, 4 juin 2003, préc.; C. Malecki, Conventions réglementées, op. cit., p. 14 ; v. aussi Ph. Merle, Sociétés commerciales, op. cit., n° 400, p. 472 : « ...d'une manière habituelle dans le cadre de son activité » ; D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op. cit., n° 107, pp. 119 et 120.
 2. Cass. com., 8 octobre 1973, préc.
 3. Cass. com., 1 octobre 1996: Bull. Joly, février 1997, § 46, p. 138, note P. Le Cannu (opération courante: non); CA Paris, 10 mai 1972: Bull. Joly 1972, § 237, p. 502 ; v. aussi Ph. Merle et E. Chevalier Merle, L'application jurisprudentielle de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, op. cit., n° 254, p. 282 (opérations courantes conclues à des conditions normales: oui) ; v. aussi D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, Contrats entre les administrateurs et la société, op. cit., n° 142, p. 27.
 4. C'est à la cour d'appel de rechercher si le paiement des factures en application des conventions était contraire aux intérêts de la société et si l'intéressé les avait conclues avec mauvaise foi; Cass. crim., 20 juin 2007, même recherche susmentionnée: la remise en question de l'appréciation souveraine par les juges du fond des faits et circonstances de la cause n'a pas été admise ; Cass. crim., 10 septembre 2008, recherche sur internet, site www.Légifrance.gouv.fr, « conventions réglementées » et « gestion de fait » consulté le 22 décembre 2009.
 5. Cass. com., 21 avril 1977, préc., p. 542.
 6. Idem, p. 543.
 7. C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann; op. cit., commentaire de l'art 158, note 21 ; Cass. com., 11 mars 2003: Bull. Joly, juin 2003, § 145, p. 684, note D. Vidal.
 8. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, Contrats entre les administrateurs et la société, op. cit., n° 143, p. 27.
 9. Escarra et Rault, Traité théorique et pratique de droit commercial, op. cit., n° 1433, p. 110.

b) Critère externe

Ce critère permet d'apprécier la convention eu égard aux conditions pratiquées en dehors du cadre de la société.

Au Liban, il ne suffit pas pour que les conventions soient dispensées de l'approbation de l'assemblée générale, qu'elles soient seulement des conventions « ordinaires », mais il faut aussi qu'elles remplissent cumulativement une autre condition; à savoir qu'elles portent sur des « opérations entre la société et ses clients »¹. Le risque de lésion de l'intérêt social se trouve réduit dans les cas où une convention est conclue avec une personne visée dans les mêmes conditions qu'avec un tiers. Dans un cas pareil, « il n'y a aucune raison pour soumettre l'administrateur à la réglementation s'il se comporte comme tout autre client ordinaire »².

La restriction de l'exception aux conventions conclues par la société avec ses clients a suscité, à cause de la mauvaise rédaction du texte, des réactions contradictoires quant à sa véritable portée. Certains auteurs ont trouvé que ce texte, inspiré à l'origine du texte français correspondant et aboli par la loi du 24 juillet 1966, ne doit pas donner lieu à une interprétation restrictive et doit s'appliquer non seulement aux cas où l'administrateur est un client de la société, achetant ses biens et services, comme tout autre client, mais aussi quand il en est le fournisseur de biens ou services, et cela pour identité de motifs. D'autres pensent que cette disposition étant une exception, elle doit être interprétée strictement, et le législateur a voulu excepter le cas des fournitures parce que ces dernières sont tellement variées qu'il serait impossible de parler du caractère normal de l'opération de fourniture³.

En France, la loi du 24 juillet 1966 a définitivement tranché en faveur de l'élargissement de l'application du texte pour englober toutes sortes d'opérations⁴, le texte en droit libanais laisse la situation dans un état apparemment ambigu. Nous pensons que le texte, à défaut de sa modification, doit absolument connaître une interprétation assez large pour couvrir toutes sortes d'opérations, car la raison d'être de la réglementation, à savoir la protection de l'intérêt social, ne saurait être satisfaite si on devait exclure les cas où l'administrateur intéressé se comporte avec sa société en fournisseur de biens ou de services. L'exception de l'art. 158 C.com.lib., exonérant les conventions libres de la procédure de contrôle spécial par l'assemblée, peut profiter des précisions apportées par la législation plus complète du droit

1. Art. 158, al. 1, C.com.lib.

2. Gh. Mahmassani, *Les contrats des administrateurs de sociétés anonymes avec leurs sociétés* suivant l'article 158 du nouveau du Code de commerce libanais, op. cit., p. 49.

3. *Idem* p. 51.

4. « Une solution de bon sens » ; « souhaitée par la doctrine unanime » : I. Balensi, *Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants*; op. cit., n° 85, p. 57.

français. Pour suivre l'évolution de ce dernier, nous proposons d'apporter la modification suivante à l'alinéa 1 de cet article « ... à l'exception toutefois des conventions portant sur des opérations que la société passe habituellement avec les tiers, pourvu qu'elles soient conclues à des conditions normales »¹.

Les conventions courantes doivent aussi être conclues à des conditions normales pour qu'elles puissent être considérées comme des conventions libres. Sont considérées comme « normales » les conditions qui sont similaires à celles que la société pratique habituellement avec les tiers, compte tenu des conditions de conclusion de conventions semblables, non seulement dans la société concernée, mais « dans les autres sociétés du même secteur d'activité »², ou pour le même type d'opérations³. Des conditions pourtant légales ont été trouvées anormales parce qu'elles sont exceptionnelles dans la pratique du secteur⁴.

Le critère externe semble être un critère déterminant dans l'opération de qualification. Il y a une présomption de normalité quand la convention n'est pas désavantageuse pour la société⁵. Ce qui revient à dire que si la société a pris l'habitude de conclure des conventions avec des tiers sous certaines conditions, il n'y a pas de raison que l'intérêt social soit lésé seulement parce que l'une des personnes visées par la réglementation conclut la convention à des conditions semblables. La doctrine française va plus loin en considérant que les conditions sont normales « dès lors qu'elles sont identiques à celles consenties à des tiers traitant avec la société, dans les conditions d'un marché concurrentiel »⁶. Les conditions de la normalité d'une convention s'apprécient au moment de sa conclusion et non lors de son exécution⁷.

Si les conditions pratiquées dans une convention conclue avec une personne intéressée sont désavantageuses pour la société, la convention sera considérée comme conclue à des conditions anormales et devra alors être soumise au contrôle spécial, à défaut de quoi elle sera annulable. C'est le cas d'une convention déficitaire pour la société, qui a donc des conséquences qui lui sont préjudiciables, et dont la société ne retire même pas un intérêt indirect⁸, ou celui de la rémunération d'un dirigeant basé sur le chiffre d'affaires⁹ de la société

1. V. projet de refonte de l'art. 158 C.com.lib. à l'annexe n° 2.

2. Ph. Merle, Les conventions au sein des groupes, op. cit., p. 51; v. aussi Rép. min., 3 avril 1969, RTDC. 1969, p. 514, note R. Houin.

3. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, Contrats entre les administrateurs et la société, op.cit., n° 148, p. 28.

4. CA Aix – en Provence, 27 janvier 1995: Bull. Joly, avril 1995, § 103, p. 325, note E. Putman (concession de 30 ans, quoique non perpétuelle, donc légale, a été trouvée anormale).

5. On retrouve dans ce raisonnement l'esprit de « fairness », cher aux anglo-saxons.

6. Y. Guyon, Droit des affaires, op. cit., n° 425, p. 453 ; comp. avec « arm's length transactions ».

7. C. Malecki, Conventions réglementées, op. cit., n° 64, p. 14.

8. Cass. com., 9 avril 1996: Bull. Joly, août – septembre 1996, § 241, p. 677, note p. Le Cannu.

9. CA Versailles, 15 mai 1985: D. 1987, p. 404, note M. Boizard.

indépendamment des résultats. Les critères qui sont normalement pris en compte pour apprécier la normalité des conditions d'une convention sont le prix, les garanties, la durée, les pénalités et autres obligations des parties¹. La preuve qu'une convention n'est pas libre, donc n'est pas courante et / ou non conclue à des conditions normales, incombe à la partie qui l'attaque².

Aux Etats-Unis, c'est la notion d'équité, ou de *fairness*, qui l'emporte sur tous les autres critères. Que la convention qui est conclue entre une personne intéressée et sa société ait été de nature courante ou non, ne semble pas préoccuper le législateur américain. Une convention est considérée avoir été conclue dans des conditions normales si elle a été *fair*, entendre « équitable » pour la société; même si ces conditions sont anormales dans le sens strict du terme, ou au sens de la réglementation en droit libanais et en droit français. En d'autres termes, tant que la société n'a pas subi de préjudice du fait de la convention, cette dernière est considérée comme *fair*. Un auteur français semble partager cette position qui considère qu'il n'y a pas d'anormalité sans préjudice³.

L'opération de qualification n'est pas toujours aisée ; des difficultés⁴ peuvent surgir qui sèment des doutes quant à la véritable nature d'une convention. Dans le cas où on n'est pas certain que les deux critères (interne et externe) susmentionnés sont remplis, la doctrine française préconise d'appliquer en tout cas la procédure de contrôle; et ce pour éviter la possibilité de poursuites pénales en cas d'abus de biens sociaux si la procédure de contrôle n'était pas suivie⁵.

2. Conventions intra-groupe de sociétés.

« Les conditions pratiquées à l'intérieur d'un groupe de sociétés sont nécessairement différentes de celles pratiquées à l'égard de personnes n'en faisant pas partie »⁶. En raison des liens juridiques qui lient les sociétés membres d'un même groupe et de l'intérêt du groupe, apprécié au niveau de la structure de son entité économique⁷, on ne saurait apprécier la normalité des conditions auxquelles a été conclue une convention de la même manière que si

-
1. M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, Droit des sociétés, op. cit., n° 602, p. 329 ; v. aussi CNCC, Etudes juridiques, Les conventions entre les entités et les personnes « intéressées », op. cit., § 48, p. 65.
 2. CA Paris, 24 juin 1986: Bull. Joly, juillet – août 1986, § 225, p. 760.
 3. Y. Guyon, Droit des affaires, op. cit., n° 425, p. 434.
 4. C. Malecki, Conventions réglementées, op. cit., n° 37, pp. 10 et 11.
 5. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 400, p. 472, note 4.
 6. I. Balensi, Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, op. cit., n° 88, p. 60.
 7. Vision atomistique du groupe contre existence moléculaire de la société; T. com. Paris, 26 avril 1990: RJC, janvier 1991, p. 35, note C. Goyet.

cette même convention avait été conclue entre deux parties qui ne sont pas liées de la sorte, car ces conventions sont « rarement conclues à des conditions normales... »¹. Certains ont même prôné l'inutilité d'appliquer la procédure de contrôle aux conventions conclues entre une société mère et sa filiale à 100%, même si elles ont des dirigeants communs, au motif qu'il est exclu que de telles opérations puissent receler une quelconque opposition d'intérêts entre les deux sociétés². Cette approche a toutefois été critiquée parce qu'elle prive les actionnaires d'une information importante. Le rapport détaillé du commissaire aux comptes sur les conventions peut combler une telle lacune dans l'information des associés.

Une appréciation objective, *in abstracto*, a été écartée par la doctrine au bénéfice d'une appréciation subjective *in concreto*, qui prendrait en compte les relations qui existent déjà entre les parties contractantes et serait de la sorte plus appropriée pour apprécier les conventions intra-groupes de sociétés³.

Les opérations courantes sont celles, on le répète, qui sont effectuées par la société dans le cadre de son activité habituelle. Il ne semble pas que cette question de qualification des conventions hors groupe de sociétés ait préoccupé tellement la jurisprudence⁴.

Cela nous amène à explorer de près la situation des conventions conclues entre sociétés appartenant à un même groupe et la qualification des conventions libres dans un contexte tout à fait différent, puisque les conventions intra-groupe de sociétés sont très fréquentes et constituent des outils indispensables au fonctionnement du groupe. C'est surtout dans les groupes de sociétés que les scandales ont éclaté mettant en cause la contrariété des agissements des dirigeants sociaux à l'intérêt social. Pour ne citer que quelques-uns qui ont été médiatisés: l'affaire Cerus-Valeo / Geniteau⁵ et Lagardère⁶ qui s'est soldée par une incrimination pénale des délinquants pour abus de biens sociaux.

1. Y. Guyon, Droit des affaires, op. cit., n° 425, p. 435.

2. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, Contrats entre les administrateurs et la société, op. cit., n° 159, p. 31.

3. I. Balensi, les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, op. cit., n° 89, p. 61; v. pour les relations commerciales au sein des groupes de sociétés, M. Vanhaecke, Les groupes de sociétés, op. cit., n°s 315 et s., pp. 307 et s.

4. Ph. Merle, Les conventions au sein des groupes, op. cit., n° 89, pp. 50 et 51; La « lourdeur » de la procédure jugée le plus souvent inutile a fait suggérer par ce même auteur une interprétation large des notions d'opérations courantes et de conditions normales, pour les conventions conclues intra-groupe de sociétés; v. aussi Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 400, p. 463.

5. CA Paris, 6 février 1998, préc.

6. Cass. crim., 25 octobre 2006; Bull. Joly, février 2007, § 47, p. 243, note J.-F. Barbière; le délit d'abus de biens sociaux a été retenu même dans le cas d'un usage de biens sociaux à des fins non exclusivement personnelles.

Mais, si d'une part l'assouplissement des critères de qualification des opérations courantes (a) s'impose dans les groupes de sociétés, le législateur a semble-t-il instauré de l'autre un contrepoids à cet assouplissement par l'équilibrage des intérêts en jeu (b).

a) Assouplissement des critères de qualification

On retrouve ici les mêmes critères interne et externe utilisés pour l'appréciation du caractère courant et de la normalité des conditions d'une convention conclue hors groupe de sociétés. Ces critères ont cependant été assouplis à cause de leur fréquence au sein des groupes de sociétés. En effet, l'existence même du groupe semble laisser présumer que les conventions conclues entre une société mère et ses filiales, aux termes desquelles la première fournit aux secondes des services divers (d'audit interne, juridique, comptable, marketing, etc.) contre rémunération de la part de ces dernières, sont courantes¹.

Contrairement au cas où une convention est conclue entre deux sociétés qui n'appartiennent pas à un même groupe, l'appréciation de la normalité d'une convention qui intervient entre sociétés d'un même groupe ne porte pas sur la contrariété de l'intérêt de la société mère, découlant de la convention, à l'intérêt social de la filiale. C'est plutôt l'intérêt du groupe qui est pris en considération². Cet assouplissement crée une présomption de normalité pour les besoins de la qualification.

Dans les groupes de sociétés, certaines conventions sont « usuelles » et exonérées de l'autorisation préalable du conseil d'administration, alors qu'elles ne le seraient pas nécessairement si elles avaient été conclues entre deux sociétés n'appartenant pas au même groupe. A titre d'exemple, nous citons les conventions de gestion de trésorerie³. Ces conventions ont été considérées comme des opérations courantes. Elles sont diverses, de natures variées et, dépendant de l'activité d'un groupe, surtout dans les groupes spécialisés (activités bancaires et financières, industrielles, immobilières, communication, etc...) elles se retrouvent au quotidien de l'exercice de l'activité sociale, aussi bien de la holding d'un groupe que de ses filiales ; bien que la tendance actuelle soit de limiter l'activité de la holding à la prise des participations, au contrôle et à la gestion des filiales et de leur trésorerie.

Toutes les conventions conclues entre des sociétés membres d'un même groupe ne sont pas nécessairement exclues de la procédure de contrôle. C'est ainsi que les conventions

1. CA Versailles, 2 avril 2002: août-septembre 2002, § 207, p. 293, note H. Le Nabasque.

2. V. supra, la notion d'intérêt du groupe, pp. 33 et s.

3. CA Versailles, 2 avril 2002, préc. ; v. pour des exemples de ces conventions, Ph. Merle, Les conventions au sein des groupes, op. cit., p. 49 ; v. aussi CA Paris, 17 octobre 2003: Bull. Joly, février 2004, § 35, p. 224, note D. Schmidt. Le résumé qui précède le texte de cet arrêt utilise un faux titre, nous le pensons : « approbation préalable » du conseil d'administration, alors qu'il s'agit là d'une « autorisation préalable ».

d'assistance entre sociétés ayant des administrateurs communs ne sont pas généralement considérées comme « courantes » et devraient être soumises à l'autorisation préalable du conseil, alors que les conventions de domiciliation constituent des conventions courantes exonérées de la procédure¹.

Ces conventions intra-groupe scellent souvent l'union entre les sociétés membres. Certaines, comme la convention de trésorerie, sont même indispensables à la gestion et contrôle du groupe ; elles sont considérées comme des conventions libres au sens de la réglementation des conventions². D'autres ne sont point de moindre importance ; nous citons à titre d'exemple les conventions de « frais de siège » (*corporate office expenses*), de mise à disposition ou détachement de personnel (*secondment agreements*), les contrats de bail, d'allocation de frais opérationnels (autres que les frais de siège), d'assistance technique, etc...

La jurisprudence adopte une politique plus souple pour qualifier d'opérations courantes les conventions conclues entre les sociétés d'un même groupe. Comme l'objet social de la société holding prévoit naturellement la prise de participation dans d'autres sociétés, qui deviendront ses filiales, la convention ayant un tel objet est considérée comme une opération courante³. La jurisprudence prend en considération à cette fin l'objet de la société du groupe qui consent les avances en vertu d'une convention de trésorerie par exemple, et le caractère habituel ou exceptionnel de cette pratique au sein du groupe concerné⁴.

L'appréciation du caractère normal dans les conventions au sein d'un groupe de sociétés n'est pas effectuée dans l'absolu. La normalité est appréciée à la lumière des rapports de droit qu'une convention fait naître dans l'une et l'autre des sociétés du groupe et leurs conséquences sur chacune⁵. En somme, les conventions au sein d'un groupe de sociétés sont considérées comme des conventions courantes et conclues à des conditions normales quand il y a un équilibre dans les contreparties (par exemple, services contre rémunération) mises à la charge des parties contractantes dans des conditions qui réservent « un traitement égalitaire de toutes les sociétés du groupe »⁶, ou quand, par exemple, des charges supportées par l'une ont été facturées à leur coût de revient⁷. En dépit des tolérances de qualification des conventions intra-groupes, la Cour de cassation semble être intransigeante dans l'appréciation des conséquences financières d'une convention sur la société du groupe qui lui semble être la

1. CNCC, Etudes juridiques, les conventions entre les entités et les personnes « intéressées », op. cit., § 46, p. 63.

2. Idem, § 84, p. 86.

3. CA Paris, 10 octobre 1997: Bull. Joly, avril 1998, § 116, p. 338, note J.-J. Daigre.

4. CA Versailles, 2 avril 2002, préc., p. 928.

5. Idem, p. 927, Inexistence de désordre comptable : mêmes réalités financières et comptables, rémunérations normales des avances consenties.

6. D. Schmidt, les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op. cit., n° 110, pp. 120 et 121.

7. CA Paris, 17 octobre 2003, préc.

plus faible. C'est ainsi qu'une convention conclue entre deux sociétés du groupe, en l'occurrence une cession d'actions, d'une manière hâtive, sans avoir donné le temps à la société cédante de céder les actions en question « au gré de ses intérêts », bien qu'elle soit une convention courante, n'avait pas été pour autant considérée comme conclue dans des conditions normales¹.

Aux Etats-Unis, ce critère est adopté pour qualifier une convention de courante. Il suffit qu'il en soit ainsi dans le groupe concerné et non dans les sociétés d'autres groupes en général. Le critère de *fairness* doit être apprécié en comparant la convention à des transactions similaires conclues au même moment. Elle doit être analysée dans un contexte particulier².

b) Equilibrage des intérêts en jeu

L'assouplissement des critères de qualification est fait en faveur de la société mère du groupe qui, de par son rôle au sein du groupe, occupe une situation privilégiée dans les conventions qu'elle conclut avec ses filiales. La peur de l'abus que cette situation peut engendrer a amené le législateur et la jurisprudence à apporter des éléments qui permettent d'équilibrer les intérêts en jeu, à savoir l'intérêt du groupe et celui des sociétés co-contractantes d'une part, et d'une autre part, la doctrine a proposé d'accroître l'information des acteurs principaux au sein du groupe. Cet équilibrage s'opère donc à travers le renforcement de l'information des associés (1)³ et l'allègement de l'impact des conventions sur les filiales (2)⁴.

(1) Renforcement de l'information des associés

La doctrine considère que la création d'une présomption de normalité artificielle pour les conventions conclues intra-groupe favorise « l'opacité naturelle de la gestion des groupes »⁵. Elle préconise une information plus complète des actionnaires en matière de conventions réglementées et, en particulier, que les comptes consolidés du groupe décrivent, « au moins d'une façon globale, les flux financiers entre chacune des sociétés du groupe; cela permettrait

1. Cass. com., 11 juillet 2000 : Bull. Joly, janvier 2001, § 10, p. 34, note P. Le Cannu.

2. Case v. New York Central R.R.: 15 N.Y. 2d 150, 1965.

3. Ce premier moyen d'équilibrage sera traité en détails à la deuxième partie de cette thèse, « Communication de l'information sur l'intérêt personnel », v. infra, pp. 236 et s.; ce n'est que l'apport de la doctrine qui sera évoqué ici.

4. V. supra, Présomption de l'existence d'une justification au conflit, pp. 63 et s.

5. D. Schmidt, les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op. cit., n° 111, p. 121.

aux actionnaires de savoir comment, pourquoi et dans quelle proportion l'argent de leur société circule au sein du groupe »¹.

Cette proposition tend en quelque sorte à réduire la distance voulue par le législateur entre les conventions réglementées et les conventions libres. Il est vrai qu'il y va de l'intérêt social des sociétés contractantes du groupe, qui sont considérées les plus faibles dans les rapports de droit que créent la convention passée avec la société-mère. Mais de telles propositions tendent à éliminer petit à petit l'exonération du contrôle spécial de la réglementation des conventions libres et de la présomption de normalité dont elles jouissent. Les associés eux-mêmes peuvent, une fois que les chiffres des conventions libres sont publiés, poser une infinité de questions y relatives et en faire le jugement dans les réunions des assemblées générales par des discussions autour des conventions libres qui sont inutiles et qui entravent le déroulement régulier des séances.

(2) Allègement de l'impact des conventions sur les filiales

Le principe est simple: l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés du groupe qui sont concernées par une convention conclue intra-groupe ne doit pas être rompu par sa conclusion ou par son exécution. La société du groupe qui en supporte la charge ne doit pas le faire aux dépens de ses propres possibilités financières. Ce principe allège l'impact sur les filiales des conventions imposées par la société-mère.

L'examen des législations concernées dans le sens de la définition des actes juridiques à soumettre à la procédure de contrôle spécial témoigne d'un souci constant de limiter le champ de confrontation des intérêts personnels des personnes visées avec l'intérêt social en élargissant le champ d'application de la réglementation à un nombre de plus en plus accru de conventions. Il est vrai que des tolérances sont admises dans le cas des groupes de sociétés mais ces tolérances sont pondérées et ne négligent pas tellement les intérêts des filiales. La tâche du législateur dans ce domaine, qui doit rallier les intérêts en jeu, n'est pas facile. D'une part, admettre trop de libéralisme provoquerait un chaos social difficile à maîtriser ; l'intérêt social en sera la première victime. D'autre part, serrer la vis à tel point que le contrôle de toutes les conventions soit exigé aura certainement des conséquences négatives sur le développement des affaires et découragera les dirigeants entrepreneurs.

* * *

1. Idem.

Nous avons eu l'occasion dans ce Chapitre 1, du Titre 2, d'étudier les actes juridiques visés par la réglementation. Ils sont divers et variés, tant au niveau de leurs parties, le mode de leur conclusion, leur forme, qu'à celui de leurs objets et effets. La classification de ces actes et le mécanisme de leur qualification permet de découvrir ceux qui ne sont pas soumis au contrôle spécial, quand ils sont courants et conclus à des conditions normales. L'évolution la plus saillante du droit français récemment est celle de l'art. 225-42-1, C.com.fr. qui soumet au contrôle les engagements des sociétés cotées en bourse, pris au bénéfice de leurs présidents, directeurs généraux ou directeurs généraux délégués. Les droits français et américains sont soucieux de soumettre le plus grand nombre de conventions à la réglementation. Le droit américain se distingue des deux autres en ce sens que toutes les conventions avec les *related parties*, avec de très faibles exceptions, sont contrôlées.

Il s'agit maintenant de voir dans le chapitre suivant (Chapitre 2) qui sont les auteurs des actes visés par la réglementation, ou les personnes intéressées dont les abus menacent l'intérêt social.

* * *

CHAPITRE 2

LES PERSONNES INTÉRESSÉES A L'ACTE JURIDIQUE RÉGLEMENTÉ

Les personnes susceptibles de léser par leur conduite l'intérêt social, telles qu'identifiées par nos trois systèmes juridiques avec, comme nous le verrons plus tard, plus ou moins de rigueur, n'adoptent pas une approche unique dans leur poursuite de leurs intérêts personnels. Leur objectif principal est de profiter de l'exécution de la convention. Cela ne pourra avoir lieu parfois qu'aux dépens de la société. Certaines personnes agissent directement à l'encontre de l'intérêt social, leur position à l'intérieur de la société leur permettant de conclure des conventions directement avec elle, au cours de l'existence de la société et même avant sa naissance légale (Section 1). D'autres se cachent derrière leurs agents ou leurs structures juridiques, pour conclure des conventions avec la société agissant ainsi indirectement. (Section 2).

Section 1. Personnes intéressées agissant directement

La question de savoir si une personne intéressée a agi directement dans une convention réglementée ne pose pas de problème pratique dans aucun des trois systèmes juridiques étudiés¹. Il suffit qu'elle soit personnellement partie à un contrat « dans lequel elle figure de manière ostensible »².

Il est bien entendu assez facile pour celui qui désire profiter, ou même abuser, de son statut au sein de sa société de contracter pour son compte personnel directement avec elle ; cela est d'autant plus vrai quand l'intéressé dispose du pouvoir de représenter la société et signer en son nom. L'intérêt social n'est pas violé par le seul fait que figure, par exemple, au conseil d'administration des clients ou des fournisseurs de la société. On voit de plus en plus siéger au conseil d'administration des personnes qui ont, avant leur accession au conseil, des relations avec la société. Cela est jugé conforme à l'intérêt social, à moins que des abus ne soient commis.

-
1. Art. 158, al.1, C.com.lib : « Toute convention...directe ou indirecte ou par personne interposée » ; art. L. 223-19 C.com.fr. (SARL) « ...conventions intervenues directement ou par personnes interposées... » ; art. L. 225-38 (SA) et L. 225-86 (SACS) C.com.fr. « Toute convention intervenant directement ou par personne interposée... » ; 8 § 144 (a) DCLA, p. 42 : « No contract or transaction between a corporation and one or more of its directors or officers... » (Aucun contrat ou transaction entre une société et un ou plusieurs de ses administrateurs ou fonctionnaire... (intervention directe).
 2. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, Contrats entre les administrateurs et la société, op. cit., n° 11, p. 5.

Le droit libanais réserve sa réglementation en la matière aux dirigeants, et plus spécifiquement aux seuls administrateurs de sociétés anonymes¹. Heureusement que nos deux autres systèmes juridiques, bien plus conscients des risques pour l'intérêt social que peut présenter l'intervention dans la vie sociale de tous les dirigeants (non seulement les administrateurs de SA) et aussi des associés, ont élargi le champ d'application de la réglementation². L'intéressé qui agit directement peut être soit l'un des fondateurs de la société ou toute autre personne qui agit pour son compte avant l'acquisition de sa personnalité morale (§1), soit un dirigeant (§2) soit un associé (§3).

§ 1. L'intéressé est un *promoter* (un fondateur) de la société ou toute autre personne qui agit par son compte avant l'acquisition de sa personnalité morale

La société, entité juridique, dont l'intérêt semble préoccuper de plus en plus le législateur, connaît avant sa naissance juridique une vie plus ou moins longue, qui est en France la période précédant son immatriculation au registre de commerce³. Au Liban, c'est la période qui précède la signature des statuts sociaux, étant le moment où la société est considérée comme ayant acquis sa personnalité morale, si les associés n'ont convenu d'une autre date⁴, ou bien dans une société anonyme libanaise, plus particulièrement, la date d'acceptation par les premiers administrateurs et les premiers commissaires de surveillance de leur mandat⁵.

Les fondateurs et autres personnes concluent des actes au nom et pour le compte de la société en voie de constitution. Ces actes sont normalement repris par la société après son immatriculation. En principe, ces actes sont limités à ceux qui sont indispensables à la constitution de la société. Le risque de voir un fondateur conclure, dans son intérêt personnel mais pour le compte de la société en formation, un acte juridique n'est pas absent. Un exemple courant est celui du contrat de bail ou d'achat du siège social de la société en voie de constitution. Le fondateur qui dispose d'un local peut trouver dans un tel contrat l'occasion de réaliser une opération pécuniairement intéressante pour lui. Il est vrai que la société peut toujours refuser de reprendre un tel engagement pris par un fondateur intéressé, mais un tel refus intervient forcément après coup, sans que le conseil d'administration ou l'assemblée générale de la jeune société n'ait eu la possibilité de se prononcer.

1. Art 158, al. 1, C.com.lib.

2. Art. L.223 – 19 C.com.fr. (SARL); art. L. 225 – 38, al.1, C.com.fr. (SA); art. L. 225 – 86, al.1, C.com.fr. (SACS); art. L. 227-10, al. 1, C.com.fr. (SAS) ; 8 § 144 (a) DCLA, p. 42; §§ 8.30 et 8.31 RMBCA, pp. 42 et 43; § 1.23 ALI PCG., vol. 1, partie I, p. 25.

3. Art. L. 210-6, al. 1, C.com.fr.

4. Art. 855 COCL.

5. Art. 93, al. 1, C.com.lib.

Les personnes qui peuvent agir pour le compte de la société avant l'acquisition de sa personnalité morale¹ ne sont pas visées dans la réglementation des conventions, au Liban et en France. Cependant, comme les dirigeants et les associés, ils peuvent commettre des abus. Est-ce un oubli malencontreux? Nous ne le pensons pas. Nous pensons plutôt que le législateur a voulu séparer les actes conclus avant l'immatriculation de la société de ceux qui le seront après, comptant pour la protection de la société contre les abus de ceux qui agissent pour son compte avec sa naissance juridique sur les principes généraux de la responsabilité de ces derniers, une responsabilité solidaire, au Liban comme en France, des engagements pris pour le compte de la société qui ne sont pas repris par cette dernière².

Naturellement, la procédure de contrôle des conventions réglementées n'est pas appropriée pour contrôler les actes juridiques conclus par des personnes non nommément visées, à une période où la société n'existe pas encore. En effet, les organes sociaux de contrôle des conventions, à savoir le conseil d'administration et l'assemblée générale, sans oublier bien entendu le commissaire de surveillance ou le commissaire aux comptes, ne sont pas encore désignés. L'appréciation d'une convention conclue dans la phase pré-constitutive d'une société, donc avant qu'elle n'acquière sa personnalité morale, bute contre un problème majeur, à savoir l'utilité du contrôle et de la prévention des conflits en l'absence de cette personnalité et de l'intérêt social qui lui est afférent. Mais l'impossibilité technique de contrôler les conventions de la sorte ne devrait pas laisser les personnes ayant agi à l'encontre de l'intérêt d'une société qui existe en puissance, à l'état embryonnaire, nuire à cette dernière une fois sa personnalité juridique est acquise.

A notre avis, il s'agit de limiter les actes que les personnes visées à l'art. L. 210-6, al.2, C.com.fr. peuvent accomplir, en interdisant expressément toute convention à laquelle elles sont intéressées. Dans l'hypothèse où cette interdiction n'est pas observée, il convient de faire autoriser les conventions conclues malgré cette interdiction par l'assemblée constitutive d'une manière spéciale et expresse, sans possibilité d'une reprise automatique des engagements pris en vertu de ces conventions, sur la base d'un rapport spécial que les fondateurs seraient appelés à préparer et soumettre à l'assemblée. Le décret n° 82-460 du 2 juin 1982³ prévoit à l'art. R. 210-7, al.2, C.com.fr. un rapport pour tous les actes conclus pour

1. Ces personnes qui sont susceptibles d'agir au nom de la société en formation ne sont pas toujours les fondateurs, les premiers associés ou les premiers dirigeants. C'est l'acte accompli plutôt que la qualité de celui qui agit qui est visé à l'art. L. 210-6, al. 1, C.com.fr. L'acte doit-être un acte positif d'engagement, accompli au nom de la société en formation : v. P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 366, p. 212.

2. Art. 79, al. 3, C.com.lib.; art. L. 210-6, al. 2, C.com.fr.

3. Portant sur l'harmonisation des dispositions réglementaires du droit français des sociétés anonymes avec la deuxième directive des communautés européennes en matière de droit des sociétés.

le compte de la société en formation. Ce rapport nous semble être adéquat pour recueillir la liste des conventions qui auraient été conclues, avec tous les détails chiffrés et décrits de l'intérêt personnel et de l'engagement qui en résulte pour la société. Sinon, un rapport spécial séparé sur ces conventions peut être exigé.

Les Américains adoptent une approche plus directe. Ils reconnaissent que les *promoters* (fondateurs) ont une obligation ou un devoir fiduciaire (*fiduciary duty*) envers la société à la fondation de laquelle ils participent. Ils ne peuvent l'engager avant sa constitution définitive en contractant dans leur intérêt personnel à ses dépens¹, car cela risque de la léser une fois qu'elle acquiert sa personnalité morale, et léser aussi ses associés et créanciers² au cas où l'engagement n'est pas adopté ou ratifié par la suite. Cette obligation fiduciaire est essentiellement une obligation de *good faith* (bonne foi), de *fair dealing* (traitement équitable) avec ce qu'elle comporte comme devoir de révélation. Les fondateurs sont tenus de dévoiler l'intérêt personnel qu'ils ont dans une convention à un conseil d'administration indépendant, donc aux membres du conseil qui n'ont pas été des *promoters* intéressés avant la constitution définitive de la société. Comme dans nos deux autres systèmes juridiques, les actes conclus par des *promoters* (fondateurs) d'une société américaine pour le compte de la société en voie de constitution ne l'engagent que s'ils sont ratifiés ou adoptés, donc repris par la société, après sa constitution. Cette ratification ou adoption est le plus souvent expresse, en vertu d'une résolution prise par le conseil d'administration³.

La seule différence entre les deux est que dans le cas de ratification, la convention produit ses effets rétroactivement, alors que l'adoption ne fait produire des effets qu'à partir de la date de la décision d'adoption par l'organe social compétent, qui est le plus souvent le conseil d'administration. L'adoption peut également avoir lieu d'une manière *informal* (informelle), sans une décision de l'organe compétent, par la simple exécution par la société des obligations stipulées dans la convention⁴. Cette décision fait opérer une novation de droits et obligations qui sont repris et assumés par la société une fois que la décision d'adoption est prise.

La responsabilité des fondateurs pour actes conclus dans la phase constitutive de la société, dans leur intérêt personnel, a été évoquée aux Etats-Unis, dans un arrêt de base, il y a

1. S. Emanuel, *Corporations*, op. cit., p. 27; v. aussi H. Henn et J. Alexander, *Laws of Corporations and Other Business Enterprises*, op. cit., n° 104, p. 239.

2. L. Solomon et A. Palmiter, *Corporations*, op. cit., § 29.3, p. 494.

3. H. Choper et M. Eisenberg, *Corporations*, op. cit., § 113, p. 22.

4. L. Soderquist, L. Smiddy et L. Cunningham, *Corporations and Other Business Organizations: Cases, Materials, Problems*, op. cit., p. 223.

plus d'un siècle¹. Cet arrêt porte sur un litige résultant de la cession de droits d'exploitation minière par des fondateurs à la société, à un prix bien plus élevé que celui qu'ils avaient eux-mêmes payé pour l'acquérir. Le *promoter* s'est trouvé dans une situation de relation fiduciaire avec la société dans laquelle il est intéressé, il doit donc assumer le *duty of good faith* (obligation de bonne foi) similaire à celle que doivent assumer des mandataires sociaux. Dans ce cas, comme une révélation complète par le fondateur a été faite et la société a approuvé la transaction en pleine connaissance de cause, et comme aucun préjudice n'a été causé à la société, la Cour a maintenu la convention. Les nouveaux associés ont contesté la convention arguant qu'ils n'en étaient pas au courant et que les *promoters* avaient la même obligation fiduciaire à leur égard, même s'ils ont acquis la qualité d'associé après la date de conclusion de la convention². Cette dernière décision fait peser sur le fondateur une obligation de ne pas contracter dans un *self dealing* (dans un intérêt personnel comme s'il contractait avec lui-même) s'il s'attend à ce que de nouveaux investisseurs ou créanciers n'investissent pas s'ils avaient été au courant du *self dealing*. La jurisprudence américaine a perfectionné son concept de protection de l'intérêt social contre les abus d'un fondateur en exigeant non seulement que les éléments de la convention soient révélés, mais que la convention soit juste et équitable pour la société, même si le fondateur intéressé est devenu l'actionnaire unique de la société. Réaliser un bénéfice substantiel aux dépens de la société a été considéré comme une violation de l'obligation fiduciaire et même une fraude³.

Toutefois, les fondateurs d'une société américaine ne sont pas responsables envers la société à chaque fois qu'ils concluent une convention dans leur intérêt personnel. Ils peuvent très bien garder les bénéfices réalisés à travers une telle convention, si leur intervention a été *useful* (utile) pour la société et s'ils ont pris un risque financier pour lequel ils attendaient d'être rémunérés⁴.

1. Old Dominion Copper Mining & Smelting Co., v. Lewisohn, 18 mai 1908: 1908 U.S. LEXIS 1504; 210 U.S. 206.

2. Old Dominion Copper, Mining & Smelting Co., v. Bigelow, 14 septembre 1909: 1909 Mass. LEXIS 919; 89 N.E. 193.

3. Frick v. Howard, 3 mars 1954: 1964 Wisc. LEXIS 383; 126 N.Y. 2d 619.

4. R. Stevens, Handbook on the Law of Private Corporations, op. cit., p. 198.

§ 2. L'intéressé est un dirigeant de la société

L'accroissement des responsabilités à l'intérieur des sociétés commerciales a conduit à diversifier leurs classes dirigeantes. L'intérêt social peut aussi bien être bafoué par un administrateur que par d'autres dirigeants, qui sont plus en rapport avec l'activité sociale quotidienne. Le terme « dirigeant » a été considéré comme vague, car il ne permet pas de savoir si seuls les titulaires d'un mandat social sont visés¹.

La réglementation voit désormais les dirigeants « au sens large »². Ce sont non seulement les dirigeants de droit (A), mais aussi les dirigeants de fait (B) qui peuvent mettre en péril les intérêts de la société en contractant avec elle d'une manière et à des conditions qui lui sont désavantageuses.

A. Dirigeants de droit

Normalement, les dirigeants de droit sont investis de pouvoirs, larges ou restreints, pour assumer les tâches de leurs fonctions sociales. Ils sont habilités à agir au nom et pour le compte de leur société, soit en vertu des pouvoirs inhérents à leur fonction, comme dans le cas du président du conseil d'administration, soit en vertu des pouvoirs, statutaires ou autres, conférés par l'organe social compétent. Ces dirigeants sont, dans la plupart des cas « attitrés ». Ils acquièrent leur qualité de dirigeant (1.) de par leur nomination en vertu des dispositions statutaires et les conventions qu'ils concluent avec la société ne sont en principe soumises au contrôle que si ladite qualité existait au moment de la conclusion de ces conventions (2.).

1. Qualité de dirigeant

Les dirigeants et les pouvoirs dont ils jouissent dépendent de la forme juridique de leur société. Nous examinerons le cas des sociétés anonymes: SA, SACS et SAS, (a) et celui des sociétés à responsabilité limitée (b).

a) Sociétés anonymes

Le conseil d'administration (SA), le directoire (SACS) et le président de la société (SAS) représentent la direction suprême des sociétés anonymes. C'est au niveau des membres de ces organes sociaux dirigeants que le risque de conflit avec l'intérêt social est le plus probable (1).

1. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 399, p. 470, note 4; c'est à la jurisprudence qu'il revient de décider s'il englobe d'autres personnes.

2. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, Contrats entre les administrateurs et la société, op. cit., n° 11, p. 5.

Cela dit, le président-directeur général (2) et autres dirigeants et représentants légaux (3) sont également dans des situations privilégiées pour accomplir des actes qui peuvent-être nuisibles à la société.

(1) Membres du conseil d'administration, de surveillance et du directoire

Les administrateurs de sociétés anonymes constituent, du moins en ce qui concerne les personnes visées par la réglementation, le dénominateur commun entre les trois systèmes juridiques étudiés, puisque ce sont des personnes qui y sont nommément visées. La réglementation s'applique indifféremment au membre du conseil d'administration, qu'il soit administrateur simple ou délégué¹, personne physique ou personne morale²; les représentants de personnes morales administrateurs étant soumis en France au même régime de responsabilité que s'ils avaient été administrateurs à titre personnel³. Le texte au Liban est silencieux sur ce point, du moins en ce qui concerne la responsabilité civile de ces représentants.

Le droit libanais n'impose de procédure de contrôle que pour les conventions conclues par les administrateurs de société anonyme, à l'exclusion (tacite) de tout autre dirigeant social⁴.

Les représentants permanents des personnes morales – administrateurs d'une société anonyme sont traités aussi bien au Liban qu'en France comme les administrateurs personnes physiques pour les besoins du contrôle des conventions. Cela découle de la disposition légale qui soumet le représentant permanent d'une personne morale – administrateur d'une société au même régime de responsabilité que les administrateurs en nom propre⁵. De même, pour les administrateurs délégués par le président d'une société anonyme française ou par son conseil pour diriger la société, temporairement, en cas d'empêchement pour le président d'exercer ses fonctions. Pendant la durée de la délégation, l'administrateur délégué « a tous le pouvoirs du

1. Délégation temporaire d'un administrateur dans les fonctions de président; à distinguer entre cette délégation de pouvoirs et la désignation d'un administrateur au poste de président: la première étant exceptionnelle alors que la seconde est plus permanente; v. Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, op. cit., n° 425, p. 518.

2. Réserve faite pour les conventions interdites tolérées dans le cas d'une personne morale.

3. Art. L. 225-20, al. 1, C.com.fr., une responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils représentent.

4. Art. 158, al. 1, C.com.lib.; v. aussi C. Fabia et P. Safa, *C.com.lib.ann.*, op. cit., commentaire de l'art. 158, note 13; interprétation stricte; texte inapplicable même aux actionnaires importants; v. aussi. Gh. Mahmassani, *Les contrats des administrateurs de sociétés anonymes avec leurs sociétés suivant l'art. 158 nouveau du Code de commerce libanais*, op. cit., p. 42. Comme nous l'avons déjà signalé, l'ancienne rédaction de l'art. 158, C.com.lib., suggérait que les personnes visées sont les « représentants de la société » et non pas seulement les administrateurs, mais nous pensons que c'était une mauvaise rédaction de cette article, qui ne devrait pas nous permettre de déduire que le législateur a voulu élargir le champ des personnes visées.

5. Art. L. 225-20, al. 1, C.com.fr.; l'art. 148, al. 2, C.com.lib. semble traiter ce sujet uniquement sous l'angle de la responsabilité pénale des administrateurs.

président »¹. L'administrateur délégué est soumis à la réglementation des conventions au même titre que les autres administrateurs. Sont également soumis à la réglementation les membres du directoire d'une société anonyme à structure dualiste, avec une procédure de contrôle semblable à celle prévue pour les administrateurs des sociétés anonymes de type classique. Cela s'applique également aux membres du conseil de surveillance des SACS².

Les *directors* (administrateurs)³ d'une société américaine doivent être empêchés de profiter déloyalement de leur société, tout en leur permettant de contracter avec elle⁴. En droit américain, les *directors* sont spécifiquement mentionnés dans la réglementation des conventions⁵. Ce droit n'a pas gardé la rigidité de la règle anglaise, jugée « inflexible », qui interdit à un administrateur de contracter avec sa société à peine d'une nullité absolue⁶ car cela risque de « paralyser la vie économique »⁷. Les contrats conclus par les *directors* avec leur société américaine ne sont plus nuls de ce simple fait⁸.

(2) Président-directeur général

La réglementation au Liban qui ne spécifie comme personne visée que les administrateurs, vise le président indirectement rien que parce qu'il en est nécessairement un. Les statuts de sociétés anonymes (et autres) libanaises pourraient combler cette lacune en soumettant à la réglementation tous les dirigeants sociaux.

Pour ne plus centraliser les pouvoirs entre les mains d'une seule personne qui joue le rôle de président et directeur général, comme c'était le cas avant sa promulgation, la loi française sur les nouvelles régulations économiques (NRE), s'inspirant des principes anglo-saxons de la *corporate governance*, a permis la dissociation, au gré du conseil, des fonctions de président

-
1. La position doctrinale sur cette question semble être constante; v. G. Ripert, P. Durand et R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, 4^e éd., LGDJ, Tome 1, n° 1164, p. 559; v. aussi Y. Guyon, *Traité des contrats, Les sociétés*, 3^e éd., LGDJ 1997, Delta (1998), n° 141, p. 206.
 2. Art. L. 225-86, al. 1, C.com.fr; Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, op. cit., n° 425, p. 518.
 3. Le « director » est le membre du « Board of directors » (Conseil d'administration); certains auteurs traduisent erronément « director » par « directeur ».
 4. N.P. Beveridge, *Interested Directors Contracts at Common Law*, op. cit., p. 101.
 5. 8 §144 (a) DCLA, p. 42, sous le titre de « Interested Directors... » (administrateurs intéressés); § 8.60 RMBCA p. 49, sous la définition « Director's Conflicting Interest Transactions » (transactions d'un administrateur portant un conflit d'intérêts); § 5.02 (a) ALI PCG, vol. 1, partie V, p. 209, sous le titre « Transactions with the Corporation » (transactions avec la société), et sous le Chapitre 2 intitulé « Duty of Fair Dealing of Directors and Senior Executives » (devoir de traitement équitable des administrateurs et dirigeants exécutifs principaux).
 6. H. Lepargneur, *Les sociétés commerciales aux Etats-Unis d'Amérique*, Dalloz 1951, p. 267; « transactions were completely prohibited »; S. Emanuel, *Corporations*, op. cit., p. 196.
 7. A. Tunc, *le droit américain des sociétés anonymes*, op. cit., n° 81, p. 146.
 8. V. supra, *Evolution législative du droit américain*, pp. 22 et s.

du conseil d'administration et de directeur général d'une société anonyme¹ et une certaine indépendance de ce dernier vis-à-vis du président², car le directeur général est désormais désigné par le conseil directement, et sans qu'il y ait besoin que le président propose le candidat. A part le fait que le président du conseil d'administration dispose, de par ses fonctions et pouvoirs, d'une marge de manœuvre plus large qu'un simple administrateur, surtout dans la conduite quotidienne des affaires sociales, lui offrant des occasions plus fréquentes pour profiter (voire abuser) de son mandat social à des fins purement personnelles, les conventions conclues par le président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, au même titre que celles conclues par les autres personnes visées par la réglementation, sont soumises à la même procédure de contrôle³.

Dans les SAS, c'est le président de la société qui est visé⁴. Ce président dispose de pouvoirs étendus pour représenter la société et agir en son nom⁵. D'autres dirigeants sont visés, tels les directeurs généraux et directeurs délégués quand leur désignation est prévue dans les statuts.

Mais, afin d'élargir le champ des personnes visées, la CNCC considère, dans le silence de la loi, que les dirigeants de SAS qui sont visés « sont ceux qui exercent effectivement un pouvoir de direction ou administration » et comme pour encadrer ces personnes, elle ajoute qu'il faut déterminer ces personnes «intéressées» par analogie avec la situation dans les sociétés anonymes de type classique ou avec directoire et conseil de surveillance⁶.

(3) Autres dirigeants et représentants légaux

Selon les statuts de chaque société, les dirigeants peuvent recevoir des titres divers et variés qui ne veulent pas nécessairement dire que leur titulaire ont exactement les mêmes pouvoirs pour engager la société. Nous avons vu des directeurs techniques ou commerciaux bénéficiant de pouvoirs de signature pour le compte de la société, qui sont plus larges que ceux d'un directeur général adjoint. Nous passerons maintenant en revue les personnes visées suivantes : Le directeur général et le directeur général délégué (i), les *officers* (ii) et enfin les autres représentants légaux (iii).

1. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, n° 417, p. 502.

2. Idem, n° 430, p. 514.

3. Art. L. 225-38 C.com.fr. (SA); art. L. 225-86 C.com.fr. (SACS).

4. Art. L. 227-10, al.1, C.com.fr.

5. Art. L. 227-6, al.1, C.com.fr.

6. CNCC, Etudes juridiques, Les conventions entre les entités et les personnes «intéressées», op. cit., § 31, p. 43.

(i) Directeur général et directeur général délégué

En France, le directeur général, comme personne intéressée à une convention conclue avec sa société, a été inclus en 1996 dans la réglementation qui soumet une telle convention au contrôle spécial¹. Le directeur général peut être un salarié de la société et si son contrat de travail avec elle est postérieur à son acquisition de la qualité de directeur général, la procédure de contrôle spécial de ce contrat s'applique². La dissociation des fonctions de président et de directeur général reste facultative: chaque société reste libre de nommer ou non un directeur général autre que le président. Avec l'accroissement des prérogatives du directeur général, le risque de le voir agir dans un intérêt personnel, plutôt que dans l'intérêt social, s'accroît également; ce qui justifie la place que lui réserve la réglementation.

Le droit français a récemment adopté, pour titre d'un des dirigeants de société anonyme, celui de « directeur général délégué »³, pour désigner, comme en droit libanais, l'adjoint du directeur général⁴ (ou du président-directeur général, dans les cas où le président cumule ces deux fonctions). N'étant pas nécessairement un administrateur de la société, le directeur général délégué figure nommément au nombre des personnes visées par la réglementation des conventions⁵. C'est un mandataire social comme le directeur général, un représentant légal de la société. Seulement, il ne dispose pas de pouvoirs inhérents à son poste ; ses pouvoirs ne sont que délégués par le conseil d'administration en accord avec le directeur général⁶. Mais le directeur général délégué dispose à l'égard des tiers des mêmes pouvoirs que le directeur général⁷; et la loi le traite à égalité avec le directeur général en matière de conventions réglementées, puisqu'elle exige qu'il soit soumis à la procédure de contrôle spécial⁸. De même dans les SAS, les statuts peuvent prévoir des conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes, autres que le président, portant le titre de directeur général ou directeur général délégué⁹, peuvent exercer des pouvoirs.

1. Art. 101 de la loi du 24 juillet 1966 ; art. L. 225-38, al. 1, C.com.fr.

2. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 432, p. 525.

3. Art. 131, III, Loi NRE du 15 mai 2001 ; art. L. 225-53 C.com.fr.

4. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 432-1, p. 526.

5. Art. 225-38, al. 1, C.com.fr.; en France, on l'appelait avant directeur général adjoint »; v. J. Moliérac, Manuel des sociétés, Tome II, Dalloz, 1959, n° 1161, p. 230 ; v. aussi A. Moreau, La société anonyme, op. cit., n° 1392, p. 1724, et Tome I, n° 125, p. 190.

6. Art. L. 225-56, II, al. 1, C.com.fr.

7. Idem, al. 2.

8. P. Le Cannu et B. Bondero, Droit des sociétés, op. cit., n° 803, p. 544.

9. Art. L. 227-6, al.3, C.com.fr.

(ii) *Officers*

Bien que la loi du Delaware ne spécifie pas les titres que peuvent avoir les *officers* d'une société anonyme (*corporation*), laissant cela aux statuts¹, il est communément admis qu'une *corporation* a un *chairman* (président du conseil d'administration) qui peut être un *non-executive chairman* (non exécutif) avec des pouvoirs qui sont limités à la conduite de la marche du conseil. Typiquement, le corps directorial d'une société anonyme américaine comporte les *officers* suivants : un *president*² qui peut être, et est souvent, le *chief executive officer (CEO)*, le cadre le plus haut placé dans la hiérarchie sociale³ ; un *treasurer* (trésorier), qui gère les fonds sociaux ; un *chief financial officer (CFO)*, qui gère la comptabilité et les affaires financières⁴ et le *secretary* ou *company secretary* (secrétaire de la société), qui prend en charge les relations avec les actionnaires et le conseil d'administration, essentiellement en ce qui a trait à la tenue des réunions des organes sociaux, à la rédaction de leurs procès-verbaux et à l'accomplissement des formalités légales de publicité, à la tenue des registres d'actionnaires etc. ; et enfin le *chief legal officer (CLO)*, qui est le conseil juridique en chef de la société, avec, dans la plupart des cas, des pouvoirs exécutifs relatifs à sa fonction. Ce sont les principaux *officers* d'une société anonyme américaine qui peuvent se faire assister par des adjoints, tels le *vice president*, le *vice secretary* et le *vice treasurer* ou d'autres personnes à appellations multiples, dépendant de la taille de la société et de la diversité de ses activités. Les sociétés disposent comme nous l'avons déjà mentionné d'une grande flexibilité à cet égard⁵.

Bien que les *officers* soient désignés par le conseil d'administration, ils n'en deviennent pas moins indépendants, avec une liberté et des pouvoirs⁶ dans l'accomplissement de leur mission⁷. Les *officers* peuvent être en même temps des administrateurs.

Cette liberté, particulièrement de contracter pour le compte de la société, peut être source d'abus, quand surgit le conflit entre l'intérêt personnel de l'*officer* qui est un *agent* de la société, un mandataire social⁸, et l'intérêt social. Les conventions conclues avec la société par

1. 8 § 142 (a) DCLA, p. 40.

2. A ne pas confondre avec le président du conseil d'administration, ou « chairman of the board of directors », bien que ces deux fonctions puissent être cumulées en la même personne et le sont pour la majorité des sociétés aux USA ; v. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, n° 417, p. 502.

3. § 1.27 ALI PCG, vol. 1, partie I, p. 31.

4. Si le CFO s'occupe également de la gestion de la trésorerie, ses fonctions peuvent être alors cumulées avec celles de « treasurer ».

5. § 8.40 (a) RMBCA, p. 44 ; § 142 (a) DCLA, p. 40 ; § 1.27, ALI PCG, vol.1, partie I, p. 31.

6. Désignés dans les statuts ou par le conseil d'administration ; 8 § 142 (a) DCLA, p. 40.

7. H. Lepargneur, Les sociétés commerciales aux Etats-Unis d'Amérique, op. cit., p. 275 ; v. aussi S. Emanuel, Corporations, op. cit., p. 77 ; L. Soderquist, L. Smiddy et L. Cunningham, Corporations and Other Business Organizations, op. cit., pp. 359 et 360.

8. G. Henn et J. Alexander, Laws of Corporations and Other Business Enterprises, op. cit., n° 219, p. 586.

les administrateurs et celles conclues par les *officers*, sont soumises à la même réglementation¹.

Comparé à son prédécesseur, le texte de l'art. L. 225-38, al.1, du C.com.fr., qui a élargi le champ des personnes visées pour inclure les directeurs généraux et les directeurs généraux délégués, se rapproche des dispositions américaines en ce sens que la réglementation ne se limite plus uniquement aux membres du conseil d'administration, mais aussi à d'autres dirigeants et *officers*. Ce texte a intérêt à être élargi encore d'avantage pour inclure tous les dirigeants sociaux. Le texte de l'art 158, al.1, C.com.lib. rend les sociétés anonymes libanaises vulnérables aux abus de presque tous leurs dirigeants qui n'ont pas la qualité d'administrateur.

(iii) Autres représentants légaux²

Le conseil d'administration, le président directeur général et le directeur général-adjoint de sociétés anonymes et le gérant de sociétés à responsabilité limitée, si dûment autorisés à déléguer des pouvoirs, peuvent conférer à un membre de la direction, ou même à un tiers, des pouvoirs généraux ou spéciaux. Notre étude serait incomplète si nous n'évoquions pas des cas, assez fréquents, où quoique le contrôle ne joue pas pour des raisons plutôt techniques d'interprétation restrictive des textes, un représentant légal, titulaire de pouvoirs, et non dirigeant, abuse dans un intérêt personnel de ses pouvoirs au détriment de la société à l'occasion de l'accomplissement d'une mission précise et ponctuelle. Naturellement, des pouvoirs généraux pour agir et signer pour le compte de la société ne sont, en principe, conférés qu'aux membres de la direction générale d'une société. Les conventions conclues par les titulaires de tels pouvoirs dans un intérêt personnel doivent être soumises au contrôle, même si ces personnes ne sont pas des mandataires sociaux. Ces personnes mandatées agissent pendant la durée de leur mandat comme des représentants légaux temporaires. Si leur mission porte, par exemple, sur l'achat ou la vente de biens, dont les conditions (vendeur, acheteur, prix, etc.) ont été laissées à leur discrétion, des abus peuvent s'ensuivre. Les conventions que pourraient conclure ces personnes, qui ne sont pas visées par la réglementation, avec la société mandataire, ne doivent pas échapper à la procédure de contrôle. Penser autrement, c'est permettre à une catégorie de personnes d'échapper au

1. 8 § 144 DCLA, p. 45 : « Interested Directors... » qui s'applique aux « Directors » et « Officers ».

2. Entendre par ces termes non les dirigeants et mandataires sociaux qui sont dotés de pouvoirs légaux, statutaires ou des pouvoirs inhérents à leurs fonctions, mais ceux qui sont des représentants légaux de la société en vertu de pouvoirs limités et temporaires pour accomplir une mission ponctuelle déterminée, quant à son objet, et aussi le plus souvent limitée dans le temps.

contrôle préalable d'actes qui pourraient être préjudiciables à l'intérêt social. Il est vrai que de telles personnes ne restent pas forcément impunies puisqu'elles peuvent voir leur responsabilité civile, voire pénale, engagée ultérieurement sur un autre fondement légal, mais cela n'arrivera qu'*a posteriori*, une fois que le préjudice est subi par la société.

La question se pose de savoir si des dirigeants, non mandataires sociaux, non spécifiquement visés par les réglementations, doivent être soumis à la réglementation des conventions. La doctrine est divisée sur ce point.

En droit libanais, certains pensent que des dirigeants, ou autres titulaires d'un mandat général, même s'ils sont choisis en dehors du conseil d'administration, donc qui ne sont pas administrateurs, doivent être soumis à la réglementation. La majorité de la doctrine est pourtant en faveur d'une interprétation stricte de l'art. 158 C.com.lib., car il établit une exception au droit commun¹. Cette dernière solution semble être adoptée aussi en droit français; seuls les représentants légaux de la société et non les simples titulaires ou fondés de pouvoirs sont visés par la réglementation des conventions².

Un auteur libanais a considéré que les directeurs généraux qui ne sont pas des administrateurs sont quand même soumis à la réglementation³. Le texte de l'article 158 C.com.lib. ne mentionne pas le directeur général comme personne visée par la réglementation, mais celui-ci exerce ses fonctions pour le compte du président et sous la responsabilité personnelle de ce dernier⁴, il ne devra en principe pas avoir une responsabilité séparée.

Nous ne comprenons pas pourquoi de tels mandataires sociaux, qui sont pleinement habilités à assumer les fonctions de direction générale d'une société anonyme⁵, ont été exclus par le législateur du contrôle des conventions qu'ils pourraient conclure avec la société. Une lacune qui doit être comblée puisqu'on ne devrait pas laisser ces dirigeants qui ne sont pas administrateurs en profiter personnellement pour abuser de leur position et fonctions sociales portant ainsi préjudice à l'intérêt social⁶. En outre, et pour éviter les conflits qui peuvent

1. C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann, op. cit., commentaire de l'art. 158, note 15.

2. M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, Droit des sociétés, op. cit., n° 561, p. 305.

3. A. Najjar, L'administration de la société anonyme libanaise, op. cit., n° 163, p. 102.

4. Art. 153, al. 1, C.com.lib. ; v. aussi E. Tyan, Etudes de droit commercial, op. cit., p. 366 ; art. L. 225-20, al. 1, C.com.fr.

5. Art.157, al.3, C.com.lib., permet au conseil d'administration de déléguer (pour une durée brève et limitée) certains de ses pouvoirs au président du conseil d'administration et au directeur général adjoint.

6. Cette opinion est partagée par l'ensemble de la doctrine, v. Gh. Mahmassani, Les contrats des administrateurs de sociétés anonymes avec leurs sociétés suivant l'article 158 nouveau du Code de commerce libanais, op. cit., p. 42.

résulter de l'exercice des pouvoirs dont ils jouissent normalement, nous pensons qu'ils doivent être soumis à la même procédure de contrôle des conventions que les administrateurs¹.

A notre sens, l'intérêt social se trouve aussi bien lésé par une convention conclue par un dirigeant intéressé, visé par la réglementation, que par un représentant légal temporaire titulaire de pouvoirs, spéciaux ou généraux, qui abuse de son mandat, en vertu duquel il agit pour le compte de la société. Dans ce dernier cas, le mandataire en question, pendant une période, courte ou prolongée, a la qualité de représentant social, ou mandataire social dans le sens étroit du terme. La raison d'être de la réglementation des conventions réglementées étant la protection de l'intérêt social, toute personne habilitée à représenter la société et agir en son nom, à n'importe quel titre, doit y être soumise.

Nous estimons aussi que l'origine des pouvoirs d'un représentant légal, titulaire de pouvoirs spéciaux ou généraux, doit être indifférente à la soumission au contrôle spécial. Que les pouvoirs émanent du conseil d'administration, du président du conseil ou d'autres mandataires sociaux en faveur d'un représentant / mandataire, ce titulaire des pouvoirs qui les utilise à des fins purement personnelles au détriment de l'intérêt social ne doit nullement échapper au contrôle spécial.

Nous pensons, en particulier, à des mandats spéciaux et ponctuels donnés à de tels mandataires qui perdront tout lien légal avec la société une fois que leur mission est accomplie. La société, au cas où ceux-ci sont exonérés du contrôle, n'a pas le même recours direct contre eux s'ils abusent de leur mandat, que celui qu'elle a contre les autres personnes visées dans la réglementation qui sont liées à la société par un rapport juridique découlant de leur fonction à caractère plus permanent, comme les membres du conseil d'administration, les gérants, les directeurs généraux et même ceux parmi eux et d'autres qui sont liés à la société par un contrat de travail. Dans ce dernier cas, la société dispose d'une plus grande flexibilité pour engager la responsabilité de ceux qui lèsent l'intérêt social, par le truchement d'une panoplie de moyens qui ne peuvent pas être évoqués à l'encontre des mandataires qui sont étrangers à la société; à savoir, le quitus de gestion, la révocation ad nutum, le licenciement, etc... D'où la nécessité d'un contrôle préalable qui s'impose pour toute convention visée à conclure par de tels mandataires. Cela dit, ces mandataires n'échappent point à la responsabilité du droit commun qui pourrait être engagée si ses conditions sont réunies. Malheureusement, la jurisprudence ne semble pas être ouverte à ces suggestions. Elle a

1. C. Fabia et P. Safa, *C.com.lib. ann.*, op. cit., commentaire de l'art. 158, note 14; v. aussi Gh. Mahmassani, *Les contrats des administrateurs des sociétés anonymes avec leurs sociétés suivant l'article 158 nouveau du Code de commerce libanais*, op. cit., p. 43.

tranché en faveur de la non soumission au contrôle des conventions conclues par des intéressés qui ne sont pas des mandataires sociaux, pour ne retenir la nullité de la convention préjudiciable qu'à l'encontre de ses derniers¹. Une annulation « partielle » a été prononcée épargnant ainsi les « cadres dirigeants » non expressément visés par la réglementation.

b) Sociétés à responsabilité limitée

Le droit libanais ne soumet les gérants de sociétés à responsabilité limitée à aucune réglementation des conventions qu'ils peuvent conclure avec leur société, qu'ils soient eux-mêmes associés ou non. Il est à signaler que ces lacunes législatives en la matière peuvent être comblées, d'une manière ou d'une autre, par le contrôle qu'exercent les commissaires de surveillance sur les comptes sociaux. Quand les comptes d'une société à responsabilité limitée sont « audités »², les commissaires de surveillance qui normalement exercent leur contrôle selon des normes et *standards* internationaux ou généralement admis (IAS, GAAP), révèlent ce genre de conventions, non en vertu des dispositions de l'art. 158 du C.com.lib, mais par respect des exigences de ces normes et *standards*. Ce contrôle constitue un palliatif à ces lacunes, d'une force plutôt relative, puisque le contrôle des *auditors* intervient après coup, et ne peut jouer le rôle d'une autorisation préalable à la conclusion de la convention qu'ils révèlent. La prévention des conflits d'intérêts ne se trouvent donc point réalisée.

En France, les conventions conclues par des gérants de sociétés à responsabilité limitée sont soumises à un contrôle plus ou moins strict, allant d'une exonération totale de l'approbation à l'imposition d'une approbation préalable. Tout dépend si le gérant est associé ou non de la société et si oui ou non la société est dotée, d'un commissaire aux comptes.

Le gérant associé est en quelque sorte libre de conclure une convention avec sa société, sans qu'il y ait besoin de recourir à la procédure de l'approbation préalable par les associés. Cela ne veut pas dire qu'une telle convention reste occulte pendant longtemps, puisque le commissaire aux comptes, dans les cas où la société en est dotée, est tenu d'en faire mention dans le rapport qu'il soumet aux associés pour qu'ils se prononcent³.

1. Cass. com., 7 juillet 2004: Bull. Joly, décembre 2004, § 300, p. 1510, note J. Ph. Dom; un cas de convention d'assurance portant sur « un régime de retraite complémentaire »

2. Soit parce que la loi ou le fisc l'exige ou, tout simplement, lorsque les associés le souhaitent.

3. Art. L. 223-19, al. 1, C.com.fr.

Par contre, la loi semble réserver un traitement différent, plus strict, aux conventions conclues par des gérants non associés avec leur société, puisqu'elle les soumet à l'approbation préalable de l'assemblée, seulement s'il n'y a pas de commissaire aux comptes¹. Le législateur semble trouver que le risque que court la société en contractant avec un gérant non associé est plus élevé que si elle contractait avec un gérant associé², parce que le gérant associé n'a pas tendance à léser l'intérêt social, probablement parce qu'une telle lésion se répercutera négativement sur sa quote-part du patrimoine social; le gérant non associé ayant, dans de tels cas, des intérêts personnels bien différents. L'autre explication est que le rapport des commissaires aux comptes tient lieu de révélation par le gérant intéressé de l'intérêt personnel comme si le risque de conflits avec l'intérêt social ne provenait que de la dualité de qualité du gérant associé³. Nous pensons que l'autorisation préalable de l'assemblée des associés doit être requise dans tous les cas, et même si les gérants sont des associés de la société, l'intérêt social n'étant pas celui de ces derniers, mais de la société elle-même et de l'entreprise dans sa globalité.

Les sociétés à responsabilité limitée américaines disposent d'une grande liberté dans la réglementation interne des rapports contractuels qui peuvent être créés entre elles et leurs dirigeants. La loi est claire: à moins que les statuts de la société à responsabilité limitée ne disposent autrement, les gérants peuvent contracter avec leur société au même titre que toute « *person who is not a member or manager* »⁴ (personne qui n'est ni associée ni gérante).

Ce qui précède concernait la qualité du dirigeant sous l'angle du droit des sociétés. Il convient de ne pas négliger les dispositions d'autres textes, comme celles du droit comptable, tel qu'appliqué dans les trois systèmes juridiques que nous comparons. L'« *International Accounting Standards* » (IAS) ou Standards comptables internationaux, quoique d'origine américaine, sont adoptés de plus en plus de par le monde. Ces standards élargissent le champ des personnes visées ; une entreprise qui est louable.

1. V. infra, Rôle des commissaires aux comptes relatifs aux conventions, pp. 274 et s.

2. CNCC, Etudes juridiques, Les conventions entre les entités et les personnes « intéressées », op. cit., § 37, p. 53.

3. Une supposition qui ne tient que si la participation du gérant au capital de la société est assez significative pour rendre le recours à des détours peu intéressants. Nous pouvons imaginer facilement des cas où le gérant détient une forte participation dans le capital et désire quand même conclure une convention à laquelle il est intéressé avec la société pour s'assurer des revenus plus directs et plus rapides, aux dépens parfois de l'intérêt social.

4. 6 § 18-107 DCLA, p. 338 ; nous rappelons que cette liberté s'exerce aussi en vertu de cette même disposition aux conventions liées au crédit de la société : prêts, emprunts, cautionnements, et qui sont interdites de plein droit en droit français et en droit libanais.

D'après l'IAS, les *related parties* aux dirigeants sont considérées comme personnes liées, pour les besoins de la révélation de l'intérêt personnel (*related parties disclosure*) dans les comptes audités d'une société, entre autres, les *key management personnel* (dirigeants-clés), en expliquant que ceux-ci sont les personnes qui ont l'« *authority and responsibility for planning, directing and controlling the activities of the reporting enterprise* » (autorité et responsabilité de planifier, diriger et contrôler les activités de la société dont il s'agit)¹.

On dirait que ce texte de l'IAS évoque la notion de mandataire social qu'on connaît dans les systèmes juridiques français et libanais. Les dirigeants visés par la réglementation sont ceux qui jouissent de l'autorité de représenter la société et assurer la responsabilité découlant d'une telle représentation. Le choix du terme « *authority* » rappelle la notion de mandat en droit français et en droit libanais. Une personne « *authorized* » est une personne « mandatée » et dotée de pouvoirs pour accomplir son mandat, avec la charge des responsabilités afférentes à l'exercice de ce mandat. Cette représentation est en principe assumée par les organes sociaux que la loi a institués², et qui ont le devoir de « planifier, diriger et contrôler » (pour reprendre les termes utilisés par l'IAS) la société. En mettant les administrateurs (*directors*) sur le même plan que d'autres dirigeants (directeur général, directeur général délégué, *officer*), les législateurs français et américains ont assimilé les membres des organes de direction aux organes d'exécution, pour les besoins du contrôle des conventions qu'ils passent avec leur société.

2. Dirigeants en fonction

La question s'est posée de savoir si le contrôle spécial des conventions réglementées est toujours imposé dans les cas où le dirigeant n'a pas encore acquis cette qualité ou a cessé de l'avoir.

La doctrine et la jurisprudence sont unanimes pour admettre que si un administrateur ou un autre dirigeant n'avait pas encore cette qualité au moment de la conclusion d'une convention entre lui et la société, la procédure de contrôle n'est pas requise et, en conséquence, en droit libanais, l'autorisation préalable de l'assemblée générale, n'est pas exigible. Si, par contre, une personne intéressée à une convention intervenant avec la société, qui n'avait pas la qualité de dirigeant, acquiert cette qualité après la conclusion de la convention, mais avant l'achèvement de son exécution, il n'y a pas lieu de convoquer immédiatement l'assemblée générale pour statuer sur la convention déjà conclue. L'exécution

1. § 3 (d) IAS 24; Ceci s'applique également aux « *close members of the family* », membres de la famille proche des personnes visées plus haut.

2. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 94, p. 129.

peut être continuée jusqu'à la prochaine assemblée et la convention sera alors soumise à cette prochaine assemblée seulement au cas où son exécution n'aurait pas été achevée à la date de la réunion¹.

En droit français, une solution un peu différente est adoptée². Il n'y a pas lieu de soumettre une convention à l'autorisation préalable du conseil d'administration si l'intéressé n'avait pas encore la qualité d'administrateur au moment de sa conclusion, même si son exécution n'a pas été achevée³. Comme on l'a vu au chapitre précédent (v. supra, p. 126), si des modifications substantielles ont été apportées au contrat après l'accession de l'intéressé au conseil, la procédure de contrôle s'impose. Les conventions conclues par le futur administrateur ne sont donc pas soumises au contrôle spécial⁴. La doctrine française nous semble être très libérale dans l'application de la réglementation, puisqu'elle ne différencie point les cas où l'intéressé entre au conseil d'administration à un moment où la convention conclue avant cette date n'a pas été complètement exécutée ou si, par exemple, dans une promesse de contrat faite en faveur d'un futur administrateur, l'option est levée après son entrée en fonction⁵. De même, si l'administrateur qui traite avec la société, pour son compte personnel, cesse d'être administrateur à la date de conclusion de la convention, cette dernière échappe au contrôle.

Par analogie avec les règles de la responsabilité, les administrateurs ne sont responsables en principe que des agissements qui se sont produits pendant la durée de leurs fonctions⁶. Ce qui revient à dire qu'au Liban le dirigeant doit être en fonction au moment de la conclusion de la convention réglementée pour qu'elle soit soumise à la procédure de contrôle et pour que sa responsabilité pour violation de cette procédure puisse être engagée⁷. Il faut donc se placer à la date de la convention pour décider de l'application de la réglementation⁸.

Pour éviter toute complaisance, il a été proposé que la démission d'un administrateur qui intervient avant le vote sur l'autorisation préalable d'une convention conclue entre ce dernier

1. C. Fabia et P. Safa, *C.com.lib.ann.*, op. cit., commentaire de l'art. 158, note 31.

2. Cass. soc., 28 mars 1979: *Rev. soc.*, 1979, p. 819, note P. Le Cannu; un contrat de travail précédant la nomination au conseil.

3. V. supra, La modification des conventions, p. 125 et 126.

4. Cass. com., 22 juillet 1986 : *Rev. soc.*, 1987, p. 46, note Y. Guyon, (convention d'indemnisation d'un futur président de conseil d'administration contre les conséquences d'une révocation éventuelle) ; v. aussi Cass. com., 6 mai 1996: *Bull. Joly*, octobre 1996, § 286, p. 821, note P. Le Cannu.

5. Cass. com., 2 juillet 1974: *RTDC*, 1975, p. 545, obs. R. Houin.

6. C. Fabia et P. Safa, *C.com.lib.ann.*, op. cit., commentaire de l'art. 158, note 14; v. aussi E. Tyan, *Droit commercial*, op.cit., n° 630, p. 719.

7. *Idem*, note 7.

8. A. Najjar, *L'administration de la société anonyme libanaise*, op. cit., n° 332, p. 188.

et la société, mais après le début des négociations sur la convention en question, n'exonère pas cette dernière de la procédure¹.

La solution en droit français² rejoint celle du droit libanais dans le cas où l'autorisation a été donnée au temps où l'intéressé était toujours administrateur et qu'il ne l'est plus ; « il serait trop facile, pour éviter la continuation de la procédure, de démissionner »³. Si l'autorisation a été donnée par le conseil d'administration alors que l'administrateur était en fonction et si cet administrateur ne l'est plus, la procédure doit se poursuivre et la convention ainsi autorisée doit être soumise quand même à l'approbation de l'assemblée générale. En somme, cette solution, comme on vient de le souligner pour la situation en droit libanais, est conforme aux principes généraux de la responsabilité des dirigeants. La violation de la réglementation des conventions est considérée comme une faute de gestion⁴. Si cette faute est commise alors que l'administrateur est toujours en fonction, il engage sa responsabilité pour faute même après la cessation de ses fonctions, à moins, bien entendu, que l'action y relative ne soit prescrite⁵.

La solution qui paraît être la plus convenable serait de faire soumettre la convention au contrôle spécial une fois que le dirigeant acquiert sa qualité visée par la réglementation et, dans tous les cas, si les discussions avaient été entamées avant qu'il ne perde cette qualité, la conclusion de la convention n'intervenant que postérieurement. C'est d'ailleurs ce que l'art. L. 225-42-1, al.1, C.com.fr. prévoit, pour les sociétés cotées en bourse. L'application de la réglementation aux « engagements pris au bénéfice des présidents, directeurs généraux ou directeurs généraux délégués... et correspondant à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions, ou postérieurement à celles-ci... ». Les indemnités de départ, les parachutes dorés compris, sont ainsi couverts par cet article. Toutefois, si l'alinéa 2 de ce même article, qui pose des conditions de performance sans la réalisation desquelles les éléments de rémunération, indemnités et avantages consentis sont interdits, il n'en reste pas moins que l'article en question ne s'applique qu'à des mandataires spécifiques (président,

-
1. C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann., op. cit., commentaire de l'art. 158, note 8. Cette approche a été critiquée à cause de l'incertitude du sort de la convention et des conséquences pratiques d'une démission qui est effective, même si la convention n'est pas autorisée. Nous ne partageons pas ces critiques, car l'administrateur qui entend contracter avec la société n'a qu'à se libérer à temps de ses obligations fiduciaires à son égard, pour pouvoir agir en toute liberté; la démission est la solution idéale pour cela; v. aussi G. Mahmassani, Les contrats des administrateurs de sociétés anonymes avec leurs sociétés suivant l'article 158 nouveau du Code de commerce libanais, op. cit., p. 43.
 2. CA Versailles, 24 septembre 1992: Bull. Joly, décembre 1992, § 418, p. 1294, note P. Le Cannu.
 3. M. de Juglart et B. Ippolito, par E. du Pontavice et J. Dupichot, Traité de droit commercial, Les sociétés, op. cit., n° 722-5, p. 466.
 4. V. infra, pp. 408 et s.
 5. Y. Guyon, actualisé par B. Le Bars, Sociétés-Traité, Administration, éd. Juris-Classeurs 2002, art. 132-10, Responsabilité civile des administrateurs, op. cit., n° 17, p. 6.

directeur général et directeur général délégué) de sociétés cotées en bourse. Il aurait été souhaitable de faire bénéficier l'art. L. 225-38 C.com.fr. de restrictions pareilles, étant entendu que son champ d'application est plus large, puisqu'il n'est pas seulement réservé aux sociétés cotées en bourse et, plus important, il s'applique aussi aux administrateurs et actionnaires qui ont l'intention de conclure un contrat de travail avec la société.

Il est aussi possible de relever la fraude à la loi si, étant donné le bref intervalle entre la cessation de la qualité de dirigeant (ou associé) et la conclusion de la convention, il apparaissait que la convention avait été décidée avant ladite cessation¹. Par contre, si une convention dûment autorisée est conclue avant la transformation de la société en une forme nouvelle, la procédure d'autorisation n'a pas à être réitérée puisque la société transformée, gardant la même personnalité juridique, reprend les engagements pris antérieurement, à cause de la survivance de la personne morale².

B. Dirigeants de fait

« La qualité de gérant de fait est caractérisée par l'immixtion dans les fonctions déterminantes pour la direction générale de l'entreprise, impliquant une participation continue à cette direction et un contrôle effectif et constant de la marche de la société en cause »³. Cette immixtion « se caractérise par une activité positive et habituelle de haute gestion, en toute indépendance et liberté⁴. D'après la Cour de cassation française, le dirigeant de fait est « celui qui s'est concrètement immiscé dans la gestion d'une société et qui a, en toute souveraineté et indépendance, exercé une activité positive de gestion et de direction de celle-ci... »⁵. Un directeur salarié⁶, ou un mandataire moyennant de mandats et pouvoirs à lui conférés par un dirigeant de droit⁷, n'ont pas été considérés comme des dirigeants de fait

Certains auteurs libanais pensent que la réglementation ne s'applique pas aux dirigeants de fait⁸, uniquement parce qu'ils ne figurent pas au nombre des personnes visées qui y sont mentionnées. Ces auteurs sont en faveur d'une interprétation étroite, voire littérale, du texte

-
1. M. de Juglart et B. Ippolito par E. du Pontavice et J. Duchipot, *Traité de droit commercial, Les sociétés*, op. cit., n° 722-5, p. 464.
 2. Cass. com., 4 mars 1969: JCP 1969, éd. G. II, 15949, note Y. Guyon.
 3. Définition donnée par la Cour d'appel de Paris: CA Paris, 11 juin 1987: Bull. Joly 1987, p. 719; v. M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 261, p. 149.
 4. Y. Guyon, actualisé par B. Le Bars, *Responsabilité civile des administrateurs*, op. cit., n° 20, p. 7.
 5. Cass. com., 2 novembre 2005 : recherche sur internet, site www.légifrance.gouv.fr, « dirigeant de fait », consulté le 6 novembre 2009.
 6. Cass. com., 13 février 2007: Bull. Joly, juin 2007, § 190, p. 697, note A. Lecourt.
 7. *Idem*.
 8. Gh. Mahmassani, *Les contrats des administrateurs de sociétés anonymes avec leurs sociétés suivant l'article 158 nouveau du Code de commerce libanais*, op. cit., p. 43.

de la loi ; une interprétation qui ne sert pas du tout l'intérêt social. Un administrateur de fait est responsable « d'une faute de gestion commise à un moment où, sans avoir encore une fonction officielle, il administrait déjà la société... »¹, mais non au titre de l'art. 158 C.com.lib. réservé aux conventions réglementées.

En France, la doctrine est divisée : certains auteurs pensent que le dirigeant de fait échappe à la procédure de contrôle « car il n'exerce pas de fonctions statutaires dans la société et ne jouit pas d'un mandat social²; d'autres moyens du droit commun se chargeant de faire « tomber un contrat conclu avec un dirigeant de fait »³, telle la fraude qui est toujours existante dans des cas pareils. Cette approche a été vivement critiquée, à juste titre nous le pensons car, d'après d'autres auteurs, « l'exigence d'un contrôle apparaît renforcée lorsque la convention concerne une personne qui dirige dans l'ombre »⁴. Il ne faut pas qu'un dirigeant de fait soit mieux traité qu'un dirigeant de droit⁵.

Des effets sont souvent donnés à des actes conclus par un dirigeant de fait, des actes émanant d'une activité de gestion, d'une part, alors qu'on exonère de tout contrôle les actes commis par ce même dirigeant et tombant sous la réglementation des conventions, de l'autre. La logique⁶ est en faveur de la soumission des conventions conclues par un dirigeant de fait avec la société au contrôle spécial.

La notion de *de facto directors* ou *de facto officers*, donc de dirigeants de fait, existe en droit américain. Une personne qui n'est pas dirigeant *de jure* (de droit), donc qui n'a pas été régulièrement désignée et mandatée par l'organe social compétent, et qui exerce un *corporate office* (une fonction sociale) sous un *some colour of title* (certain titre), est souvent considérée comme un dirigeant de fait dont les actes produisent leurs effets⁷. Ces effets ne sont opposables à la société elle-même que par la tierce partie contractante⁸. Un dirigeant de fait ne peut échapper à la responsabilité qui découle de l'exercice de fait d'une position sociale en alléguant que sa désignation était illégale⁹.

1. A. Najjar, L'administration de la société anonyme libanaise, op. cit., n° 332, p. 189.

2. Cass. com., 29 mai 1967: RTDC, 1967, p. 1085, note R. Houin. L'interprétation restrictive de la disposition légale en question a été jugée en défaveur des actionnaires et ne laissant à la société qui a subi un préjudice que la voie de la fraude pour attaquer une telle convention.

3. Idem, p. 1086.

4. D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op. cit., n° 114, p. 124.

5. I. Balensi, Les contrats entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, op. cit., n° 63, p. 42.

6. C. Malecki, Conventions réglementées, op. cit., n° 17, p. 6.

7. G. Henn et J. Alexander, Laws of Corporations, op. cit., n° 222, p. 592.

8. 8 § 143 DCLA, p. 42.

9. G. Henn et J. Alexander, Laws of Corporations, op. cit., n° 222, p. 593.

§ 3. L'intéressé est un associé de la société

Les dirigeants ne sont pas les seuls à pouvoir profiter de leur situation et prérogatives pour faire prévaloir leur intérêt personnel sur l'intérêt social. Les associés eux aussi peuvent abuser du patrimoine social. On pourrait se demander quel serait l'intérêt pour un associé d'un tel abus, puisqu'il contribue à diminuer sa quote-part dans les fonds propres de la société. La réponse est simple, toutes les fois où, par une convention à des fins personnelles, un associé reçoit plus que la quote-part qui lui aurait été réservée dans les fonds sociaux, en l'absence d'une telle convention, cette dernière sera plus bénéfique pour lui, sans oublier l'avantage, du moins tel qu'il est perçu par l'intéressé, d'un profit direct qui n'attend pas la distribution de dividendes ou la cession de ses actions ou parts dans la société.

Un associé, personne physique (A), titulaire d'un certain nombre d'actions dans le capital d'une société, utilise son influence et son pouvoir de pression au sein d'une assemblée générale pour se faire attribuer un avantage que les autres associés n'auront pas. De même, l'associé personne morale (B) peut tout aussi bien bénéficier d'une prépondérance identique à des fins personnelles, mettant face à face l'intérêt social de la société de référence et celui de la société associée.

A. Associé, personne physique

Le statut d'associé, ses droits et obligations ne sont pas les mêmes dans toutes les sociétés commerciales. Bien entendu, la différence la plus importante existe entre les sociétés de capitaux, dont les associés jouissent d'une responsabilité limitée, et les sociétés de personnes. Qu'on soit en présence d'un actionnaire dans une société anonyme (1.) ou d'un associé dans une société à responsabilité limitée (2.), cet associé n'est pas libre de contracter avec sa société, même s'il est titulaire de la majorité de son capital, sans avoir auparavant respecté les formalités de contrôle prévues par la loi.

1. Société anonymes

Deux conditions doivent être remplies pour qu'un actionnaire d'une société anonyme soit soumis à la réglementation des conventions. Il faut tout d'abord qu'il ait la qualité d'actionnaire (a), en être un selon la loi et la société elle-même; et ensuite, qu'il soit titulaire d'un actionnariat minimum dans le capital social (b).

a) Qualité d'actionnaire

Comme nous l'avons déjà signalé, à maintes reprises, le droit libanais, en particulier l'art. 158, al.1, C.com.lib., qui énumère les personnes visées par la réglementation des conventions (les administrateurs de sociétés anonymes), ne fait aucune référence aux actionnaires. Ce qui laisse croire que ces derniers disposent d'une liberté illimitée dans ce sens. Cette déduction n'est pas entièrement correcte. La lacune de l'article 158 C.com.lib., qui ignore le danger que peut présenter pour l'intérêt social l'abus d'un associé contractant avec cette dernière à des fins personnelles, peut à notre sens être partiellement comblée par un autre texte du Code de commerce libanais qui régit les sociétés anonymes, à savoir l'art. 187 C.com.lib.¹, qui interdit à l'actionnaire de voter sur une décision qui lui attribue un avantage particulier. L'avantage particulier², à part celui qui est lié aux apports en nature à l'occasion de la constitution de la société ou de l'augmentation de son capital, est tout avantage que l'associé en question se procure, notamment à travers une convention conclue avec la société, et dont il bénéficie au détriment de cette dernière³. En tout cas, nous conseillons vivement que l'actionnaire de sociétés anonymes et l'associé de sociétés à responsabilité limitée libanaises soient inclus dans la réglementation des conventions réglementées. Cet avantage particulier rompt l'égalité entre actionnaires⁴. Toutefois, l'inobservation par un actionnaire de l'interdiction de voter de l'art. 187 C.com.lib. n'entraîne la nullité de la délibération que si la majorité n'avait été constituée que grâce aux suffrages de l'actionnaire frappé par cette interdiction, ou de l'actionnaire personnellement intéressé à la résolution qui lui attribue l'avantage particulier⁵. Ce genre d'avantage n'est pas normalement partagé avec les autres associés.

Cette question est expressément traitée en France puisque les actionnaires⁶ sont désormais désignés comme personnes visées au même titre que les dirigeants ; la qualité d'actionnaire

-
1. Cet article dispose : « Il est interdit à l'actionnaire de voter en son nom personnel ou en qualité de mandataire lorsqu'il s'agit de lui attribuer un avantage particulier ou de faire prendre par l'assemblée une décision relative à un différend entre lui et la société. »
 2. E. Tyan, *Droit commercial*, Tome premier, op. cit : les avantages particuliers sont des avantages ou bénéfices accordés par les statuts à des associés ou à des tiers, en rémunération de services rendus lors de la constitution de la société ou attendus d'eux au cours de son fonctionnement (p. 531) et ceux qui portent sur le fonds social ou les bénéfices sociaux, accordés à une ou plusieurs personnes désignées nommément... qui sont des associés ou non de la société (pp. 531 et 532). Bien entendu, ce qui nous concerne ici ce sont les avantages particuliers consentis aux actionnaires en vertu d'une convention conclue avec la société.
 3. V. opinion de l'auteur de cette thèse sur la position doctrinale libanaise concernant l'avantage particulier, infra, « Interdiction de voter dans les réunions de l'assemblée », pp. 341 et s.
 4. C. Fabia et P. Safa, *C.com.lib.ann.*, commentaire de l'art. 187, note 8.
 5. *Idem*, notes 19 et 22.
 6. Art. L. 225-38, al. 1, C.com.fr. (SA) ; art. L. 225-86, al.1 C.com.fr. (SACS) et art. L. 227-10, al. 1, C.com.fr., (SAS) : nous notons qu'à cet alinéa 1, le législateur utilise le terme « actionnaires » alors qu'à l'alinéa 2 de ce même article il utilise le terme « associés » ; rapport de la loi NRE du 15 mai 2001, renforcée par la loi sur la sécurité financière du 1^{er} août 2003.

est reconnue à celui qui détient une quote-part déterminée du capital social au moment où la convention est conclue.

Aux Etats-Unis, la plupart des lois étatiques traitent les conventions conclues entre les *directors*, *senior executives* et *officers*, donc entre les dirigeants et leurs sociétés¹. On ne trouve pas dans le *DCLA* une disposition relative aux associés similaire à 8 § 144 qui régit les *interested directors* dans les sociétés anonymes. Par contre, l'article 6 § 18-107 qui régit les conventions réglementées dans les sociétés à responsabilité limitée s'adresse aussi aux *members* (associés) des *LLC*. C'est surtout sous l'angle des obligations fiduciaires des *controlling shareholders* à l'égard des associés minoritaires que la prévention des conflits, découlant d'une convention réglementée qui intervient entre un associé prédominant et sa société, est traitée.

b) Seuil de prépondérance

Le législateur français, soucieux de la protection de l'intérêt social, n'a quand même pas voulu imposer une procédure de contrôle pour les conventions conclues par tous les actionnaires sans discrimination, indépendamment du risque associé à l'ampleur de leur influence dans la prise des décisions par l'assemblée générale. C'est pourquoi, un seuil, dit seuil de prépondérance, initialement arrêté à 5% des droits de vote² et récemment élevé à 10% de ces droits³, a été fixé comme condition au déclenchement de la procédure d'autorisation. Cet élargissement du champ des personnes contrôlées a été jugé par un auteur comme étant « l'innovation la plus remarquable » de la loi NRE⁴. Le seuil en question est apprécié à la date de la conclusion de la convention⁵. Les associés titulaires d'un plus faible actionnariat n'ont apparemment pas été considérés comme ayant suffisamment de poids pour influencer la prise de décision relative à des conventions qu'ils entendent conclure avec la société.

Nous partageons les critiques presque unanimes⁶ portées sur le texte qui instaure ce seuil de prépondérance. Ce texte n'est pas assez clair pour répondre aux questions suivantes :

-
1. S. Emanuel, *Corporations*, op. cit., p. 198.
 2. Par la loi NRE du 15 mai 2001.
 3. Par la loi sur la sécurité financière n° 2003/706 du 1^{er} août 2003 ; v. art. L. 225-38, al.1, C.com.fr; art. L. 225-86, al.1, C.com.fr. (SACS) et art. L. 227-10, al.1, C.com.fr. (SAS).
 4. C. Malecki, *Conventions réglementées*, op. cit., n°19, p. 6.
 5. A. Viandier et A. Charvériat, *Sociétés et la loi NRE*, 2^e éd., F. Lefebvre, 2002, n° 327, p. 110.
 6. A. Mercier, Ph. Merle, Cl. Flahaut-Jasson et S. Besnard, *Audit et commissariat aux comptes 2009-2010*, op. cit., n° 52580, p. 790.

- Si des actions sont privées exceptionnellement du droit de vote, est-ce que leur titulaire est exonéré de la procédure de contrôle des conventions ? Littéralement interprété, le texte répond oui à cette question. Nous ne pensons pas que l'intention du législateur ait été de permettre à un actionnaire, qui a été sanctionné, pour une raison ou pour une autre, par la privation du droit de vote attaché à ses actions, de conclure une convention avec sa société sans qu'elle soit soumise au contrôle¹.
- Si le droit de vote a été dissocié de la propriété des actions : par exemple, dans les cas où la nue-propriété appartient à l'actionnaire et l'usufruit à une autre personne. Dans certains cas, l'usufruitier a beaucoup plus d'influence dans une société que le nu-propriétaire². Doit-on le laisser conclure des conventions avec la société sans les soumettre au contrôle ? La réponse est malheureusement affirmative à la lumière du texte actuel. Une constatation fortement critiquée, car elle contrarie « l'esprit de transparence qui domine la loi NRE »³.
- Il y a également le cas des actions détenues en indivision par plusieurs personnes. Il semble que ne sont soumises au contrôle que les conventions conclues par celle de ces personnes qui est désignée comme mandataire commun de l'indivision⁴. Cette solution n'est pas satisfaisante, la complaisance des autres propriétaires indivisaires étant facilement imaginable.

Nous rappelons que le seuil de prépondérance en droit américain est déterminé en fonction de la notion de *control* exercé par les associés prédominants que nous traiterons plus loin dans le contexte de l'interposition de personnes morales⁵.

2. Sociétés à responsabilité limitée

Le droit libanais ne s'est point intéressé à la réglementation des conventions conclues par un associé (non plus un gérant) d'une société à responsabilité limitée.

Par contre, en France, les conventions conclues par l'associé d'une société à responsabilité limitée sont soumises à cette réglementation⁶. Certains auteurs pensent que cette obligation « risque d'alourdir considérablement le fonctionnement des sociétés de ce type »⁷, en dépit de sa nécessité. Ils ajoutent qu'elle peut ne pas être efficace avec la possibilité d'y échapper par

1. V. P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 749, p. 502.

2. A. Viandier et A. Charvériat, *Sociétés et la loi NRE*, op. cit., n° 330, p. 111.

3. C. Malecki, *Conventions réglementées*, op. cit., n° 21, p. 6.

4. A. Viandier et A. Charvériat, *Sociétés et la loi NRE*, op. cit., n° 330, p. 112.

5. V. infra, *Interposition de personnes morales*, pp. 203 et s.

6. Art. L. 223-19, al.1, C.com.fr.

7. I. Balensi, *Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants*, op. cit., n° 60, p. 40.

l'instauration d'une gérance complaisante¹. Nous ne partageons pas cette position car, à notre sens, un associé, intéressé indirectement, ou interposant un gérant, ne peut échapper complètement à la procédure, puisque c'est le bénéficiaire économique ultime qui est considéré comme étant l'intéressé visé par la réglementation.

Aux Etats-Unis, nous venons de le signaler à propos des dirigeants, la réglementation des conventions réglementées dans les *LLC* (SARL) met le *member* (associé) sur le même pied d'égalité que le *manager* (gérant)².

B. Associé, personne morale

L'associé d'une société peut aussi bien être une personne morale, dominante ou non, ayant ou non une influence sur le déroulement de la vie sociale. En tout état de cause, la convention conclue par l'associé personne morale, à des fins purement personnelles, avec la société dans le capital de laquelle il détient une part ne doit pas échapper au contrôle spécial. Il faut que la condition juridique (1.) de cette personne morale soit bien cernée. La participation d'une société dans le capital d'une autre, quand cet investissement n'a pas un caractère isolé, nous met en présence d'un groupe de sociétés (2.) qui ne manquent pas de contracter entre elles, chacune mettant en jeu (et parfois même en péril) son propre intérêt social.

1. Condition juridique de la personne morale

La personne morale associée d'une autre société doit, au sens de la réglementation des conventions réglementées, être une personne morale commerçante (a), jouissant sans ambiguïté de la qualité d'associé (b) de la société dont l'intérêt social est à protéger.

a) Personne morale commerçante

L'entité protégée par l'art L.225-38 C.com.fr. et l'art. 158 C.com.lib. ne peut être qu'une personne morale commerçante. En effet, les textes en question évoquent « l'un de ses actionnaires » et « les administrateurs ». Ces deux personnes visées sont des membres d'organes de sociétés commerciales. Toute société anonyme est par définition une entité commerçante. Le droit américain connaît cependant des entités non commerçantes qui exercent leurs activités sous la forme juridique d'une société anonyme³.

1. Idem.

2. 6 § 18-107 DCLA.

3. Des sociétés à but non lucratif (« not-for-profit » ou « non profit » organizations » (NGO) ou organisations non-gouvernementales, (ONG) ; des « Foundations » peuvent être constituées aux Etats-Unis sous la forme d'une « corporation » ou société anonyme (Inc.)

D'autres personnes de droit privé, qui sont non commerçantes, sont exclues du champ d'application de notre réglementation, telles les mutuelles et les sociétés civiles, associations et fondations ainsi que les sociétés d'exercice d'une profession libérale, comme les sociétés civiles professionnelles. Elles sont soumises à un autre type de contrôle des conventions.

La loi NRE a introduit un régime de conventions règlementées qui s'applique aux personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique ou aux associations qui sont subventionnées par des autorités administratives ou des établissements publics¹.

b) Qualité d'associé de la personne morale

Quand est ce qu'une entité, ayant une personnalité morale, est considérée comme associée d'une autre société pour les besoins de l'application de la réglementation des conventions ? Deux cas se présentent ; le premier, quand la société actionnaire est elle-même partie contractante à la convention (1); et le second, quand c'est la société qui la contrôle qui contracte avec la société de référence (2).

(1) Société directement titulaire d'une fraction du capital de la société de référence

La détention d'un certain nombre d'actions dans le capital d'une société anonyme, ou de parts dans celui d'une société à responsabilité limitée, fait du titulaire de plein droit un associé de ces sociétés-là. C'est cet actionnaire et cet associé qui sont visés par la réglementation. L'établissement de ce fait ne pose, en principe, aucun problème pratique quand il s'agit d'actions nominatives d'une société anonyme ou de parts du capital dans les sociétés à responsabilité limitée. En vue du seuil de prépondérance exigé pour l'application de la réglementation, dissimuler un actionnariat de l'ordre de 10% d'une société cotée en bourse, représenté par des actions au porteur, n'est pas une chose facile. L'identité de l'actionnaire ne reste pas occulte pendant longtemps.

1. Ce régime est semblable à celui qui régit les personnes morales commerçantes tant en ce qui concerne les personnes visées que les actes visés. Sont visés les dirigeants de ces personnes morales non commerçantes (les administrateurs ou mandataires sociaux) : (art. L. 612-5, al. 1, C.com.fr.) directement ou s'ils sont associés indéfiniment responsables, un gérant, un administrateur, le directeur général, un directeur général délégué, un membre du directoire ou du conseil de surveillance ou bien un actionnaire disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10% (art. L. 612-5, al.2, C.com.fr.). L'approbation est en principe postérieure à la conclusion de la convention. La convention est soumise à l'organe délibérant (art. L.612-5, al. 3, C.com.fr.). Les conventions non approuvées produisent néanmoins leurs effets mais les conséquences préjudiciables à la personne morale peuvent être mises à la charge de la personne qui la dirige (art. L. 612-5, al. 5, C.com.fr.) et les conventions courantes conclues à des conditions normales qui ne sont, en raison de leurs objets ou implications financières, significatives pour aucune des parties, sont exceptées de la procédure (art. L. 612-5, al. 6, C.com.fr.).

(2) Société contrôlante

La participation indirecte au capital de la société de référence, à travers une société filiale contrôlée, confère à la société contrôlante, toujours pour la soumettre à la réglementation des conventions, le caractère d'associé indirect¹. Est également soumise au contrôle spécial, la convention qui est conclue entre une société et la société qui contrôle l'un des associés – personne morale de la première². Les critères de contrôle d'une société par une autre sont arrêtés clairement par la loi.

En droit français, le texte même qui régit notre matière réfère à un autre texte du Code de commerce³ qui considère une société comme contrôlant une autre « lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales »⁴, ou « lorsqu'elle dispose toute seule de la majorité des droits de vote... en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires... »⁵ ou, comme pour ne pas laisser échapper une situation de fait, où un associé dispose d'une influence quelconque sur les décisions sociales, qui n'émane pas (seulement) des votes attachés à la fraction du capital qu'il détient, quand il « détermine en fait » les décisions dans les assemblées générales⁶.

La loi établit une présomption de contrôle quand l'associé détient, directement ou indirectement, une fraction des droits de vote supérieure à 40%, quand aucun autre associé ou actionnaire ne détient, directement ou indirectement, une fraction supérieure⁷. Cette disposition s'applique également quand plusieurs associés agissent de concert⁸.

Dans tous les cas susmentionnés, l'associé contrôlant est traité comme l'associé direct en ce qui concerne la procédure de contrôle spécial de la convention qu'il peut être amené à conclure avec sa société.

Aux Etats-Unis, du point de vue comptable et de l'audit des comptes, la révélation dans les notes aux comptes sociaux est obligatoire dans le cas où des *individuals* (individus) possèdent directement ou indirectement un intérêt dans le *voting power* (pouvoir de vote) qui leur confère une *significant influence* (influence significative) dans la société. Cela s'applique

1. Art. L. 233-4 C.com.fr.

2. Art. L. 225-38, al. 1, C.com.fr. (SA); art. L. 225-86, al.1, C.com.fr. (SACS); art. L. 227-10, al. 1, C.com.fr. (SAS).

3. Art. L. 233-3, C.com.fr.

4. Idem, al. I (1°),

5. Idem, al. I (2°), pourvu que l'accord ne soit pas contraire à l'intérêt social.

6. Idem, al. I (3°).

7. Idem, al. II.

8. Idem, al. III.

également aux *close members of the family* (membres de la proche famille) de l'individu¹; ou bien une « *controlling influence over the management or policies of a business organization through the ownership of a power to vote equity interests, through one or more intermediary persons, by contract, or otherwise* »² (influence contrôlante sur la gestion ou politiques d'une organisation d'affaires à travers la détention d'un droit de vote, ou du pouvoir de vote à travers une ou plusieurs personnes intermédiaires, par contrat ou autrement).

L'IAS considère que le contrôle d'une société par une autre existe si un associé (individuel) ou un dirigeant de la première (tel que défini par l'IAS 24) dispose d'un droit de vote substantiel, directement ou indirectement dans une autre entreprise, ou sur laquelle il exerce une influence significative. Cela comprend des entreprises possédées par des administrateurs dirigeants ou des associés prépondérants de la première société ou ayant un dirigeant commun³.

2. Cas des groupes de sociétés

Qui dit contrôle de sociétés pense le plus souvent aux structures d'un groupe où, dans la plupart des cas, une des sociétés du groupe, en général une holding, contrôle les filiales appartenant au même groupe. Comme nous l'avons déjà expliqué⁴, un groupe de sociétés a un intérêt économique et financier indépendant de celui des sociétés qui en font partie. L'intérêt du groupe se trouve ainsi parfois confronté à l'intérêt social des entités qui le composent et qui entretiennent entre elles des relations contractuelles. D'où la question de savoir si les conventions conclues entre les sociétés d'un même groupe doivent être soumises à la procédure de contrôle spécial. Surtout que certains considèrent que de telles conventions ne sont « qu'exceptionnellement conclues à des conditions normales »⁵. Le contrôle des associés, sociétés d'un même groupe, a été jugé souhaitable pour favoriser « l'actionnaire commun »⁶ et « d'appréhender les conflits d'intérêts dans la gestion d'un groupe de sociétés »⁷.

Nous verrons successivement le contrôle direct exercé par une société au sein du groupe (a) et les sociétés visées du groupe (b).

1. § 3 (c) IAS 24.

2. § 1.08 (a) ALI PCG, vol. 1, partie I, p. 13.

3. § 3 (e) IAS 24.

4. V. supra, Intérêt du groupe, pp. 33 et s.

5. Cass. com., 9 avril 1996, préc.

6. D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op. cit., n° 115, pp. 125 et s.

7. Idem, p. 127.

a) **Contrôle direct**

Dans un groupe de sociétés, une société mère, normalement la holding du groupe, agit directement au sein de l'assemblée générale de sa filiale en exerçant les droits de vote attachés aux actions qu'elle détient dans le capital de cette dernière. Le contrôle que la holding exerce est donc un contrôle direct puisque cette holding n'utilise aucun intermédiaire pour orienter les décisions de l'assemblée, normalement prises en sa faveur quand la fraction du capital qu'elle détient lui confère une certaine prédominance. Si cette fraction n'est pas égale ou ne dépasse pas le seuil fixé par la loi, il n'y a pas lieu de soumettre la convention au contrôle spécial.

b) **Sociétés visées du groupe**

La réglementation en France ne semble pas, en dépit de son apparence complète, avoir visé des cas fréquents où l'intérêt social d'une société membre d'un groupe (ou même, en définitive l'intérêt de la société mère elle-même), pourra être lésé à la suite d'une interprétation plutôt étroite de la loi. La loi ne soumet que les sociétés contrôlantes à la réglementation et non pas les sociétés contrôlées. Effectivement, aux termes des articles L. 225-38, al.1 (SA), L. 225-86, al.1, (SACS) et L. 227-10, al.1., (SAS) du Code de commerce français, les conventions qui interviennent entre la société et, « s'il s'agit d'une société actionnaire, **la société la contrôlant**... » sont seules soumises à la procédure de contrôle des conventions réglementées. Les sociétés contrôlées semblent pouvoir y échapper.

Aux Etats-Unis, c'est la relation contractuelle qui lie les deux sociétés qui semble être visée, plutôt que le lien du capital qui peut exister entre elles. En effet, la loi dispose qu'aucun contrat ou transaction conclu entre « *a corporation and any other corporation, partnership, association or other organization...* » (une société anonyme et toute autre société, anonyme, en nom collectif, association ou autre organisation...) sans aucune autre exigence ou condition pour la soumission d'une convention au contrôle spécial¹. Cela dit, la prédominance d'un associé personne morale est appréciée pour la détermination du « *fair dealing du controlling shareholder* » (le traitement équitable par l'associé prédominant), et de l'existence ou non d'une convention préjudiciable en droit américain. Le *controlling shareholder* dans le contexte d'un groupe de sociétés est la société mère qui normalement contrôle ses filiales².

1. 8 § 144 (a) DCLA, p. 42.

2. § 5.10 ALI PCG, vol.1, partie V, p. 325.

Section 2. Personnes intéressées agissant indirectement

Comme nous l'avons vu, une personne visée est considérée comme étant intervenue directement dans une convention quand elle y est partie contractante. Mais, pour des raisons de discrétion, des raisons fiscales, ou tout simplement pour échapper à la procédure de contrôle, une personne visée peut agir indirectement, en recourant à une tierce partie pour conclure la convention pour son compte.

Il convient de distinguer entre l'intérêt indirect qu'a une personne visée dans une convention et l'intervention indirecte d'une personne visée dans une convention. La première notion a déjà été traitée dans cette thèse¹. Il y a un intérêt indirect lorsque le dirigeant profite personnellement d'une convention conclue en abusant de l'autorité qu'il exerce dans la société². C'est la deuxième notion qui nous intéresse ici.

Le moyen le plus répandu, et peut-être le seul, pour profiter à plein d'une convention sans y être partie contractante, c'est d'interposer une personne pour agir à la place de la personne visée réellement intéressée (§1). L'interposition de personnes n'est pas facile à déceler; dans la plupart des cas, elle est occulte et pose un problème de preuve (§2).

§ 1. Interposition de personnes

L'interposition de personnes est définie comme étant « une simulation »³, « une situation dans laquelle un acte conclu au bénéfice d'une personne doit profiter en fait à une autre »⁴. Quand elle n'est pas justifiée et a un but non-organisationnel (A), elle est souvent montée à des fins personnelles sans intérêt pour la société. L'interposition de personnes, avec toutes les connotations négatives que ces termes peuvent suggérer, n'est pas seulement utilisée pour dissimuler, par exemple, un intérêt qu'une personne visée voudrait avoir dans une convention, sans vouloir la soumettre à la procédure de contrôle spécial. Certaines interpositions de personnes sont dictées par des raisons purement organisationnelles (B).

A. Interposition à but non – organisationnel

Nous entendons par interposition à but non-organisationnel celle à laquelle on a recours pour conclure une convention, non pour les besoins structurels de la société, mais pour ceux exclusifs et dans l'intérêt personnel de la personne visée, qui en récolte seule les fruits. Cette

1. V. supra, « Intérêt indirect », pp. 44 et s.

2. Y. Guyon, Droit des affaires, op. cit., n° 420, p. 428.

3. G. Cornu, Vocabulaire juridique, op. cit., p. 499.

4. R. Guillien et J. Vincent, Lexique de termes juridiques, op. cit., p. 303.

dernière a recours à l'interposition d'une tierce personne pour « éviter à l'intéressé véritable les formalités requises par la loi »¹. Cette interposition peut être faite avec l'aide d'une personne physique ou d'une société, donc une personne morale. Dans l'un et l'autre cas, la personne interposée ne profite pas de la convention ; c'est là une différence majeure avec l'intérêt indirect qu'a une personne visée dans une convention. Dans ce dernier cas, la personne qui conclut la convention a quelque intérêt dans cette dernière²; elle en tire un profit³.

L'absence de la notion d'intérêt indirect dans le texte libanais, qui n'évoque que les conventions conclues indirectement, a été vivement critiquée⁴. Quand un administrateur, ou toute autre personne visée, se sert d'un prête-nom, qui agit en son nom mais pour le compte de l'administrateur, ou de cette autre personne visée, il y a interposition de personne⁵.

L'intérêt indirect est aujourd'hui dissocié, en droit français, de la notion d'interposition de personnes, du moins en ce qui concerne les SA et SACS⁶. Les textes réglementant cette matière dans les SAS⁷ et SARL⁸ n'ont pas repris la disposition suivante qu'on trouve au deuxième alinéa des articles L. 225-38 C.com.fr. (SA) et L. 225-86 C.com.fr. (SACS) : « Il en est de même des conventions auxquelles une des personnes visées à l'alinéa précédent est indirectement intéressé ».

Les deux notions d'intérêt indirect et d'interposition de personnes, dont la première est souvent la raison d'être de la seconde, ont été parfois évoquées ensemble⁹. Certains auteurs soulignent la distinction appréciée au moment de l'intervention de l'une et de l'autre¹⁰. D'autres considèrent que « la loi en visant expressément les conventions conclues par personne interposée, édicte une présomption d'intérêt indirect des dirigeants sociaux¹¹. Ce même raisonnement vaut pour les associés et autres personnes visées par la réglementation.

1. C. Fabia et P. Safa, C.com. lib.ann., commentaire de l'art. 158, note 16.

2. Rappelons que l'art 158, al.1, C.com.lib., est explicite en ce sens, puisqu'il dispose clairement que « Toute convention soit directe ou indirecte **ou par personne interposée**... ».

3. Gh. Mahmassani, Les contrats des administrateurs de sociétés anonymes avec leurs sociétés suivant l'article 158 nouveau du Code de commerce libanais, op. cit., p. 44.

4. Idem, p. 46.

5. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, Contrats entre les administrateurs et la société, op. cit., n° 15, p. 6.

6. Art. L. 225-38, al.2, C.com.fr. (SA); art. L. 225-86, al.2, C.com.fr. (SACS).

7. L. 227-10, C.com.fr. (SAS).

8. L. 223-19, C.com.fr. (SARL).

9. Cass. com., 23 janvier 1968, préc. (personne interposée et bénéfice indirect) ; Cass. com., 23 octobre 1990, préc. (interposition de personnes et intérêt indirect).

10. L'interposition est constatée au moment de la conclusion d'une convention, alors que l'intérêt personnel indirect l'est au moment où la convention commence à produire des effets ; v. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault; Les contrats entre les administrateurs et la société, op. cit., n° 17, p. 6.

11. I. Balensi, Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, op. cit., n° 81, p. 52.

« Si la convention est conclue par un tiers agissant pour le compte du dirigeant et à son seul profit, il y a interposition de personnes et, *a fortiori*, intérêt indirect¹.

L'initiateur de l'interposition à but non organisationnel peut choisir comme personne interposée soit une personne physique (1.), soit une personne morale (2.).

1. Interposition de personnes physiques

Qui sont ces personnes qui acceptent de se soumettre à la volonté de l'intéressé et s'exposer sans recevoir de contrepartie ? Quelle est leur qualité ? (a), et comment la société peut-elle se protéger contre leurs abus éventuels ? (b).

a) Qualité des personnes interposées

La personne visée intéressée choisit une autre personne physique et l'utilise comme une simple couverture, ou écran, pour conclure une convention avec la société. C'est le cas le plus courant de l'interposition de personnes dans un but non-organisationnel. Cela arrive dans les cas où la personne interposante, étant visée par la réglementation, aurait dû soumettre la convention à la procédure de contrôle si elle y avait été elle-même partie contractante ou en bénéficiait indirectement². Les termes « homme de paille »³, ne sont pas des termes purement juridiques, mais ils ont été quand même repris dans des ouvrages juridiques pour désigner une telle personne physique, qui « se prête au jeu »⁴.

Qui mieux que les membres rapprochés de la famille de l'intéressé peut garder un secret dont la divulgation nuira à ce dernier, avec des conséquences, surtout financières, négatives dont il peut souffrir et qui se répercuteront aussi négativement sur eux en raison des liens de dépendances financières (et mêmes affectives) qui les rattachent ? En effet, si la véritable identité du bénéficiaire économique d'une transaction est dévoilée, le bénéfice de la convention pourrait être mis en cause et la personne interposée souffrira indirectement du fait que l'interposant sera privé du bénéfice de la convention.

Mais ces proches membres de la famille ne sont pas toujours les personnes les plus appropriées pour être les curateurs, nous osons dire, des intérêts patrimoniaux de leur proche parent. Effectivement, la complexité du monde des affaires, et la discrétion la plus absolue (même parfois à l'égard de ses plus proches), amènent la personne visée à recourir parfois

1. C. Malecki, Conventions réglementées, op. cit., n° 16, p. 6.

2. V. exemples dans A. Mercier, Ph. Merle, Cl. Flahaut-Jasson et S. Besnard, Audit et commissariat aux comptes 2009-2010, op. cit., n° 52225, p. 777.

3. CA Paris, 20 novembre 1998, préc..

4. G. Cornu, Vocabulaire juridique, op. cit., p. 499.

aux services de tierces personnes pour l'aider à rester dans l'anonymat, par rapport à une convention conclue avec sa société.

Nous discuterons successivement de l'interposition de proches membres de la famille de l'intéressé (1) et celle de personnes éloignées (2).

(1) Proches membres de la famille de l'intéressé

Comme nous le soulignerons plus tard¹, il n'y a pas au Liban de présomption légale spécifique d'interposition de personnes pour les proches membres de la famille de l'intéressé à une convention. C'est surtout par analogie avec d'autres textes, plus ponctuels, que certaines personnes sont identifiées comme personnes interposées. Nous pensons particulièrement au Code de la monnaie et du crédit² et au Code des obligations et des contrats³.

Il n'existe pas non plus en la matière, en droit français, de présomption d'interposition de personnes entre parents et enfants⁴. Pourtant, la Compagnie nationale des commissaires aux comptes (CNCC) a prescrit une présomption irréfragable d'interposition de personnes qui frappe le conjoint, les ascendants et les descendants, sans qu'il y ait besoin d'en apporter la preuve⁵. Cette position est adoptée par la jurisprudence⁶.

Le droit américain est aussi explicite dans ce sens. Sont considérés comme membres de l'*immediate family* (proche-famille) l'époux ou un parent, ou un *sibling* (frère ou sœur) de celui-ci ou un enfant, petit-fils ou petite-fille, frère ou sœur, parent ou époux de l'un de ces derniers ou aussi toute personne physique partageant la même habitation que la personne de référence⁷. Sont considérés comme des personnes *Interested* (intéressées) à une convention, non seulement celles qui en sont directement parties, mais aussi leur « *associate* » (associé)⁸. L'*associate* est défini comme étant, entre autres, le *spouse* (époux) d'un *director* ou un *parent or sibling thereof* (parent ou frère ou sœur de l'époux), ou bien un « *individual having*

1. V. infra, Présomption d'interposition de personnes, pp. 212 et s.

2. Art. 152 CMCL dernier alinéa : époux, ascendants, descendants, frères et sœurs.

3. Art. 381 COCL: époux et enfants même majeurs.

4. CA Lyon, 21 mai 1951: JCP, 1951. II. 6547, note D. Bastian.

5. A. Mercier, Ph. Merle, Cl. Flahaut-Jasson et S. Besnard, Audit et commissariat aux comptes 2009-2010, op. cit., n° 52225, p. 777.

6. Cass. com., 23 janvier 1968, préc. (épouse).

7. § 1.26 ALI PCG, vol. 1, partie I, p. 31, « Member of the immediate family of an individual means a spouse (or a parent or sibling thereof) of the individual, or a child, grandchild, sibling parent (or spouse of any thereof) of the individual, or a natural person having the same home as the individual ».

8. § 1.23 (a) (1) ALI PCG, vol.1, partie I, p. 25.

the same home as a director, senior executive or a shareholder (individu partageant la même habitation qu'un administrateur, un dirigeant exécutif ou un associé)¹.

De même, le *RMBCA* adopte une définition semblable pour la *related person* ou personne liée ; mais l'étend pour inclure d'autres personnes². Le droit américain ajoute des liens affectifs étrangers à la famille directe, puisque des personnes vivant avec la personne de référence (amis, concubins), ou celles avec qui elle a des liens adoptifs, ou les *step children* (enfant d'un époux)³, sont incluses.

L'*IAS* définit, au nombre de ceux considérés comme étant des *related parties*, les « *close members of the family of an individual* » (membres de la proche famille de l'individu, ou les personnes appartenant à la famille proche d'une personne visée qui sont *expected* (supposées) exercer une influence, ou être influencées, par cet individu dans son *dealing* (traitement) avec la société⁴.

(2) Personnes interposées éloignées

Une personne visée, qui désire conclure une convention avec sa société et échapper au contrôle, ne recourt pas toujours à l'un des membres de sa proche famille pour le mettre en écran. Les circonstances d'une transaction particulière, ou tout simplement l'inexistence d'une proche personne en laquelle l'intéressé a confiance, le poussent à interposer un prête-nom, qui est une tierce personne, éloignée de sa proche famille, pour conclure une convention que la société n'aurait pas accepté de conclure si l'identité du véritable contractant avait été révélée⁵.

Dans la plupart des cas, ces services sont prêtés par des fidéicommissaires professionnels. La confiance que peut avoir l'intéressé en ces personnes ne découle pas du lien de sang et de parenté qui les lie, mais plutôt de l'obligation de confidentialité et du maintien du secret qu'elles sont tenues de garder en raison de leurs activités régulières et des règles de la déontologie qui les gouvernent. Les avocats en sont un exemple ; ils sont liés par un secret professionnel dans leur relation avec leurs clients. D'autres personnes fiduciaires peuvent aussi bien être astreints à une obligation de discrétion contractuelle qui est imposée dans le contrat qu'elles concluent à cette fin avec l'intéressé.

Contrairement aux cas où un proche membre de la famille est « utilisé », il est rare qu'une tierce personne accepte de jouer ce rôle sans contrepartie et sans rémunération. Dans ces cas,

1. § 1.03 (a) ALI PCG, vol. 1, partie I, p. 8.

2. § 8.60 (3) RMBCA, p. 49.

3. § 1.26 ALI PCG, vol. 1, partie I, p. 31 (commentaire).

4. § 3 (c) IAS 24.

5. Cass. com., 7 mars 1977 : Bull. civ., janvier 1977, IV, n° 70, p. 61.

l'intérêt (financier) qu'a une tierce personne, dont les services de prête-nom sont loués, n'est pas suffisant pour ôter à son statut celui de personne interposée. Il est vrai que la personne ainsi interposée profite de la conclusion de la convention en percevant des honoraires en contrepartie de ses services, mais son intérêt ne découle pas de la convention elle-même, mais plutôt de l'accord de prestation de services qu'elle passe avec l'intéressé.

b) Moyens de protection contre les abus de la personne physique interposée

L'interposition de personnes, même quand elle est parfaite, en ce sens que le choix de la personne interposée est opéré astucieusement, il n'en reste pas moins que les droits pécuniaires revenant effectivement à la personne interposante sont en quelque sorte logés ou « garés »¹ chez la personne interposée. Pendant cette période de « garage », qui peut être courte ou très longue, selon les circonstances, le profit tiré de la convention entre tout d'abord dans le patrimoine personnel de la personne interposée. En vertu de son accord avec l'intéressé interposant, la personne interposée est censée lui transférer le profit réalisé au moment convenu. Le risque que court l'intéressé est de voir la personne interposée garder ce profit en violation de l'accord conclu.

Le droit des contrats met à la disposition de l'intéressé interposant des moyens pour parer à l'éventualité d'abus que peut commettre la personne interposée. Les instruments fiduciaires (1) et les cessions de droits (2) en sont les plus courants.

(1) Instruments fiduciaires

Les techniques juridiques modernes, fortement influencées par le droit anglo-saxon, disposent de moyens, plus ou moins efficaces, pour protéger le titulaire véritable d'un droit contre les excès de celui auquel ce droit a été temporairement confié et qui refuse de le rétrocéder. La fiducie constitue la technique principale d'une telle protection. En effet, l'intéressé qui ne fait pas stipuler, expressément et dans un instrument écrit, que le droit aliéné à une tierce partie est le sien et que celle-ci doit le lui transférer à un moment déterminé, court un risque très réel de se voir priver entièrement et définitivement de ce droit. Un instrument fiduciaire, ou acte fiduciaire (trust deed), est normalement conclu et émis par le fiduciaire au bénéfice du fiduciaire.

En général, un tel instrument fiduciaire se rapproche, dans ses effets, d'une reconnaissance de dette. Le fiduciaire (débiteur) reconnaît un droit au fiduciaire (créancier) et s'astreint dans sa gestion de ce droit aux directives posées par le fiduciaire, notamment en s'engageant à ne

1. Traduction de « parked » ; terme utilisé par les anglo-saxons.

pas en disposer et à le transférer à une date déterminée, ou à l'avènement d'un événement déterminé, au fiduciaire. Cet instrument fiduciaire permet au fiduciaire, en cas de rétention par le fiduciaire du droit qui lui revient ou de l'inobservation par le fiduciaire des dispositions de l'instrument en question, de recourir à la justice pour récupérer son droit.

Le *trust deed* est essentiellement un acte unilatéral, émis et signé uniquement par le fiduciaire. La pratique nous montre toutefois que la teneur de pareils actes peut être incorporée dans un acte bilatéral, signé par le fiduciaire et le fiduciaire ; un acte qui peut être synallagmatique si le fiduciaire est rémunéré.

(2) Cession formelle de droits

Une autre possibilité pour la personne intéressée serait de faire conclure par la personne interposée une convention avec la société, dans laquelle l'interposant est une personne visée par la réglementation des conventions, et s'entendre avec elle sur la cession des droits qui découlent de cette convention à son profit. Cette cession est, en principe, formelle, et est incorporée dans un contrat dûment signé par la personne intéressée interposante et la personne interposée. Elle produit les mêmes effets juridiques que si l'intéressé avait lui-même été partie contractante à la convention, du moins en ce qui concerne le bénéfice économique qui en découle.

Selon l'étendue de cette cession, elle est soit une cession de contrat (i) soit uniquement une cession des revenus versés en vertu de la convention (ii).

(i) Cession de contrat

Les contrats peuvent être cédés dans leur intégralité. Toutes les obligations et droits qu'ils contiennent sont transférés à l'intéressé qui, respectivement, les assume et en jouit, toujours d'une manière occulte. Dans les contrats de fourniture à la société, par exemple, cette cession occulte, mais écrite, est le plus souvent sous seing privé, pour un plus parfait anonymat. La personne visée intéressée fait acheter par la société la marchandise dont la société a besoin, à la personne interposée qui, après en avoir encaissé le prix, le verse à l'intéressé véritable.

Cette opération peut-être conclue sous la forme d'un contrat de sous-traitance. Le prix payé par la société est transféré par la personne interposée à la personne intéressée sans que la société n'en prenne connaissance.

(ii) Cession de revenus

Dans les cas où les prestations demandées au contractant avec la société sont de nature à ne pas l'engager financièrement (prestations de services professionnels, de conseil, etc...), une simple cession des revenus auxquels la personne interposée a droit en vertu de la convention conclue avec la société est faite à la personne intéressée interposante. Cette cession de revenus est faite dans un acte écrit et permet à l'intéressé de recevoir les fruits de la convention sans que son identité soit révélée.

En principe, tous les revenus que reçoit la personne interposée en vertu de la convention sont transférés à la personne interposante. Si l'accord le prévoit, les honoraires et rémunérations (de l'interposition) de la personne interposée pourraient être défalqués à la source par la personne interposée qui, alors, versera uniquement le solde à la personne interposante.

La protection mentionnée plus haut contre les abus de la personne interposée est plutôt relative. Si, d'une part, elle offre à l'intéressé un moyen juridique solide pour récupérer ses droits, elle risque de dévoiler la convention jusqu'alors occulte, au cas où il désire faire réparer par la personne interposée le préjudice qu'il subit du fait de la violation par cette dernière de ses obligations fiduciaires et / ou contractuelles. La poursuite judiciaire de la personne interposée, révèle l'intérêt personnel de l'intéressé à la convention et les démarches qu'il aurait entreprises pour la dissimuler et faire échapper la convention à la réglementation. Cette poursuite pourra lui faire courir le même risque que celui qu'il a voulu éviter, pour ne pas dire un risque plus grave au cas où ses manœuvres revêtent un caractère frauduleux.

2. Interposition de personnes morales

Une personne visée peut agir indirectement, dans un but non-organisationnel par l'interposition d'une personne morale¹ et non seulement d'un prête-nom personne physique, pour écarter toute possibilité de découverte de la véritable identité de la personne qui est l'intéressé véritable à une convention. Une telle interposition est d'ailleurs aussi utilisée pour réduire, sinon éliminer, les charges fiscales de l'interposé.

Il s'agit d'explorer les moyens de l'interposition des personnes morales (a) et de la protection des abus de ces dernières (b).

1. Cass. civ., 29 novembre 1972 : Rev. soc., 1973, p. 660, note J. Guyénot ; Cass. com., 23 octobre 1990, préc.

a) Moyens d'interposition des personnes morales

Les sociétés écrans constituent le moyen le plus courant auquel a recours une personne visée pour interposer une personne morale à l'occasion de la conclusion d'une convention qui, autrement, nécessite la procédure de contrôle spécial (1). Des dispositifs de contrôle sont mis en place pour que la personne morale interposée, théoriquement et juridiquement indépendante de la personne intéressée, n'abuse de son statut pour déjouer le rôle que le véritable intéressé lui confie. (2)

(1) Les sociétés écrans

Une société écran est une société constituée en bonne et due forme, jouissant d'une personnalité morale indépendante et habilitée à agir et à contracter. Ce qui la différencie des autres sociétés commerciales c'est que la société écran n'est, en général, pas constituée dans un intérêt social indépendant, mais plutôt dans l'intérêt personnel de l'associé véritable qui se cache derrière sa personnalité morale. Ce n'est qu'une façade pour l'intéressé réel ; d'où ses autres appellations de « société de façade », « *screen company* », « *front company* », ou une « *shell company* » (société coquille) pour dénoter que la société est vide de toute substance. C'est ainsi que s'opère l'interposition de « personnes morales écrans »¹.

Un des indices de l'existence d'une interposition de société écran est retenu quand la convention aurait pu être conclue directement, sans qu'il y ait une nécessité de passer par une telle société. Un dirigeant cupide a recours à une société écran (qui lui appartient) pour faire conclure par sa société une convention d'achat que cette dernière aurait pu conclure directement avec l'ultime vendeur. Bien entendu, le dirigeant encaisse, par l'intermédiaire de la société interposée, une différence de prix ou une commission. La jurisprudence américaine a créé une fiction juridique qui considère que le bénéfice ainsi réalisé par le dirigeant est un *trust* qu'il détient pour le compte de la société et qu'il est censé le lui rembourser².

(i) Constitution de sociétés écrans

Les sociétés de forme juridique anonyme sont les sociétés de prédilection pour les intéressés qui désirent interposer une personne morale entre eux et la société dont ils sont dirigeants ou associés. Cette forme anonyme permet une discrétion légitimée par la loi qui gouverne ses activités. Cela est encore plus vrai, quand les systèmes juridiques concernés permettent que la société émette des actions au porteur rendant ainsi l'identité du (ou des)

1. CA Paris, 20 novembre 1998, préc.

2. *Durfee v. Durfee & Canning, Inc.* 8 juillet 1948: 1948 Mass. LEXIS 576 ; 80 N.E. 2d 522 (Mass. 1948).

titulaire (s) du capital de la société complètement anonyme. L'intéressé, interposant une telle personne morale, peut alors agir indirectement en toute liberté sans peur qu'il ne soit dévoilé.

Les systèmes juridiques à faible imposition fiscale, ceux qui exonèrent les sociétés qui y sont constituées de toute fiscalité, ou qui les font bénéficier d'une taxation réduite quand elles exercent leurs activités en dehors de leur territoire (*off-shore*), sont généralement choisis pour constituer des sociétés écrans. Ce sont les paradis fiscaux ou *tax havens* (havres fiscaux)¹. Un auteur, dans son analyse de ces paradis, a considéré qu'il s'agit de paradis fiscaux, bancaires et judiciaires, les trois caractéristiques fiscales, bancaires et judiciaires sont toujours mêlées à des degrés divers². La première voulant dire que l'imposition des revenus de la société qui y est constituée est nulle ou très faible ; la seconde, que les banques opérant sur la place sont tenues au secret professionnel ; et la troisième, que la difficulté des poursuites judiciaires, voire l'impunité judiciaire, encourage les malfaiteurs à s'y réfugier ou du moins à y domicilier leur argent fugitif. Sans vouloir prendre une position ferme sur une telle définition, et en dépit du classement de certains de ces paradis sur des listes noires dans certains pays, il convient de signaler que tous ces pays sont des Etats souverains, et un bon nombre d'entre eux ont aligné leurs législations sur les exigences internationales de transparence et de lutte contre l'évasion fiscale, le terrorisme et le blanchiment d'argent.

En effet, les « *KYC* » : le « *know your client* » ou « *know your customer* » (connaître votre client) est un procédé en vertu duquel les cabinets d'avocats, banques et bureaux d'audit comptable recueillent des informations très détaillées, appuyées par des certificats et attestations émis par des avocats, experts-comptables ou banques avec lesquels traitent habituellement les personnes donnant l'ordre de constituer une société dans des paradis fiscaux (et même dans les systèmes juridiques hors soupçons), sur l'identité et l'intention des personnes en question. Depuis un certain temps déjà, les banques, presque partout au monde, requièrent la révélation de l'identité du ou des véritable (s) associé (s) d'une société en lui (leur) faisant signer une « déclaration de bénéficiaire économique » pour ne pas tomber dans le piège de manœuvres tendant à abuser des régimes de faveur que les paradis fiscaux offrent, le plus souvent dans un but de promotion de leur économie nationale, en attirant des investissements étrangers. On a aussi souligné que ces paradis fiscaux sont « d'anciens comptoirs ou colonies britanniques, français, espagnols, néerlandais et américains, restés dépendants des puissances tutélaires et dont la souveraineté fictive couvre une criminalité

1. Le Luxembourg, les îles Cayman, les îles vierges britanniques, Les Bermudes, les îles de Jersey et Guernsey anglo normandes, Monaco, Le Liechtenstein, Malte, Chypre, Les Bahamas, Les Antilles Néerlandaises, Doubaï et autres, sont considérés comme des paradis fiscaux.

2. J. Dalode, Présentation des paradis fiscaux et judiciaires ; recherche sur internet « www.survie.org »: paradis fiscaux, p. 2, consulté le 12 novembre 2009.

financière non seulement tolérée, mais encouragée parce qu'utile et nécessaire au fonctionnement des marchés »¹.

L'interposition de ces sociétés constitue tout d'abord une présomption de l'existence d'un délit, celui de l'abus de bien sociaux et aussi une dissimulation² de la convention qui retarde le point de départ de la prescription de l'action en responsabilité contre le dirigeant intéressé³.

En outre, des sociétés professionnelles qui exercent dans des paradis fiscaux prêtent des services, à caractère fiduciaire, soit au niveau de la gestion des sociétés écrans, en nommant des *nominees* (fiduciaires) pour siéger au conseil d'administration, et des dirigeants au quotidien qui sont titulaires de mandats ou pouvoirs généraux de représentation pour le compte du véritable dirigeant (de fait) occulte. Qu'ils soient des administrateurs de ces sociétés ou de simples titulaires de pouvoirs émis par telles sociétés, ils n'agissent que sur instruction expresse de l'associé qui demeure dans l'ombre ou de son préposé. En somme des sociétés pareilles ont été considérées « une couverture » pour le maître de l'affaire⁴, comme des sociétés fictives pour défaut d'*affectio societatis*. Une société est fictive quand « elle n'a pas d'activité réelle et que son patrimoine se confond avec celui d'une autre personne morale ou d'une personne physique »⁵. Les « gérants de paille » de ces sociétés ne les gèrent pas; ce sont ceux qui ont créé la société qui le font : des gérants de fait⁶.

La constitution de ces sociétés est chose aisée et ne requiert aucun déplacement dans le paradis fiscal du choix de l'intéressé ; des cabinets juridiques, de conseil ou d'auditeurs se chargent de cette constitution pour le compte de l'intéressé.

(ii) Acquisition de sociétés (écrans) existantes

Les sociétés professionnelles, cabinets de conseil en gestion, d'avocats ou de comptabilité, voire des cabinets spécialisés dans ce genre d'affaires, exerçant dans des paradis fiscaux ou dans des pays à faible imposition fiscale, de leur propre initiative ou mandaté par des correspondants à l'étranger, constituent des sociétés « prêtes à vendre » (*off-the-shelf*). Ces sociétés anonymes par excellence sont achetées par des clients intéressés qui ne peuvent

1. Idem, p. 3, nous ne partageons pas cette opinion extrême. Il est vrai que certains de ces paradis fiscaux jouait le rôle décrit, mais de nos jours, la vis se resserre et la plupart sont amenés à honorer les exigences de transparence de la communauté internationale.

2. V. infra, notion de dissimulation, pp. 427 et s. et pp. 447 et s.

3. Cass. crim., 31 janvier 2007 : Bull. Joly, juin 2007, § 186, p. 686, note T. Granier.

4. Cass. com., 22 juin 1976 : D., 1977, jur., p. 619, note P. Diener.

5. Cass. com., 9 juin 2009: Rev. soc., n° 4/2009, p. 781, note N. Mathey.

6. Cass. crim., 9 septembre 2009: recherche sur site internet : www.Légifrance.gouv.fr, « société écran », consulté le 11 novembre 2009.

attendre la constitution d'une société nouvelle pour faire conclure une convention ; surtout quand il s'agit d'une affaire ponctuelle urgente, habituellement triangulaire.

Cela suppose que les actionnaires « intérimaires » ou « provisoires » de ces sociétés les maintiennent *in good standing* (en situation régulière) vis-à-vis de la loi qui les régit, essentiellement en réglant au fisc un impôt annuel, le plus souvent symbolique. Le poids financier qui pèse sur ces « actionnaires » est minime, car dans certains cas ils n'ont même pas à payer de capital¹. Bien entendu, plus une société de ce type est « âgée », plus elle est recherchée par l'acquéreur, car elle donne une impression de sérieux et de continuité. Bien entendu, tous les frais supportés par ces actionnaires seront facturés à l'acquéreur.

Les intéressés à une convention à conclure avec leur société sont généralement tentés de recourir à l'interposition de telles sociétés entre eux et la société. Nous avons vu des sociétés pareilles dissoutes, comme pour éliminer toute trace, une fois que la convention a été exécutée.

(2) Contrôle des sociétés écrans

Le contrôle des sociétés écrans est assuré par la détention par l'intéressé (ou les intéressés) de l'intégralité du capital social de la société, avec un contrôle total des décisions de l'assemblée générale. Cette qualité d'associé unique, ou d'associés multiples agissant en concert, permet à l'intéressé (aux intéressés), de contrôler également les autres organes sociaux et surtout les dirigeants qu'il (ils) désigne (désignent) à son (leur) gré, ainsi que les titulaires des pouvoirs qui obéissent à ses (leurs) ordres. Les dirigeants, souvent les membres du conseil d'administration de la société écran, agissent en fiduciaires, exécutant les instructions de l'intéressé invisible pour les tiers et interviennent pour son compte dans toute convention ou transaction. Les dirigeants fiduciaires sont le plus souvent des *nominees* dont les noms sont prêtés à l'intéressé pour siéger au conseil d'administration de « sa » société. Ces dirigeants se prémunissent contre les aléas de leur fonction en faisant signer l'intéressé, bénéficiaire économique (*beneficial owner*), un désistement de toute réclamation concernant l'exercice de leurs fonctions et les résultats négatifs que leurs actions ou omissions pourraient entraîner.

1. En effet, certains de ces paradis fiscaux ne requièrent pas de capital social à payer; les actions émises sont alors dites des actions de quotité sans valeur nominale (no par capital).

b. Moyens de protection contre les abus de la personne morale interposée

Tout comme la protection contre les abus de la personne physique interposée, l'intéressé qui utilise sa société écran peut se faire protéger contre les abus de ses préposés fiduciaires. L'abus de la personnalité morale peut se manifester sur plusieurs plans. Une personne peut constituer une société fictive, avec des associés « potiches »¹, pour dissimuler le fait qu'en réalité le fonds social appartient à elle seule, ayant recours pour ce faire à des prête-noms et autres. La société peut être aussi frauduleuse lorsqu'elle « a été créée en vue d'une fraude à la loi ou au droit de tierces personnes créanciers: conjoint ou héritiers, etc... »² ou pour opérer une défiscalisation de revenus³. Cet « être moral » est au service de ceux qui le gouvernent, à savoir les actionnaires et les dirigeants sociaux⁴. Si ces derniers en profitent à des fins personnelles étrangères à ses intérêts, l'*affectio societatis* qui est le mobile de l'activité sociale et l'expression de la volonté des associés (véritables) de collaborer ensemble dans un intérêt commun, n'est plus.

Sur le plan théorique, celui qui commet un abus confond intentionnellement son patrimoine personnel avec celui de la société. La réalisation de l'intérêt personnel sous le couvert de la personnalité morale d'une société est une fin en soi dans tous les cas où une société est créée à des fins non organisationnelles. L'intéressé dispose des biens sociaux comme s'ils étaient les siens propres⁵. L'associé et le dirigeant véritables d'une telle société doivent se prémunir et se protéger contre de tels abus. Cette protection a un caractère fiduciaire contractuel (1), ou préventif par une cession d'actions en blanc (2).

(1) Protection fiduciaire

Cette protection est semblable à celle qu'on a traitée pour l'interposition de personne physique. La personne morale interposée signe un instrument fiduciaire, ou conclut un accord aux termes duquel la personne physique interposée cède ses droits sociaux à l'intéressé interposant. Cet instrument, ou *trust deed*, stipule que les actions détenues par la personne fiduciaire, dans le cas des sociétés anonymes avec actions au porteur, ou bien actions nominatives enregistrées (*registered shares*) au nom de cette personne, dans le cas des sociétés anonymes avec actions nominatives, sont en fait la propriété de la personne interposante intéressée. Cet instrument ajoute normalement que tous les droits sociaux

1. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 231, p. 265.

2. M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, op. cit., n° 167, p. 93.

3. Cass. com., 5 octobre 1999 : RTDC, 1999, p. 128.

4. D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op. cit., n° 15, p. 24.

5. N. Fadel Raad, L'abus de la personnalité morale en droit privé, op. cit., n° 219, p. 206.

attachés aux actions, à commencer par les droits à caractère pécuniaire (propriété du capital, droit aux dividendes et au boni de liquidation) et ceux relatifs au contrôle de la prise des décisions sociales (assemblée générales et conseil d'administration, droits de vote, etc...) sont entièrement réservés à la personne interposante.

(2) Cession d'actions en blanc

Un autre moyen efficace pour protéger l'intéressé contre les agissements indéliques du titulaire fiduciaire des actions de la société écran est la cession d'actions en blanc, ou même la cession nominative, non datée, des actions en faveur de l'intéressé véritable. L'acte de cession est généralement remis au cessionnaire au moment de la constitution définitive de la société écran et l'émission des certificats d'actions.

En cas de violation par les dirigeants fiduciaires de leurs obligations, l'intéressé met en exécution ladite cession pour faire valoir son droit au capital de la société interposée, avec tous les droits qui en découlent. L'interposant peut alors convoquer l'assemblée générale pour remplacer les membres du conseil d'administration et les dirigeants exécutifs par des personnes plus obéissantes, dans le cas où ses instructions ne sont pas fidèlement exécutées.

B. Interposition à but organisationnel

L'interposition de personnes physiques ou morales n'est pas toujours l'œuvre préméditée d'une personne intéressée, désireuse de brouiller les pistes. En effet, des interpositions pareilles peuvent être dictées, pour des raisons purement organisationnelles et fonctionnelles, par des nécessités pratiques, surtout au sein des groupes de sociétés.

Le but organisationnel qui légitime l'interposition de personnes n'expose pas moins l'intérêt social de la société de référence aux aléas des intérêts personnels de la personne interposée au sein de la société cocontractante. Cette interposition peut s'opérer aussi bien par des personnes physiques (1.) que par des personnes morales (2.).

1. Interposition de personnes physiques

Dépendant du rôle que la personne interposante entend confier à la personne physique interposée, cette dernière peut être soit un dirigeant de la société cocontractante (a) soit un de ses associés (b).

a) La personne interposée est un dirigeant de la société cocontractante

La fréquence de la structuration d'une interposition de personnes physiques à des fins organisationnelles varie selon que l'on est en présence de sociétés qui ne font pas partie d'un groupe de sociétés (1) ou de sociétés qui en font partie (2).

(1) Hors groupe de sociétés

Le droit libanais a pris conscience des cas où une convention est conclue entre une société et un autre « établissement »¹ (ou « entreprise ») quand un des administrateurs de cette société est directeur ou administrateur de cet établissement. De telles conventions sont soumises à l'autorisation préalable de l'assemblée générale². Ce sont les cas où deux sociétés ont des dirigeants communs, et plus particulièrement quand l'administrateur de la société de référence est « directeur » ou administrateur de la société cocontractante. Cet alinéa 2, de l'art. 158 C.com.lib., est incomplet, puisqu'il ne couvre pas les cas où, par exemple, le directeur général de la société de référence est lui-même directeur de la société cocontractante, seul l'administrateur de la société de référence étant visé par la réglementation.

En outre, la rédaction de cet article n'est pas très claire. Qu'entend-on par « entreprise », « établissement » ? Une interprétation large permet de considérer comme « mou'assassa », non seulement l'entreprise individuelle, mais aussi tout autre type d'entités juridiques. Reste à savoir ce que l'on entend par « directeur » ? Est-ce le gérant d'une société à responsabilité limitée ? ou bien n'importe quel directeur ayant une fonction précise, administrative ou technique au sein de la société cocontractante ? Il faut ajouter que, si un intéressé est à la fois administrateur dans deux sociétés anonymes, qui envisagent de conclure une convention entre elles, les formalités de l'art. 158 du C.com.lib. doivent être accomplies dans les deux sociétés³.

Le droit libanais considère donc que le dirigeant qui cumule son mandat d'administrateur d'une société avec une autre position dans la société cocontractante qui est visée par la réglementation est une personne interposée pour les besoins de l'application du contrôle spécial des conventions. Les conventions conclues par les sociétés à responsabilité limitée ne sont pas traitées en droit libanais puisque ce sont seulement les administrateurs de sociétés anonymes qui sont visés par la réglementation.

1. Mou'assassa, مؤسسة .

2. Art. 158, al.2, C.com.lib.

3. C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann., art. 158, note 12.

En droit français, le champ d'application est bien plus large, sans que la réglementation soit pour autant complète. En effet, sont soumises au contrôle spécial les conventions qui interviennent entre la société anonyme et une « entreprise », si le directeur général, l'un des directeurs généraux délégués ou l'un des administrateurs de la société est gérant, administrateur, membre du conseil de surveillance ou, de façon générale, dirigeant de cette entreprise¹, et celles « passées avec une société dont un associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général, membre du directoire ou membre du conseil de surveillance, est simultanément gérant ou associé de la société à responsabilité limitée². Ce champ semble être plus restreint pour les SAS où on ne trouve pas une extension pareille. Ces dirigeants communs sont les personnes interposées entre les deux sociétés.

Le terme « entreprise », utilisé dans la loi NRE, est suffisamment large pour inclure même les entreprises non sociétaires³ et les entreprises individuelles⁴, et les groupements d'intérêts économiques⁵. Les termes « dirigeants de cette entreprise » sont assez généraux, pour englober de simples directeurs ayant des fonctions ponctuelles au sein de la société sans que pour autant ils soient des mandataires sociaux⁶. Cette interprétation large des termes « dirigeants » se rapproche du traitement de cette matière en droit américain, où le terme *officers* peut avoir un sens qui va au-delà de celui de mandataires sociaux.

La généralité des termes « dirigeant de cette entreprise » a été considérée par des auteurs français comme ciblant la création éventuelle « de nouvelles formes juridiques » servant une activité d'entreprise⁷. En tout cas, cette appellation a été jugée comme suscitant des difficultés d'interprétation⁸.

L'opinion prédominante de la doctrine française favorise malheureusement une interprétation stricte et étroite. Une position qui ne semble pas suivre l'évolution législative, puisqu'elle maintient la position jurisprudentielle, vieille de presque un siècle, selon laquelle

1. Art. L. 225-38, al. 3, C.com.fr. (SA); art. L. 225-86, al.3, C.com.fr. (SACS).

2. Art. L. 223-19, al. 5, C.com.fr. (SARL); CA Paris, 22 janvier 1993; D. 1993, IR, 124, RJDA, 1993/7, n° 626.

3. Les associations qui n'exercent pas une activité économique ne sont pas comprises; v. CA Paris, 26 septembre 1991; Bull. Joly, novembre 1991, § 354, p. 1014, note P. Le Cannu : « association qui se comporte en véritable entreprise et qui agit sur le terrain économique ».

4. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, Contrats entre les administrateurs et la société; op. cit., n° 25, p. 8.

5. A. Mercier, Ph. Merle, Cl. Flahaut-Jasson et S. Besnard, Audit et commissariat aux comptes 2009-2010, op. cit., n° 52576, p. 790.

6. J. -F. Barbièri, Les conventions réglementées, op. cit., n° 14, pp. 48-50.

7. P. Le Cannu, Les conventions réglementées après la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, op. cit., n° 6, p. 720.

8. G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain, Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales, op. cit., n° 1647, p. 453.

les conventions conclues par des personnes qui ne sont pas des mandataires sociaux révocables *ad nutum* ne sont pas soumises au contrôle¹.

Le droit américain appelle les administrateurs qui sont communs à deux ou plusieurs sociétés *interlocking directors*. La connotation que le terme *interlocking* laisse entendre, du moins du point de vue étymologique, est que ces administrateurs sont « imbriqués », liés entre eux. Les dictionnaires juridiques évoquent les mêmes notions puisqu'ils les définissent comme étant des administrateurs qui siègent aux conseils d'administration de deux ou plusieurs sociétés « *that deal with each other* » (qui traitent entre elles), ou qui ont des intérêts alliés ou bien « *directors common to the boards of two or more corporations* » (administrateurs communs aux conseil de deux ou plusieurs sociétés)². L'interposition du dirigeant commun par la première société suppose que la convention est *technically* (effectivement) conclue avec la deuxième société contractante, et non avec l'administrateur de la première à titre personnel³. La réglementation s'applique également quand la convention est conclue entre une société française et une autre société étrangère ayant des dirigeants communs⁴.

Aux Etats-Unis, où la notion d'équité (*fairness*) prévaut, l'ancienne position voulait éviter toutes les conventions entre deux sociétés ayant des dirigeants communs (*interlocking directors*), même si elles sont équitables pour les deux sociétés, et même si elles ont une minorité d'administrateurs en commun⁵; le conflit d'intérêts était considéré dans ces cas comme très probable⁶. L'approche américaine moderne est différente, puisqu'elle applique aux conventions conclues entre deux sociétés ayant des dirigeants communs les mêmes principes d'annulabilité que pour les conventions conclues par des dirigeants directement intéressés. Si elles sont équitables et complètement révélées à l'avance, elles ne sont plus annulables du seul fait de la dualité de fonctions d'un administrateur dans les deux sociétés⁷, sous réserve du rôle que joue cet administrateur dans la prise de la décision y relative. L'impartialité d'un dirigeant commun dans la prise d'une décision équilibrée, quand les deux sociétés dont il est administrateur envisagent de conclure une convention entre elles, est plutôt

1. Cass. Req., 22 décembre 1913: JS, 1914, art. 2364, p. 352 : un directeur technique n'a pas été considéré comme une personne visée par la réglementation.

2. Ballentine's Law Dictionary, 3^e éd., Lawyers Cooperative Publishing, New York 1969, p. 650.

3. Idem.

4. A. Mercier, Ph. Merle, Cl. Flahaut- Jasson et S. Besnard, Audit et commissariat aux comptes 2009-2010, op. cit., n° 52230, p. 778 ; v. supra, « Dirigeants bénéficiaires des rémunérations », « Cas des groupes de sociétés », pp. 102 et 103.

5. N. P. Beveridge, Interested Director Contracts at Common Law, op. cit., p. 97.

6. J. Choper et M. Eisenberg, Corporations, op. cit., § 289, p. 54.

7. Idem, § 291, p. 54.

difficile¹. En tout cas, c'est l'intérêt social de la *corporate body* (l'entité sociale) qui doit être préservé².

Certaines lois étatiques, comme en Californie, préconisent que si l'administrateur commun interposé n'est actionnaire dans aucune des deux sociétés, il n'y a pas de conflit d'intérêts qui justifie l'annulation de la convention, parce que l'intérêt financier en jeu pour l'administrateur commun n'est pas dans ce cas significatif³. Nous ne partageons pas cette approche, car nous pouvons imaginer des situations où, sans que l'administrateur ne soit intéressé au capital de l'une ou l'autre des sociétés, il a néanmoins un intérêt financier d'une autre nature dans celle qui lui verse des rémunérations, lesquelles rémunérations peuvent dépendre du chiffre d'affaires ou des bénéfices de la société concernée. Cet administrateur a donc un intérêt dans la conclusion d'une convention dont le résultat n'est pas nécessairement profitable à la société. Le conflit d'intérêts est clair dans ce cas.

Le libéralisme du système juridique américain retrouve son ampleur dans ce contexte, puisque les conventions conclues entre deux sociétés ayant des dirigeants communs: *directors* (administrateurs) ou *senior executives* (dirigeants exécutifs, cadres supérieurs)⁴ ne sont pas à cause de ce simple fait, d'après ALI PCG, soumises au contrôle prévu pour les conventions intervenant entre la société et un de ses dirigeants⁵ que si le dirigeant commun intervient à titre personnel et d'une façon substantielle dans la négociation de la convention; ou bien si la convention est approuvée par le conseil d'administration de l'une des deux sociétés avec le vote favorable de l'administrateur, qui est simultanément administrateur ou dirigeant exécutif de cette autre société, quand ce vote est indispensable à son approbation⁶.

De même, comme en droit français, les conventions conclues entre une société et une *association*, ayant des dirigeants communs, sont également soumises au même traitement⁷. C'est le cas des *charitable corporations* (sociétés de bienfaisance). Le fait que ces dernières soient dirigées pour le compte de sociétaires, et non d'actionnaires d'une société commerciale, ne les exonère pas du contrôle. Par *association*, on entend « *non-stock corporation* » (société sans actions); *foundation* (fondation). Cet aspect de la réglementation est totalement absent en droit libanais.

-
1. Everett v. Phillip: 288 N.Y. 227; 43 N.E. 2d (1942); R. Stevens et H. Henn, *Law of Corporations and Other Business Enterprises*, op. cit., p. 708.
 2. R. Stevens, *Handbook on the Law of Private Corporations*, op. cit., § 149, p. 685.
 3. J. Choper et M. Eisenberg, *Corporations*, op. cit., § 289, p. 54.
 4. « Senior Executive » est défini par § 1.33 ALI PCG, vol. 1, partie I, p. 34, comme étant un « officer »; et « officer », par § 1.27 ALI PCG, vol. 1, partie I, p. 31, comme le Chief Executive Officer, Executive Chairman (Président exécutif du conseil d'administration), trésorier, secrétaire, vice-président exécutif, vice-président du conseil en charge d'un département, division ou fonction ou qui participe à l'établissement de la politique de la société et toute autre personne désignée comme « officer » par la société.
 5. § 5.07 ALI PCG, vol 1, partie V, p. 308: « Transactions between corporations with common Directors or Seniors Executives ».
 6. Idem, § 5.07 (a) (1) et (2).
 7. 8 § 144 (a) DCLA, p. 42.

(2) Cas des groupes de sociétés

Il est rare que des filiales d'un même groupe de sociétés n'aient pas au moins un dirigeant en commun. Le dirigeant commun, souvent un administrateur, dans les conseils d'administration respectifs, est celui qui assure la réalisation de la politique du groupe, au niveau des sociétés filiales. Cette politique constitue le dénominateur commun entre les sociétés membres ; elle est surtout la mesure du véritable intérêt social de la holding du groupe. Cet intérêt, comme nous l'avons déjà souligné¹, est distinct des intérêts individuels des sociétés qui en sont membres. En principe, les conventions conclues entre des sociétés d'un même groupe, ayant des dirigeants communs, sont soumises au contrôle², à moins qu'elles ne soient des conventions libres, donc courantes et conclues à des conditions normales.

Aux Etats-Unis, les conseils d'administration de sociétés appartenant à un même groupe sont composés le plus souvent d'une majorité d'administrateurs communs. Dans le cas de filiales dont le capital est détenu à 100% par la holding d'un groupe, ces administrateurs communs sont souvent presque tous les mêmes³, surtout dans les groupes qui comportent un nombre limité de filiales. Dans ce cas, le droit américain considère qu'il ne peut y avoir de conflits d'intérêts entre deux sociétés membres contractantes. Une présomption logique en apparence, mais qui doit tout de même être appréciée à la lumière de l'intérêt du groupe et non seulement de celui de chacune des sociétés contractantes. Cet intérêt est normalement préservé dans tout genre de transactions entre une holding et sa filiale parce que le *fairness* de la transaction n'est pas mis en cause car le bénéfice économique de la transaction est reflété ultimement dans les comptes consolidés de la holding. Même dans les cas où ce bénéfice est réalisé aux dépens de la filiale, cette dernière n'est pas motivée à invoquer l'*unfairness* pour la simple raison que les actionnaires de la holding sont indirectement actionnaires de la filiale.

Le problème est certainement plus aigu dans le cas où la société contractante dispose d'associés, surtout minoritaires. Dans ce cas, les administrateurs désignés par la holding ont tendance à favoriser la société mère dans toutes conventions à conclure avec la filiale dans laquelle cette holding est majoritaire. L'intérêt social de la filiale est alors différent de l'intérêt social de la holding, ou de l'intérêt du groupe que cette dernière constitue avec ses autres filiales, qu'elle détient à 100%, ou dans lesquelles elle est majoritaire.

1. V. supra, Intérêt du groupe, pp. 33 et s.

2. CA Paris, 18 décembre 1990: RTDC, 1991, p. 227, note Y. Reinhard.

3. J. Choper et M. Eisenberg, *Corporations*, o.cit., § 289, p. 54.

La question à résoudre pour légitimer une convention ainsi conclue est de savoir si elle est *fair* (équitable) pour la filiale¹. Cette position est établie depuis longtemps par la jurisprudence et la doctrine aux Etats-Unis. C'est l'intérêt social de l'entité juridique elle-même qui doit être pris en considération et non celui du groupe².

Les dirigeants communs ne sont pas les seuls dont l'interposition peut susciter un conflit d'intérêts; les personnes qui ont un lien de capital avec la société contractante peuvent être aussi menaçantes pour l'intérêt social.

b) La personne interposée est un associé de la société cocontractante.

En droit libanais, la convention intervenant entre une société et « un autre établissement », ou « entreprise » doit être soumise à l'autorisation préalable de l'assemblée générale, si l'un des administrateurs est propriétaire, associé en nom collectif, directeur ou administrateur de cet établissement³. Dans ce cas, l'administrateur qui est dans le même temps un associé de la société contractante est considéré comme une personne interposée entre la société dont il est administrateur et la société cocontractante. Le conflit d'intérêts est clair, puisque cet administrateur a intérêt à faire prévaloir ses intérêts personnels dans la société contractante sur l'intérêt social de la société qu'il participe à diriger. De même, si l'administrateur est propriétaire d'une entreprise individuelle, ce même conflit d'intérêts surgit. La disposition légale couvrant ce cas est très incomplète. Tout d'abord, et d'une manière générale, on ne le sait que trop déjà, c'est seulement l'administrateur de la société anonyme qui est concerné. Tout autre dirigeant, ou même mandataire social de la société anonyme de référence échappe au contrôle. Ce texte a besoin d'être modifié pour inclure tous les dirigeants sociaux, tels les directeurs généraux, directeurs généraux adjoints, titulaires de pouvoirs et autres dirigeants⁴.

Encore une fois, le droit français donne une solution plus complète. Que la personne interposée soit un directeur général, un directeur général délégué ou un administrateur⁵, l'un des membres du directoire ou du conseil de surveillance⁶, la convention conclue entre la société dans laquelle elle occupe l'une de ces fonctions et une autre entreprise est soumise au contrôle, du moment que l'une de ces personnes est propriétaire de l'entreprise (entreprise personnelle) ou associé indéfiniment responsable. Le texte semble toutefois exonérer ces

1. Idem.

2. V. supra, p. 35.

3. Art. 158, al. 2, C.com.lib; v. C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann, op. cit., art 158, note 6.

4. V. projet de refonte de l'art. 158, C.com.lib. à l'annexe n° 2.

5. Art. L. 225-38, al.3, C.com.fr.(SA).

6. Art. L. 225-86, al. 3, C.com.fr. (SACS).

personnes quand elles ne sont qu'actionnaires, ou associés non indéfiniment responsables dans la société cocontractante. On est là en présence d'un cas où l'actionnaire d'une société anonyme, ou l'associé d'une société à responsabilité limitée, peut être utilisé comme personne interposée, sans avoir à soumettre la convention qu'il conclut avec la société à la procédure de contrôle prescrite par la réglementation¹.

Le texte correspondant pour les SARL prévoit que la convention conclue entre la société, dont l'un des associés est simultanément associé indéfiniment responsable dans une autre société, est soumise à la procédure de contrôle des conventions propre à ce type de société². Par contre, l'interposition de la personne associée dans la société cocontractante n'est pas traitée dans les SAS³.

Aux Etats-Unis, la même procédure pour le contrôle des conventions est applicable quand une convention est conclue entre deux sociétés, si un ou plusieurs des administrateurs ou *officers* de l'une a (ont) un *financial interest* (intérêt financier) dans la seconde⁴. Mais qu'entend-on par « *financial interest* » ? Le texte n'est pas clair. A priori, il s'agit d'une participation au capital. Mais on peut très bien envisager le cas où l'administrateur visé est tout simplement créancier de la société contractante et a donc un intérêt personnel « financier » dans la conclusion d'une convention qui rapporterait à cette dernière société des liquidités dont elle a besoin pour rembourser le montant dû à l'administrateur créancier. En tout cas, les textes en droit américain semblent couvrir les lacunes que nous avons rencontrées en droit libanais et en droit français. Tous ceux qui ont un *financial interest* dans l'autre société sont considérés comme des personnes visées. C'est là une véritable protection de l'intérêt social de la société de référence.

Mais est-ce que tout intérêt financier, indépendamment de son importance, nécessite la soumission au contrôle ? La réponse nous est donnée par un autre texte⁵. Il faut que cet intérêt soit assez substantiel pour qu'il puisse influencer la décision au niveau de la société cocontractante.

L'interposition par une société d'une autre société, qui est administrateur de la première, pour siéger au conseil d'administration d'une troisième société, sans que cette personne

1. D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op. cit., n° 116, p. 128.

2. Art. L. 223-19, al. 5, C.com.fr. (SARL).

3. Art L. 227-10 C.com.fr. (SAS).

4. 8 § 144 (a) DCLA, p. 42.

5. § 8.60 (1) (i) RMBCA, p. 49.

morale interposée soit elle-même associée dans le capital de la troisième société¹, doit à notre sens être assimilée à l'interposition d'un dirigeant, personne physique pour les besoins du contrôle spécial des conventions réglementées, cette société interposée étant considérée comme un dirigeant commun. Le cas est différent quand cette personne morale interposée est un associé, en bonne et due forme, de la société cocontractante.

2. Interposition de personnes morales

La faculté dont jouit une société, disposant d'une personnalité juridique, au même titre que les personnes physiques, de prendre des participations dans le capital d'autres entités juridiques, a fait que les sociétés constituent ou rachètent d'autres sociétés dans le but de réaliser leur objet social, d'élargir leurs activités ou de mieux structurer leurs affaires.

Toujours dans un but organisationnel, une société peut interposer une autre société, le plus souvent sous son contrôle, non pas spécialement et dans le seul but de conclure une convention unique ou une série de conventions avec une tierce société, mais dans un autre but, à plus long terme. Cela n'empêche pas que la société en question soit considérée, dans des cas précis, comme étant une personne interposée, au sens de la réglementation des conventions, quand la société qui la contrôle conclut une convention avec la société dans laquelle la société interposée détient une participation au capital. C'est le cas de la société que nous appelons « personne morale interposée intercalaire contrôlée » (a). De tels cas se rencontrent souvent dans le fonctionnement des groupes de sociétés, et méritent un traitement séparé (b).

a) Personne morale interposée intercalaire contrôlée

Hormis le cas des sociétés filiales d'un groupe, qui sont contrôlées par une société mère (holding), toutes les sociétés intermédiaires ont une position intercalaire, mais toutes ne sont pas nécessairement contrôlées.

Le texte du Code de commerce libanais n'est pas suffisamment clair sur ce point. Il semble restreindre le contrôle, comme on l'a déjà vu, à la personne visée, à savoir uniquement à l'administrateur de la société anonyme, qui est propriétaire, associé en nom collectif ou dirigeant de la société contractante, écartant par ce fait même les cas où la société

1. A moins que les actions de garantie que doit posséder statutairement un administrateur ou un membre du conseil de surveillance d'une société anonyme française : art. L. 225-25, al. 1 et art. L. 225-72, al. 1, C.com.fr., ne soient substantielles. Cette remarque ne vaut plus de nos jours que pour les administrateurs de société anonyme libanaise. Cette exigence ayant disparu en droit français et n'était plus depuis un certain temps déjà une condition en droit américain, à moins que les statuts de la société concernée ne disposent autrement, v. 8 § 141 (b) DCLA, p. 26.

interpose une autre société (que celle-ci soit une filiale ou un associé de la société). Le cas de l'interposition d'une société contrôlée n'est pas réglementé en droit libanais¹, à moins bien entendu que cet administrateur ne soit une personne morale. La situation aurait été toute autre si le texte disposait, par exemple, comme suit : « ou si l'entreprise est elle-même actionnaire, directement ou indirectement, ou associée de la société cocontractante ». Nous avons déjà proposé un palliatif à cette carence.

En droit français, le texte de l'art. L. 225-38, al.1, C.com.fr. (SA) est très clair. Seront soumises au contrôle spécial des conventions, celles qui sont conclues entre une société d'une part et la société qui contrôle l'un de ses associés personnes morales, de l'autre. Ce contrôle a été défini comme étant celui de l'article L. 233-3 du C.com.fr.². Ce dernier article considère qu'une société contrôle une autre lorsque la première dispose de la majorité des droits de vote dans les assemblées des associés de cette autre société, que cette majorité lui ait été conférée par la fraction du capital qu'elle détient, directement ou indirectement, ou en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés, non contraire à l'intérêt social³ et lorsque la société détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette autre société⁴. Ce n'est donc pas seulement la détention de la majorité du capital qui détermine le contrôle, mais le « pouvoir réel au sein des assemblées des actionnaires »⁵.

Le texte de cet article L. 233-3 c.com.fr. a été critiqué sur plusieurs plans. Nous en retenons les suivants:

- Il faut soumettre au contrôle spécial seulement les conventions conclues entre la société et la société contrôlant la société actionnaire qui détient une participation au capital de la société de référence, écartant ainsi de l'application de la procédure de contrôle, l'entité qui contrôle la société actionnaire qui n'a pas la structure d'une société⁶. Les associations, les groupements d'intérêt économique et les fondations sont donc exclues.
- Il est trop restreint, comparé à l'esprit plus large de la réglementation qui n'a pas hésité à utiliser le terme « entreprise » dans son sens générique⁷.

1. Art. 158, al. 2, C.com.lib.

2. Des dispositions similaires se retrouvent pour les SACS: art. L. 225-80, al. 1, C.com.fr. Par contre, des conventions conclues par une SARL, dans une situation où l'associé personne morale contrôle un des associés, échappent au contrôle, l'art. L. 223-19 C.com.fr. étant silencieux sur ce point.

3. Art. L. 233-3, I (1°) (2°), C.com.fr.

4. Idem (3°)

5. P. Le Cannu et B. Bondero, Droit des sociétés op. cit., n° 1506, p. 968.

6. P. Le Cannu, Bull. Joly, juillet 2001, § 165, p. 724.

7. Idem.

- Faut-il que la société contrôlante de l'actionnaire personne morale détienne elle-même plus des 10% du droit de vote dans les assemblées de cet actionnaire ?

Certains auteurs préconisent une interprétation restrictive du texte dans le sens le plus favorable à l'intérêt social de la société, afin d'éviter les risques de blocage des associés minoritaires¹.

Le contrôle pouvant être également exercé par deux ou plusieurs personnes, agissant de concert, l'interprétation restrictive de l'art L. 225-38, C.com.fr. soutient que puisque le rédacteur a choisi le singulier « la société la contrôlant au sens de l'art. L. 233-3 », les pactes d'associés, agissant de concert, pourraient faire échapper les sociétés contractantes à la réglementation².

L'article L. 233-3 C.com.fr., auquel renvoie l'art. L. 225-38, al.1 du même code, n'est pas le seul à avoir défini le contrôle d'une société par une autre. En effet, l'art. L. 233-16 C.com.fr.³ parle de « contrôle exclusif »⁴, cette fois-ci, comme étant celui qui résulte de la détention de la majorité des droits de vote, de la désignation pendant deux exercices successifs de la majorité des membres des organes d'administration⁵, ou bien du droit d'exercer une influence dominante sur la société contrôlée en vertu d'un contrat ou des statuts de celle-ci⁶. Le contrôle conjoint par deux ou plusieurs actionnaires agissant de concert est aussi prévu⁷. Les sociétés contrôlantes au sens de l'article ci-dessus, sont tenues d'établir et de publier des comptes consolidés⁸.

Une comparaison rapide avec l'art. L. 233-3 du C.com.fr. éclaircit le rapprochement qu'il y a entre ces deux textes, à l'exception d'un seul critère. N'est pas considérée comme contrôlant une autre société, pour les besoins de l'application de l'art. L. 225-38, al.1, C.com.fr., la société qui a la faculté de désigner les membres de l'organe de gestion de l'autre société. A notre sens, comme cette faculté provient essentiellement du pouvoir de vote dans les assemblées générales, ce cas est couvert par l'art. L. 233-3 (I) (3°) C.com.fr.

Le droit américain définit le contrôle comme étant « *the power, directly or indirectly, either alone or pursuant to an arrangement or understanding with one or more other persons to exercise a controlling influence over the management or policies of a business*

1. C. Malecki, Conventions réglementées, op. cit., n°s 26 et 27, p. 8.

2. Art. L. 233-3, III, C.com.fr.; v. A. Mercier, Ph. Merle, Cl. Flahaut- Jasson et S. Besnard, Audit et commissariat aux comptes 2009-2010, n° 52590, p. 791.

3. De la section qui traite des comptes consolidés.

4. Art. L. 233-16, II (1°).

5. Idem, II (2°).

6. Idem, II (3°).

7. Idem, III.

8. Idem, I.

organization through the ownership of or power to vote equity interests through one or more intermediary persons, by contract, or otherwise»¹ (le pouvoir direct ou indirect d'une personne agissant directement ou indirectement, seule ou de concert avec une ou plusieurs autres personnes, d'exercer une influence déterminante sur la gestion ou la politique d'une organisation d'affaires, ou sociétés commerciales, par la propriété du capital ou le pouvoir de vote, à travers une ou plusieurs personnes intermédiaires, par contrat ou autrement). La personne n'est pas considérée comme contrôlant une société uniquement parce que cette personne en est un administrateur ou le dirigeant principal (*solely because the person is a director or principal manager of the organization*)².

Cette définition du contrôle en droit américain reprend presque tous les éléments qui sont évoqués par l'art. L. 233-3 C.com.fr à savoir, particulièrement, le pouvoir direct ou indirect de déterminer les décisions de l'assemblée générale, à travers le droit de vote, ou à travers un accord entre associés.

b) Cas des groupes de sociétés

Dans les groupes de sociétés, on rencontre tout genre d'interposition de personnes; des personnes physiques, dirigeants communs à deux ou plusieurs sociétés du groupe, qui sont interposées fonctionnellement dans un but de direction et de contrôle; ainsi que des sociétés filiales dont le capital est détenu, directement ou indirectement, par la société mère. Certaines peuvent être de pures filiales de façade, créées dans l'unique dessein de faire bénéficier la société mère d'avantages fiscaux quand l'imposition des premières est moins lourde que celle de la dernière. Les conventions intra-groupe faisant souvent passer les bénéfices aux filiales profitant de faibles impositions fiscales³. La notion d'interposition de personnes morales dans les groupes de sociétés n'est pas récente⁴. Le risque de la perte par la société interposée de son indépendance patrimoniale et de voir son patrimoine confondu avec celui de la société mère est omniprésent⁵.

1. §1.08 (a) ALI PCG, vol. 1, partie I, p. 13.

2. Idem, § 1.08 (c).

3. Y. Guyon, Droits des affaires, tome 1, op. cit., n° 581, p. 584.

4. V. M. Vanhaecke, Les groupes de sociétés, op. cit., n°s 255 et s., pp. 246 et s.

5. Notes sur Cass. com., 15 septembre 2009 ; RTDC octobre/décembre 2009, Sociétés par actions ; P. Le Cannu et B. Dondero, n° 6, p. 768 et Sociétés en général, C. Champaud et D. Danet, n° 11, p. 756.

Les conventions conclues entre sociétés du groupe sont choses fréquentes¹. Avec le temps, elles sont devenues presque typiques. Les conventions de trésorerie², de management, d'assistance technique et / ou de *know-how* (savoir faire) et autres se retrouvent désormais dans la plupart des groupes de sociétés.

La spécialisation de ces groupes fait parfois que les activités de la société mère sont réduites à la simple détention du capital des filiales; alors que les autres sociétés spécialisées du groupe sont chargées de prêter leurs services aux sociétés membres. Ces prestations de services font l'objet de conventions. Ces dernières tombent, en principe, sous le coup de la réglementation des conventions réglementées, à cause du fait qu'elles sont conclues entre sociétés ayant en commun des personnes visées par ladite réglementation. Mais, en raison de leur fréquence et de leur utilité pour le groupe, elles sont de plus en plus considérées comme des conventions courantes.

La libéralisation des opérations entre sociétés d'un même groupe permet de considérer comme non interdites les conventions liées au crédit de la société, quand elles sont conclues avec un administrateur personne morale. Cela permet à la société d'un groupe qui est en charge de financer les opérations de ses sociétés sœurs ou filiales de conclure des conventions de trésorerie ou de cautionnement etc... sans les soumettre au contrôle spécial des conventions.

Le Code de commerce libanais ne connaît pas la notion de groupes de sociétés en tant que tel. Mais la reconnaissance à une société de sa personnalité morale et de son aptitude à agir et à être traitée dans beaucoup de cas comme un individu, personne physique³, combinée aux dispositions légales qui régissent les sociétés holdings au Liban⁴, constituent une approche préliminaire, assez rudimentaire, de la notion de groupes de sociétés.

Les activités des holdings libanaises, prévues restrictivement, étaient exercées avant par les sociétés libanaises dans le cadre de leurs activités propres, les insérant presque machinalement dans leurs objets sociaux. La loi régissant les sociétés de type holding est venue aider à la structuration des sociétés dont le capital était détenu par les mêmes associés.

-
1. Les relations entre sociétés d'un même groupe sont concrétisées par le recours à la technique contractuelle grâce à sa souplesse; v. Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, op. cit., n° 636, p. 805; v. aussi ce même ouvrage pour les différents types de contrats intra-groupe de sociétés: accords de coopération; accords de sous-traitance; location gérance; n° 637, p. 805 au n° 640, p. 808; v. aussi RTDC, 1964, n° 6, p. 799.
 2. Les opérations financières entre sociétés appartenant au même groupe ont été jugées comme étant l'un des principaux intérêts du groupe de sociétés; v. G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain, *Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales*, op. cit., n° 2025, p. 724 et n° 2023 pp. 721 et 722.
 3. Art. 45 C. com.lib, dispose que toutes les sociétés commerciales, les sociétés en participation exceptées, ont une personnalité morale; v. C. Fabia et P. Safa, *c.com.lib.ann.*, op. cit., commentaire de l'art. 45, note 5 bis.
 4. Décret – Loi n° 45 du 24 juin 1983, modifiée par la loi n° 772 du 11 novembre 2006.

Les exonérations fiscales dont jouit la holding libanaise représentent un avantage certain en comparaison aux autres formes ou structures de société. En outre, et en ce qui nous concerne plus particulièrement, la holding libanaise est autorisée à exercer un certain nombre d'activités nommément et précisément énumérées, à savoir, à part la prise de participation dans le capital de sociétés existantes, dans une limite ne dépassant pas les quarante pour cent dans deux sociétés exerçant au Liban la même activité industrielle, commerciale ou autre, ou la constitution de nouvelles sociétés, la gestion inconditionnelle de ses filiales et l'exploitation de brevets d'invention et marques de commerce¹.

En principe, la société mère ne peut échapper à la conclusion de conventions avec ses filiales pour une prestation régulière des services susmentionnés; d'où, bien entendu, le risque d'opposition d'intérêts, surtout quand la filiale n'en est pas une dont le capital est intégralement détenu par la société mère.

En France, les conventions intra-groupe de sociétés n'ont été que récemment libérées; dans ce sens qu'elles sont considérées comme des conventions courantes et conclues à des conditions normales. Cette libéralisation n'est quand même pas absolue, puisque désormais les conventions, même si elles ne sont plus soumises à l'autorisation préalable du conseil, doivent être toutes déclarées et communiquées « sauf lorsqu'en raison de leur objet ou de leurs implications financières, elles ne sont significatives pour aucune des parties »².

Aux Etats-Unis les conventions entre une société mère et une filiale, dans laquelle la société mère ne détient qu'une majorité du capital est soumise au test du *fairness* (équité), contrairement au cas des filiales détenues à 100%. Dans les groupes de sociétés, l'*unfairness* (défaut d'équité, injustice) se fait surtout ressentir par les actionnaires minoritaires d'une filiale dont la majorité des actions est détenue par une autre société interposée appartenant à 100% à une holding. Les droits de vote supérieurs dont jouissent les actionnaires majoritaires font fléchir la balance des décisions sociales en leur faveur, parfois au détriment des actionnaires minoritaires. La rupture de l'équilibre entre l'intérêt social de la filiale et celui de la holding, toujours à travers la société du groupe interposée, qui est causée par une convention réglementée, nous concerne directement ici³.

Pour revenir à la notion de contrôle, l'*IAS* définissent le contrôle qui existe au sein des sociétés d'un groupe comme étant l'« *ownership, directly or indirectly, through subsidiaries,*

1. Art. 2 du décret – loi n° 45 du 24 juin 1983, modifié par la loi n° 772 du 11 novembre 2006 (Règlementation des sociétés holding).

2. Art. L. 225-39, al. 2, C.com.fr.

3. Cette rupture peut résulter aussi de l'exercice des droits de vote de la holding pour réaliser une distribution injuste de dividendes, une augmentation inopportune de capital, ou bien une usurpation d'opportunité (chance) sociale (usurpation of corporate opportunity).

of more than one half of the voting power of an enterprise, or a substantial interest in voting power and the power to direct, by statute or agreement, the financial and operating policies of the management of the enterprise »¹ (la possession, directe ou indirecte, par l'intermédiaire de filiales, de plus de la moitié du pouvoir de vote dans une entreprise, ou un intérêt substantiel dans ce vote et le pouvoir de diriger en vertu de la loi ou d'un contrat, les politiques financières et opérationnelles de la gestion de la société).

§2. Preuve de l'interposition de personnes

Dans la matière de l'interposition de personnes, il ne s'agit pas d'agir sur la base d'un doute pour tenter d'annuler une convention du simple fait que les circonstances du cas laissent croire qu'une personne visée, qui normalement ne peut pas conclure une convention sans l'avoir soumise à l'autorisation préalable prescrite, interpose, ou fait interposer, une tierce personne, physique ou morale, pour agir pour son compte. La preuve de l'interposition de personne doit être apportée. Elle doit tout d'abord être recevable (A). Dans les cas où une preuve claire n'est pas possible, le recours à des présomptions, toutefois limitées, est légitime (B).

A. Recevabilité et charge de la preuve

La preuve de l'interposition de personne, dans une action en nullité d'une convention pour violation de la réglementation moyennant cette interposition, doit tout d'abord être recevable (1.) et celui qui attaque la convention supporte la charge de cette preuve (2.).

1. Recevabilité

L'interposition de personnes et l'existence d'un intérêt indirect dans une convention sont des questions de fait. Tous indices qui aident à se rapprocher de la vérité les concernant est admis devant les juges de fond qui ont une grande liberté d'appréciation, pour les retenir ou les écarter². La preuve de faits juridiques ne peut que dans des cas assez rares être une preuve préconstituée. Que ce soit une faute commise en passant une convention en violation de la réglementation par un dirigeant indirectement intéressé, ou une fraude résultant de

1. §24 (5) IAS.

2. Ch. Larroumet, Droit civil, tome 1, op. cit., n^{os} 559 et 560, p. 346.

l'interposition de personnes, c'est la liberté de la preuve de ces faits juridiques qui prévaut¹ ; une preuve qui est donc recevable par tout moyen².

2. Charge

Sur ce, celui qui se prévaut de l'interposition de personnes doit prouver son existence. C'est une question de fait ; il appartient aux juges de fond d'apprécier si une interposition existe ou non³.

Aux Etats-Unis, dans le cas des dirigeants communs, et en vertu de la règle de l' *intrinsic fairness*, il incombe à ces derniers dans tous les cas où il y a un self dealing (contrat avec soi-même) auquel ils sont personnellement intéressés, de prouver la *fairness* de la convention⁴ ; à savoir si la société a reçu une contrepartie convenable et suffisante: « *full value* » ; si la société avait vraiment besoin du bien acheté ; si la société avait les disponibilités financières pour payer le prix du bien acheté ; si le prix payé correspondait au prix d'un bien semblable, tel que pratiqué dans le marché, et enfin si la société subit un préjudice⁵.

Les dirigeants communs dans un groupe de sociétés sont censés prouver que la convention est suffisamment *fair* (équitable) pour pouvoir passer le test des tribunaux⁶. La charge de la preuve incombe à la société mère. Elle doit prouver qu'elle n'a pas pris un *unfair advantage* (avantage injuste, inéquitable) de sa filiale découlant de la convention qu'elle a conclue avec elle⁷. Dans le cas des filiales complètement dominées, le doute sur l'existence d'un conflit entre l'intérêt de la société dominante et sa filiale dominée s'accroît et alors le *business judgment rule*, ou la règle de jugement d'affaires, qui met la preuve à la charge de la personne qui s'oppose à la convention, ne joue plus ; c'est l'*intrinsic fairness rule* qui joue dans ce cas, et c'est à la société dominante de prouver l'équité de son traitement avec sa filiale⁸.

1. Idem, n° 581, p. 358.

2. V. droit libanais : E. Eid, Encyclopédie de procédure civile, La preuve de l'exécution, 13^e vol., (La preuve), éd. Sader, 1991, p. 61 ; et en droit français: E. Glasson et A. Tissier, Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, 3^e éd., tome 2^e, Sirey 1926, p. 673 ; v. aussi F. Terré, Introduction générale au droit, 8^e éd., Dalloz 2009, n° 615, p. 514.

3. CA Lyon, 21 mai 1951, préc.

4. Schlensky v. South Parkway Building Corp., 31 mars 1960: 1960 Ill. LEXIS 329, HN 7 ; 19 Ill. 2d 268 ; 166 N.E. 2d 793. S'ils ne sont pas personnellement intéressés, c'est le « *business judgment rule* » qui s'applique et c'est à celui qui attaque la convention de prouver l'interposition de personne.

5. Idem, HN9.

6. Neponsit Inv. Co. v. Abramson, 10 juillet 1979: 1979 Del. LEXIS 392 ; 405 A. 2d 97 (Del. 1979).

7. Sinclair Oil. Corp. v. Levien, 18 juin 1971: 1971 Del. LEXIS 225, 280 A. 42d 717 (Del. 1971).

8. V. supra, pour un traitement détaillé de ces deux concepts, pp. 61 et 62 et pp. 66 et s.

Cette même position est adoptée par d'autres sources de droit américaines, à savoir *ALI PCG*¹. «*If the transaction was authorized in advance by disinterested directors, or authorized in advance or ratified by disinterested shareholders, following such disclosure, the party challenging the transaction has the burden of proof. The party challenging the transaction also has the burden of proof if the transaction was ratified by disinterested directors and the failure to obtain advance authorization did not adversely affect the interests of the corporation in a significant way. If the transaction was not so authorized or ratified, the controlling shareholder has the burden of proof, except to the exception provided in Subsection (c)* » (si la transaction a été autorisée à l'avance par des administrateurs non intéressés, ou autorisée à l'avance ou ratifiée par des actionnaires non intéressés, à la suite de sa révélation, la partie qui l'attaque supporte la charge de la preuve. La partie qui attaque la transaction supporte aussi la charge de la preuve si la transaction a été ratifiée par des administrateurs non intéressés et le défaut d'une autorisation préalable n'a pas négativement affecté les intérêts de la société d'une manière significative. Si la transaction n'a pas été autorisée ou ratifiée, l'associé dominant supporte la charge de la preuve à l'exception de l'exception prévue à la sous-section (c) de § 5.10 *ALI PCG* qui met la charge de la preuve de l'unfairness des conventions qui ont un caractère normal et usuel: «*transactions in the ordinary course of business* »² sur celui qui l'attaque³).

La jurisprudence américaine est hésitante sur ce point, puisque certaines décisions mettent la preuve à la charge de la société mère dominante seulement quand celle-ci a reçu, en vertu de la convention, un avantage que les actionnaires minoritaires de la filiale n'ont pas reçu. Celui qui doit apporter la preuve doit essentiellement prouver que le traitement avec la filiale était un *fair dealing* (traitement équitable). Cette équité est considérée comme acquise si la convention était *fair* au moment de sa conclusion, ou bien si elle a été dûment autorisée ou ratifiée par une majorité d'actionnaires non intéressés, après révélation complète du conflit d'intérêt et de la convention, et ne constitue pas un *waste of corporate assets*⁴ (gaspillage ou dilapidation de biens sociaux).

1. § 5.10 (b) *ALI PCG.*, op. cit., vol.1, partie V, p. 325.

2. *Idem*, § 5.10 (c), p. 326.

3. V. supra, L'exemption des conventions libres de la procédure de l'autorisation préalable, pp. 136 - 138.

4. § 5.10 (a) *ALI PCG.*, op. cit., vol.1, partie V, p. 325. Un cas fréquent est celui du « squeeze-out » où, à la suite d'une fusion ou opération similaire, initiée par la société mère dominante, les actionnaires minoritaires sont évincés contre un prix « unfair » pour leurs actions.

B. Les présomptions

Deux genres de présomptions peuvent être utilisés dans notre cas pour faire soumettre une convention à la réglementation et au contrôle spécial. Il y a tout d'abord la présomption d'interposition de personnes (1.) et celle de l'existence d'un contrôle, au sens visé par la loi, d'une société par une autre (2.).

1. Présomption d'interposition de personnes

La loi libanaise ne prévoit pas de présomption légale en matière de conventions. Les seules présomptions qui peuvent être transposées sont celles déjà évoquées, concernant les proches membres de la famille d'une personne visée¹. La doctrine aurait souhaité qu'une présomption irréfragable d'interposition de certaines catégories de personnes existe par rapport aux membres de la famille directe (conjoint, descendants, frères et sœurs)².

Pareillement, il n'y a pas de présomption légale d'interposition de personnes en droit français. Toutefois, en visant les conventions conclues par personne interposée³, il appartient alors de prouver l'existence d'une interposition de personnes pour que la convention soit soumise au contrôle spécial⁴. Cette preuve est suffisante; il n'est pas nécessaire de prouver l'intérêt du dirigeant dans la convention⁵. Les présomptions de fait jouent alors dans ce cas⁶. C'est aux juges des faits d'apprécier les présomptions « graves, précises et concordantes » qui doivent exister pour les retenir⁷.

L'existence de dirigeants communs, considérée pour les besoins de cette thèse comme des personnes interposées, ne se retrouve pas seulement dans les grands groupes de sociétés. En effet, en raison de l'allègement fiscal dont bénéficie la holding familiale, des «microgroupes», comprenant une société mère holding et un nombre relativement limité de filiales⁸, sont constitués. En effet, on retrouve les mêmes dirigeants partout dans ces groupes; ce sont

1. Art. 381 COCL; art 152 CMCL.

2. Gh. Mahmassani; Les contrats des administrateurs de sociétés anonymes avec leurs sociétés suivant l'article 158 nouveau du Code de commerce libanais ; op. cit., p. 46; v. aussi C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann., op. cit., art. 158, note 16.

3. Art. L. 225-38, al.1, C.com.fr. (SA); art. L. 235-86, al. 1, C.com.fr. (SACS); art. L. 227-10, al.1, C.com.fr. (SAS).

4. I. Balensi, Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, n° 82, p. 53.

5. Idem; v. Cass. com., 23 janvier 1968, préc.

6. Art. 1353 C.civ.fr.

7. Cass. soc., 27 janvier 1999: Recherche sur internet, site « www.légifrance.gouv.fr. » « mini groupe de sociétés », consulté le 9 novembre 2009.

8. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 635, p. 803; d'après cet auteur, les deux tiers des groupes recensés en France sont des microgroupes dont les holdings ont moins de quatre filiales et moins de 500 salariés au total; v. Y. Reinhard, La holding familiale, Defrénois, 2001, n° 5/01, art. n° 37313, p. 291.

normalement les membres de la famille ou leurs représentants. Dans ces «petits groupes», une filiale société civile immobilière (SCI) par exemple, achète une propriété en s'endettant pour payer son prix. La holding qui contrôle la SCI fait louer cette propriété à une de ses filiales qui entreprend l'exploitation commerciale, moyennant des loyers. La SCI peut ainsi déduire les intérêts qu'elle verse au prêteur de son bénéfice imposable et la filiale qui exploite le fonds de commerce peut déduire les loyers versés à la SCI des résultats de l'exploitation¹. Devant ce montage, SCI et société d'exploitation, sommes-nous vraiment, comme se le demandent des auteurs, «dans la fictivité»²? Dans ces petits groupes, on retrouve bien souvent les mêmes associés et les mêmes dirigeants. Quand l'exploitation commerciale tourne au rouge et que la société d'exploitation est mise en faillite, les créanciers de cette dernière se retrouvent sans possibilité de mettre la main sur cet actif immobilier que détient l'autre société, la SCI, à moins qu'ils ne réussissent à établir sa fictivité. Ce montage fait courir à la filiale d'exploitation tous les risques de cette dernière alors que le véritable bénéfice réalisé dans ce «couple» est passé à la SCI qui profite des loyers que verse la filiale d'exploitation et même parfois de la valorisation de l'immobilier à la suite des rénovations dont le coût est supporté par la filiale. La jurisprudence a eu à trancher aussi bien sur la fictivité de la SCI, que sur la confusion des patrimoines respectifs des deux sociétés³. Cette confusion doit être prouvée, surtout la confusion des comptes et l'existence de relations financières anormales entre les sociétés⁴. La Cour de cassation apprécie l'anormalité financière d'une manière assez étroite⁵.

Bien entendu, la démonstration de l'existence d'un intérêt indirect, hors toute interposition de personnes, entraîne la nullité d'une convention non soumise au régime spécial, au titre de l'alinéa 2 de l'art. L. 225-38 C.com.fr.⁶

L'interposition de personnes est en elle-même une présomption de l'existence d'un intérêt indirect⁷. Ce n'est point une présomption irréfutable, car la loi ne vise pas seulement l'associé en nom et l'administrateur qui, le plus souvent, ont des intérêts personnels dans la société dont l'intérêt social est à protéger contre les intérêts opposés des personnes visées,

1. P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 1512, p. 971.

2. M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, n° 158, p. 88. Les indices et critères retenus par la jurisprudence pour caractériser la fictivité sont : défaut d'activité de la société, absence de fonctionnement régulier, défaut d'autonomie patrimoniale et surtout absence de l'affectio societatis : v. N. Mathey, *Société fictive : rappel et mise en œuvre des critères*, note sous Cass. com., 9 juin 2009, préc.

3. Cass. com., 7 janvier 2003: BRDA, 4/2003, n° 5; Cass. com., 25 juin 1996 : Bull. civ. 1996 n° 190, p. 162.

4. CA Paris, 3^e ch., 1^{er} juillet 2008 : Bull. Joly, janvier 2009, § 12, p. 48, note F. Reille (Preuve insuffisante pour éteindre la procédure collective d'une SARL à la SCI).

5. Cass. com., 30 septembre 2008 : Bull. Joly, mars 2009, § 53, p. 269, note A. Couret.

6. Cass. com., 15 juin 1993: Bull. Joly, juillet 1993, § 252, p. 868.

7. I. Balensi, *Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants*, op. cit., n° 81, p. 53.

mais aussi d'autres dirigeants qui peuvent n'avoir aucun intérêt personnel; c'est le cas du directeur général et du directeur général délégué qui ne sont pas nécessairement des associés.

Aux Etats-Unis, la définition de *related party* (partie liée) dans l'appréciation d'une situation de conflit d'intérêts, déjà exposée plus haut en identifiant les personnes qui sont considérées comme proche membres de la famille¹, étend cette notion pour inclure d'autres personnes, à savoir les « *trustees* » (fidéicommissaires) ou « *estate* » (succession) dont un administrateur est bénéficiaire principal ou un « *incompetent* » (incapable), « *conservatee* » (personne protégée par le tribunal) ou un « *minor* » (mineur) dont l'administrateur est fiduciaire². Une présomption d'interposition est créée en ce qui concerne ces personnes.

2. Présomption de contrôle d'une société par une autre

La loi libanaise ne définit nulle part le contrôle d'une société par une autre. Ce qui laisse la voie libre aux interprétations. A notre sens, le règlement des sociétés holding au Liban a effleuré cette notion de contrôle d'une manière excessivement discrète, en limitant le nombre de filiales exerçant le même objet, que peut avoir une holding libanaise, à deux, quand la participation est à hauteur de 40% du capital de chacune. Ce que le législateur voulait sans doute, pour limiter les monopoles, c'est de ne pas permettre à une holding de détenir plus de 40% du capital dans plus de deux sociétés exerçant des activités similaires au Liban. Dans l'esprit du législateur, ce seuil de 40%, avec les droits de vote qui y sont attachés, représente le seuil de contrôle par la holding au-delà duquel la concentration économique des activités des filiales deviendrait dangereuse pour le consommateur. Peut-on en tirer une présomption de contrôle? Dans ces circonstances, un raisonnement par analogie ne saurait être que bénéfique.

Il y a en droit français une présomption légale de contrôle quand une société dispose, directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40% dans une société et qu'aucun autre associé / actionnaire ne détient, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne³. La présomption de contrôle, à des fins de consolidation de comptes⁴, est différente et plus réaliste, nous le pensons, puisqu'elle traite des cas où il y a un contrôle effectif non simplement relatif à la détention d'un seuil minimum de droits de vote.

1. V. Immediate Family, § 1.26 ALI PCG., vol.1, partie I, p. 31.

2. § 8.60 (3) RMBCA, p. 49; v. aussi § 1.03 ALI PCG., vol. 1, partie I, p. 8, par renvoi de § 1.23 (1) ALI PCG., vol. 1, partie I, p. 25.

3. Art. L. 233-3 – II, C.com.fr.

4. Art. L. 233-16 – II, C.com.fr.

Ce contrôle est considéré comme exclusif et il est présumé si une majorité des droits de vote est détenue (directement ou indirectement) dans l'entreprise contrôlée consolidée, ou si la société consolidante désigne pendant deux exercices successifs la majorité des dirigeants ou membres des organes de surveillance de cette dernière, soit du droit d'exercer une influence dominante dans cette dernière. La faculté de désigner les dirigeants est elle-même présumée si la société consolidante dispose de plus de 40% des droits de vote de l'entreprise consolidée.

Pour compléter la panoplie de présomptions légales dans ce contexte, le droit français présume qu'il y a une participation indirecte d'une société dans le capital d'une autre, si la société contrôlée par la première détient elle-même une participation (directe) dans la deuxième¹ et qu'une société qui dispose, directement ou indirectement, d'au moins 20% des droits de vote d'une entreprise, est présumée exercer une influence notable sur la gestion et la politique financière de cette entreprise².

A l'instar du droit français, le droit américain présume l'existence d'un contrôle par une personne (physique ou morale) d'une société. Cette présomption est basée sur l'exercice des droits de vote et la détention d'une fraction du capital de la société contrôlée. « *A person who either alone or pursuant to an arrangement or understanding with one or more other persons, owns or has the power to vote more than 25 percent of the equity interests in a business organization, is presumed to be in control of the organization ; unless some other person, either alone or pursuant to an arrangement or understanding with one or more other persons, owns or has the power to vote a greater percentage of equity interests...* »³. (Toute personne qui, agissant seule, ou de concert avec une ou plusieurs autres personnes, possède ou dispose d'une fraction des droits de vote supérieure à 25% d'une *business organization* (organisation d'affaires), est présumée contrôler cette organisation, à moins qu'une autre personne, seule ou en vertu d'un arrangement ou une entente avec une ou plusieurs autres personnes possède ou dispose d'un droit de vote supérieur). Ce texte ressemble étrangement dans son ensemble au texte correspondant en droit français.

Cette présomption est pourtant réfragable . Il suffit pour cela que la personne présumée contrôlante prouve, qu'en dépit de sa détention de plus de 25 pour cent du capital de la société ou qu'en dépit du fait qu'elle dispose de plus de 25 pour cent des droits de vote, elle

1. Art. L. 233-4 C.com.fr.

2. Art. L. 233-16 (IV) C.com.fr.

3. § 1.08 (b) ALI PCG, op. cit., vol. 1, partie I, p. 13.

n'y exerce pas vraiment une « *controlling influence over the management or policies of the organization* » (une influence contrôlante sur la gestion ou la politique de l'organisation)¹.

L'IAS adopte un seuil plus important qui est celui de plus de 50% des droits de vote ; ce seuil est toutefois utilisé uniquement par les sociétés qui adoptent les standards en question à savoir les IAS, et seulement pour les besoins de la présentation de leurs comptes sociaux et de l'audit comptable qui s'y impose².

* * *

Nous déduisons des développements précédents que les textes réglementant notre sujet en droit libanais s'enrichiront de modifications inspirées du droit français. L'objet de ces modifications est essentiellement de combler des lacunes évidentes qui nous ont été révélées par la comparaison des deux systèmes juridiques en question. Notre projet de refonte de l'article 158 du C. com. lib. propose d'élargir le champ d'application de la procédure, tant au niveau des personnes visées, pour n'en faire échapper aucune, et des actes juridiques visés, pour ne laisser aucune ambiguïté dans l'interprétation de la réglementation, surtout en ce qui concerne l'objet et le nombre de parties contractantes. Les notions d'intérêt direct et d'intérêt indirect dans une convention y sont introduites.

En outre, une précision spéciale du terme « établissement » ou « entreprise » sera faite pour englober toutes les structures juridiques exerçant une activité commerciale³.

Quant à l'introduction d'une réglementation des conventions réglementées dans les sociétés à responsabilité limitée libanaises, et sans trop ébranler la structure du décret législatif n°35 du 5 août 1967, qui a ajouté un Titre VII au livre II du C.com.lib., nous avons trouvé que l'article 18 du décret en question qui, dans un seul alinéa, interdit aux gérants et associés de conclure des conventions qui sont liées au crédit de la société, admettrait bien d'autres alinéas pour accueillir cette réglementation⁴.

* * *

Du Titre 2 de la première partie de cette thèse, nous pouvons tirer l'enseignement suivant. Les législateurs dans les trois systèmes juridiques comparés se sont sérieusement attelés à la charge de prévenir les conflits d'intérêts qui peuvent surgir dans les sociétés commerciales, à

1. Commentaire de § 1.08 « Control », ALI PCG., op. cit., vol.1, partie I, p. 13.

2. § 3 (5) IAS 24.

3. V. projet de refonte du texte de l'art. 158 à l'annexe n° 2.

4. V. projet de refonte de l'art. 18 du DL n°35 du 5 août 1967, à l'annexe n° 3.

la suite de la conclusion de conventions avec la société, par des dirigeants, et en droit français et en droit américain, des associés de la société y ayant un intérêt personnel. Ces conventions de quelque nature qu'elles soient, indépendamment du mode de leur conclusion, de leur objet, des effets de droit qu'elles produisent, doivent désormais être soumises au contrôle spécial, à l'exception des conventions courantes, usuelles ou ordinaires qui sont conclues à des conditions normales, qui sont *fair* pour la société. La situation dans les groupes de sociétés a aussi été soulignée, non seulement pour définir la notion d'intérêt du groupe, mais surtout pour mettre en relief le mode d'appréciation de l'existence ou non d'une contrariété non justifiée d'une convention à cet intérêt et aux intérêts respectifs des sociétés membres qui la concluent.

Les intéressés ne peuvent plus se cacher derrière des coulisses artificielles pour dissimuler l'intérêt personnel qu'ils ont dans des conventions conclues d'une manière indirecte ou par personnes interposées.

La volonté du législateur de protéger l'intérêt social et de situer sa préoccupation à ce sujet dans un contexte juridique, en édictant des textes précis, est renforcée par une jurisprudence ferme qui fait le bonheur des institutionnalistes et ceux qui prévoient le développement du monde des affaires dans un climat sain, en utilisant les outils les plus efficaces pour atteindre ce but. Les épargnants qui investissent dans des sociétés à la suite d'appels publics, sont rassurés que les lois en vigueur protègent leurs intérêts à travers la protection de l'intérêt de la société dans laquelle leurs épargnes sont investies.

En effet, comme nous l'avons montré, la notion d'intérêt social a été plus ou moins délimitée par la définition de tous les intérêts qui peuvent le côtoyer ou lui faire face, dans toute leur complexité. Nous avons également souligné l'intérêt, économique et financier, du groupe de sociétés vu comme une entité économique indépendante des entités juridiques qui le constituent.

Pour parfaire la protection de l'intérêt social, les lois ont posé des conditions à l'existence de conflits avec les intérêts personnels des personnes intéressées à une convention. Ceux qui attaquent une convention doivent prouver cette existence, ainsi que le préjudice causé à l'intérêt social.

En outre, les actes juridiques, sous toutes leurs formes et variétés, qui peuvent être qualifiés comme conventions pour les besoins de la réglementation des conventions réglementées ont été passés en revue, ainsi que les acteurs qui participent, directement ou indirectement, à leur conclusion ou qui y sont directement ou indirectement intéressés.

Notre première partie a donc démontré que l'intérêt social était vraiment la raison d'être principale de la réglementation des conventions réglementées. On ne saurait toutefois avoir une véritable protection avec seulement des définitions théoriques ou des textes qui, comme au Liban, restent presque toujours lettre morte. Il s'agit de créer des mécanismes pratiques, aptes à mettre en œuvre cette protection assez complexe d'ailleurs. C'est ce que la deuxième partie de notre thèse, intitulée « La mise en œuvre de la protection de l'intérêt social en matière de conventions réglementées », tentera d'élucider.

* * *

DEUXIÈME PARTIE

LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROTECTION DE L'INTÉRÊT SOCIAL EN MATIÈRE DE CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

La protection de l'intérêt social contre les risques que peuvent créer les conflits d'intérêts est une tâche difficile. Cette difficulté provient non pas du fait que cet intérêt n'est pas délimité d'une manière très rigoureuse ; on a vu dans la première partie de cette thèse qu'en dépit de la rivalité complexe d'intérêts qui peut exister au sein d'une société, l'intérêt social à protéger est quand même identifiable, mais surtout du fait que l'existence du risque, et du danger pour la société qui peut en découler, ne sont pas toujours connus ou évidents.

La prévention de l'avènement d'un risque n'est-elle pas le meilleur moyen pour éviter d'avoir à le courir et en subir les conséquences? C'est ainsi que, pour prévenir des conflits d'intérêts, la réglementation des conventions règlementées soumet l'intéressé à une procédure de contrôle, en vertu de laquelle son intérêt personnel ne reste pas occulte et sa contrariété à l'intérêt social est appréciée par les organes sociaux compétents. La marge d'appréciation dont jouissent ces organes se rétrécit avec l'extension du champ d'application de la réglementation aussi bien au niveau des personnes visées que des actes visés, surtout en France.

Les modalités prévues pour assurer cette prévention, s'avèrent ne pas être toujours suffisantes. La lourdeur de la procédure et certaines lacunes législatives, surtout au Liban, entravent la réalisation de l'objet principal du législateur qui n'est autre que la protection de l'intérêt de la société. (Titre 1). Les garanties de la primauté de l'intérêt social, législatives et jurisprudentielles, consolident et renforcent les principes qui sous-tendent la procédure, par des moyens pratiques qui freinent les ambitions cupides d'un intéressé désireux de faire prévaloir son intérêt personnel sur l'intérêt social. Ces garanties seront dépouillées et situées dans leur contexte théorique (Titre 2).

TITRE 1

PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS

Nous avons intitulé le premier titre de cette deuxième partie de notre thèse «Prévention des conflits d'intérêts»; un titre qui n'est pas très original puisque la loi elle-même, en particulier la loi NRE, y a eu recours, pour chapeauter les dispositions relatives entre autres au contrôle des conventions réglementées.

Comme l'homme est l'ennemi de ce qu'il ignore¹, la société est l'ennemie de tout défaut de transparence de la part de ceux qui contractent avec elle, surtout si ceux-ci sont des personnes qui lui sont liées, dirigeants ou associés. Les uns ou les autres, intéressés personnellement à une transaction, ne devraient en principe avoir aucun problème à révéler leur intérêt, quand l'intérêt de la société n'est pas menacé par sa conclusion. Ils n'oseraient pas le faire s'il en était autrement. Cette révélation met la convention au grand jour et permet aux organes sociaux habilités à apprécier l'existence ou non d'une véritable menace à l'intérêt social de ne pas l'autoriser ou de la désapprouver au cas où cette menace existerait. La révélation de l'intérêt personnel à une convention est donc le premier pas à franchir dans l'exécution de la procédure de contrôle spécial prévue par la réglementation (Chapitre 1).

Une fois que l'existence d'un intérêt personnel est dévoilée, il s'agit de vérifier si cet intérêt lèse l'intérêt social. Cette vérification s'opère à travers le mécanisme de l'appréciation de l'intérêt personnel dans la convention à la lumière de l'intérêt de la société. Cette appréciation est faite par les organes sociaux compétents. Nous verrons que tous les acteurs qui jouent sur la scène sociale auront directement ou indirectement leur mot à dire. Administrateurs, associés ou commissaires aux comptes, chacun a un rôle à jouer dans ce processus. Leur degré d'intervention n'est pas toutefois le même dans les trois systèmes juridiques étudiés, ni le poids qu'accordent ces systèmes à leur décision. La souveraineté traditionnelle de l'assemblée générale semble céder la place aux exigences de la vie des affaires qui confère un rôle prépondérant aux conseils d'administration au point où, dans notre contexte, l'appréciation de l'assemblée générale semble être en quelque sorte superflue (Chapitre 2).

1. Proverbe arabe الإنسان عدو ما يجهل

CHAPITRE 1

RÉVÉLATION DE L'INTÉRÊT PERSONNEL

La transparence dans la vie des sociétés est devenue une exigence, oserons-nous dire, à la mode, en ce sens qu'elle est adoptée de plus en plus par les législateurs dans la plupart des systèmes juridiques. Elle est garante de la sincérité des transactions conclues par la société.

Cette transparence confère à la société une crédibilité sur plusieurs plans, notamment dans ses rapports avec les tiers ; surtout les banques et les établissements de crédit. Ces derniers sont plus encouragés à consentir leurs facilités financières à des sociétés gérées selon les normes du gouvernement d'entreprise. Leur risque de se voir rembourser les montants qu'ils avancent à la société se trouve dans ce cas diminué. Elle est aussi bénéfique dans les transactions avec d'autres tiers qui sont concernés par la sincérité des comptes de la société.

Les personnes intéressées personnellement à une convention, qui sont visées par la réglementation doivent satisfaire à cette exigence. Cette révélation a pour avantage d'aviser la société, et les organes sociaux, de l'existence d'une convention à laquelle un dirigeant ou un associé est intéressé.

La révélation de l'intérêt personnel suppose l'existence d'acteurs qui la mettent en jeu et y réagissent (Section 1). Ensuite, une fois que ces acteurs sont identifiés, il convient de voir l'étendue de cette révélation (Section 2).

Section 1. Acteurs de la révélation

Il y a deux acteurs principaux qui jouent dans le processus de révélation de l'intérêt personnel : ceux qui l'initient ; ce sont ses auteurs (§1) et ceux à l'attention desquels elle est faite; ce sont ses destinataires (§2).

§ 1. Auteurs de la révélation

Qui est tenu de révéler l'existence d'un intérêt personnel dans une convention à conclure avec la société qui doit-être soumise au contrôle spécial, avant sa conclusion dans les SA et, sous certaines conditions, dans les SARL et, après cette conclusion, et sous d'autres conditions dans les SARL et les SAS?

C'est l'intéressé lui-même qui est tenu de cette obligation légale de révélation. Les intéressés qui se trouvent dans ce cas sont soit des dirigeants de la société (A), soit des

associés (B). Il leur incombe de communiquer l'existence d'une telle convention aux organes sociaux habilités à recevoir cette communication¹.

A. Dirigeants

Selon que le dirigeant dirige individuellement ou est membre de l'organe dirigeant d'une société anonyme, de type classique, ou avec directoire et conseil de surveillance (1.), ou bien le gérant d'une société à responsabilité limitée (2.), les auteurs de la révélation de l'intérêt personnel diffèrent.

1. Sociétés anonymes

Les trois systèmes juridiques comparés ont défini, d'une manière plus ou moins complète, les dirigeants de sociétés anonymes sur lesquels pèse l'obligation de révélation. Le droit libanais se trouve en quelque sorte en recul en comparaison avec les droits français et américains, puisque les dirigeants qu'il vise dans sa réglementation des conventions réglementées se limitent à un seul : l'administrateur. Quant aux deux autres systèmes, les dirigeants visés sont beaucoup plus variés. Ces dirigeants, qui sont les auteurs de la révélation de l'intérêt personnel, sont les administrateurs intéressés (a) et autres dirigeants intéressés (b).

a) Les administrateurs intéressés

Le droit libanais ne précise l'auteur de la révélation de l'intérêt personnel que quand l'intérêt personnel est indirect, c'est-à-dire quand l'administrateur d'une société est propriétaire, associé en nom collectif, directeur ou administrateur d'une entreprise qui envisage de conclure une convention avec sa société², alors que la disposition de principe qui soumet les conventions entre la société et l'administrateur au contrôle n'en parle guère³. La dernière phrase de l'art. 158, alinéa 2, du C.com.lib. dispose que « L'administrateur se trouvant dans l'un de ces cas doit en aviser le conseil d'administration », suggérant que cette obligation de révélation n'est imposée que dans le cas de l'intérêt personnel indirect.

1. Les commissaires aux comptes, le président du conseil d'administration, le conseil d'administration et le conseil de surveillance, en soumettant les conventions révélées ou autorisées à un organe social en font en principe une révélation. Ils sont en quelque sorte aussi des « auteurs » d'une telle révélation. Mais nous avons cru bon de limiter ici les « révéléurs » à ceux qui sont intéressés à la convention (dirigeants ou associés).

2. Art. 158, al. 2, C.com.lib.

3. Idem, al. 1.

Nous pensons qu'une mauvaise disposition de cette phrase, rattachée à l'alinéa 2, plutôt que faisant partie d'un alinéa séparé, qui aurait dû la rattacher aux deux alinéas 1 et 2 de l'article en question, est responsable de l'exception apparente, de l'alinéa 1, de l'obligation de révélation de l'administrateur dans les cas de l'intérêt personnel direct. A notre sens, l'obligation de révélation doit être imposée dans tous les cas, sans aucune distinction. La doctrine libanaise ne semble pas partager cette opinion puisqu'elle considère que si l'administrateur traite directement et personnellement avec la société¹, il n'a pas besoin de révéler d'une manière formelle son intérêt personnel; ce qui justifie à son sens l'obligation légale de révélation seulement dans le cas d'un intérêt indirect². Nous ne partageons pas cette position car la doctrine en question suppose que si un administrateur conclut directement avec la société une convention à laquelle il est intéressé, le conseil d'administration est forcément avisé par celui qui signe la convention au nom de la société. Cette supposition est justifiée seulement si un des membres du conseil d'administration, à savoir le président ou bien l'administrateur délégué, a signé la convention et encore si ces signataires révèlent l'existence de la convention. Mais, si la convention est signée par un représentant légal de la société, qui n'est pas un membre du conseil, elle peut très bien rester occulte, le conseil n'en prenant pas acte. Dans notre projet de refonte de l'art. 158 C.com.lib., nous proposons que l'intéressé déclare au président du conseil son intérêt, que cet intérêt soit direct ou indirect³. La soumission du projet de la convention à laquelle l'administrateur est personnellement intéressé est par contre suffisante car elle constitue en elle-même une révélation. Toutefois, il convient de faire une déclaration au préalable au conseil d'administration pour déclencher la procédure de contrôle.

Par contre, le droit français a élaboré le processus de révélation et y a consacré une place importante dans son traitement des conventions réglementées. En effet, la loi dispose que « l'intéressé est tenu d'informer le conseil, dès qu'il a connaissance d'une convention à laquelle l'art. L. 225-38 est applicable »⁴. Ce devoir d'information s'applique aussi bien aux dirigeants qu'aux associés qui sont personnellement intéressés au sens de la réglementation. Cet article conditionne, en quelque sorte, l'exercice du devoir d'information ou de révélation à l'existence d'un intérêt à la convention.

1. C'est le cas quand il signe lui-même la convention réglementée.

2. C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann., commentaire de l'art. 158, note 10 ; v. aussi Gh. Mahmassani : les contrats des administrateurs de sociétés anonymes avec leurs sociétés suivant l'article 158 nouveau du Code de commerce libanais, op. cit., p. 57.

3. V. projet de refonte de l'art. 158 C.com.lib. à l'annexe 2.

4. Art. L. 225-40, al. 1, C.com.fr. (SA); art. L. 225-88, al. 1, C.com.fr. (SACS).

L'initiative de la révélation de l'intérêt personnel appartient tout d'abord à l'intéressé lui-même qui est le mieux placé pour apprécier si la convention est à contrôler au sens de l'article L. 225-38 C.com.fr.¹. Ce pouvoir d'appréciation conféré à l'intéressé est renforcé en ce qui concerne les conventions libres, donc celles qui sont courantes et conclues à des conditions normales². L'obligation de communication de ces dernières conventions au président du conseil devient « inopportune » si ce dernier en sa qualité de président ou de directeur général passe la convention au nom et pour le compte de la société³. Cela dit, « la saisine du conseil par l'intéressé lui-même n'exclut nullement que le conseil puisse se saisir d'office ou sur intervention de l'un quelconque de ses membres »⁴.

Si un intéressé est administrateur dans deux sociétés qui sont soumises à la réglementation, la révélation doit être faite dans les deux.

Aux Etats-Unis, le devoir de *fair dealing* (traitement équitable) des *directors* (administrateurs) comporte l'obligation « *to make appropriate disclosure* » (de faire une révélation appropriée, adéquate) quand il s'agit d'une affaire « *affecting* » (affectant) la société dans laquelle ils sont intéressés⁵. Cela même si l'intéressé, ou une *related party* (personne qui lui est liée), n'est pas partie contractante à la convention. Le contexte ici est celui du cas où un administrateur dans une situation de conflit d'intérêts avec la société n'est pas libre de révéler tous les détails de la convention; sa liberté étant contractuellement limitée, ou limitée par le secret professionnel ou toute autre obligation de discrétion. Dans ce cas, il suffit que la révélation se limite à l'existence et la nature du « *conflicting interest* » (intérêt conflictuel), et des restrictions qui en limitent une révélation plus complète, sans que l'intéressé puisse participer au vote le concernant⁶.

La non-révélation de l'intérêt personnel est elle-même considérée comme une violation d'une obligation fiduciaire qui est passible de sanctions indépendamment des conséquences⁷. Quand l'intéressé ne révèle pas son intérêt personnel, comme par exemple, sa réalisation d'un

1. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, Contrats entre les administrateurs et la société, op. cit., n° 47, p. 11.

2. Art. L. 225-39, al. 2, C.com.fr. (SA); art. L. 225-87, al. 2, C.com.fr. (SACS).

3. P. Le Cannu et B. Dondero, Droit des sociétés, op. cit., n° 754, p. 505.

4. I. Balensi, Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, op. cit., n° 159, p. 115.

5. § 5.01 ALI PCG, vol.1, partie V, p. 205.

6. § 8.62 (b) RMBCA, p. 50.

7. Walt Disney Co. Derivative Litig., 7 octobre 1998: 1998 Del. Ch. LEXIS 186, HN 23; Del. Ch. 731 A. 2d 342 (Del. 1998).

profit personnel auquel il n'avait pas droit, il est débouté de toute « *claim* » (réclamation)¹ qui découle de la convention.

La *duty of fair dealing*, ou *duty of fairness*, d'après *ALI PCG*, n'est qu'un principe général² qui doit inspirer les obligations spécifiques des *directors and senior executives*³ ou des *controlling shareholders*⁴. C'est dans ce sens que la violation de l'obligation fiduciaire de loyauté par un *director*, par exemple, qui manque à son obligation spécifique de « *disclosure concerning the conflict of interest and the transaction...* » (révélation concernant le conflit d'intérêts et la transaction)⁵ constitue également une violation du *fair dealing*.

b) Autres dirigeants intéressés

Le droit libanais, en ne réglementant que les conventions conclues entre la société anonyme et ses administrateurs, fait échapper au contrôle les conventions conclues par d'autres dirigeants, à savoir le directeur général, quand ce dernier n'est pas administrateur, et les autres membres de la direction générale comme le directeur général adjoint. Ces derniers, au cas où ils sont intéressés à une convention, peuvent à la lumière de la législation en vigueur la conclure ou la faire conclure sans la soumettre à l'autorisation préalable de l'assemblée générale.

En France, l'article L. 225-40, al.1, du C.com.fr. met l'obligation de révélation à la charge de l'« intéressé ». En renvoyant, pour l'identification de la convention qui engendrerait cette obligation, à l'art. L. 225-38 du C.com.fr., le législateur définit indirectement l'intéressé, débiteur de cette obligation, comme étant toute personne visée par ce dernier article, dont le premier alinéa cite, au nombre des dirigeants non nécessairement administrateurs, le directeur général et le directeur général délégué. Dans les sociétés par actions simplifiées, la loi ne précise pas qui doit faire la révélation de l'intérêt personnel. Nous estimons que les statuts d'une SAS doivent combler cette lacune en précisant que c'est au dirigeant intéressé de la faire au président de la société.

Les *senior executives*⁶ sont censés, en droit américain, révéler l'intérêt personnel qu'ils ont dans une convention à conclure avec la société. La réglementation aux Etats-Unis englobe

1. Rosenthal v. Four Corners Oil and Minerals Co., 3 mai 1965: 1965 Colo. LEXIS 655; 157 Colo. 136; 403 P. 2d 762, 766 (1965).

2. § 5.01 ALI PCG, vol. 1, partie V, op. cit., p. 205.

3. § 5.02 ALI PCG, vol. 1, partie V, p. 209.

4. Idem, p. 325.

5. Idem, p. 209.

6. § 5.01 ALI PCG, vol.1, partie V, p. 205.

des catégories plus larges de dirigeants que ceux limitativement prévues dans les textes correspondants en droit libanais et en droit français. Par *senior executive* (dirigeant exécutif), le droit américain entend une personne dans une position de commandement. ALI PCG considère que le *senior executive* signifie *officer*¹. Comme nous l'avons déjà souligné², ce terme comprend un grand nombre de personnes dans des postes de direction. La société se retrouve avec un nombre accru de dirigeants astreints à l'obligation de révélation de l'intérêt personnel qu'ils ont dans des affaires ou conventions passées avec elle. La société anonyme américaine dispose d'une grande flexibilité dans la désignation du dirigeant. Les *officers* sont normalement désignés par le conseil d'administration conformément aux statuts de la société. Les postes occupés par les *officers* sont mentionnés dans les statuts ou dans une résolution prise en conseil d'administration³. Les *officers* sont des mandataires sociaux qui ne sont des employés de la société que dans la mesure où ils sont liés avec elle par un contrat de travail⁴.

2. Sociétés à responsabilité limitée

Le nombre des organes sociaux des sociétés à responsabilité limitée est, en général, plus modeste que ceux des sociétés anonymes. Sur ce, la catégorie des personnes dirigeantes qui sont appelées à révéler un intérêt personnel dans une convention conclue avec ce type de sociétés est limitée aux gérants (a) et au commissaire aux comptes, s'il en existe (b).

a) Gérants

Le droit libanais, n'ayant imposé aucune procédure de contrôle des conventions conclues entre les gérants de SARL et leur société, la question de la révélation de l'intérêt personnel des gérants dans une convention ne se pose même pas. Cette carence présente une faille importante dans le système juridique libanais, qui est un résultat inéluctable de l'inexistence à la base d'une obligation de soumettre de telles conventions à l'autorisation principale de l'assemblée des associés. La refonte de l'art. 18 du décret-loi libanais n° 35, du 5 août 1967, qui ne règlemente jusqu'à présent, que les conventions interdites, et que nous proposons de modifier à plusieurs égards, présente une occasion adéquate pour combler cette faille en imposant la révélation du projet de convention à l'assemblée des associés⁵.

1. § 1.33 ALI PCG, vol.1, partie I, p. 34.

2. V. supra, la liste des « officers », p. 162.

3. § 8.40 (b) RMBCA, p. 44.

4. § 142 (a) DCLA, p. 40.

5. V. annexe n° 3.

En France, cette révélation est nuancée. Le gérant est tenu de révéler l'existence de l'intérêt personnel¹. Cette révélation est faite selon un moyen qui peut être différent de celui adopté par les intéressés dans les sociétés anonymes, comme nous le verrons plus tard. La charge de la révélation pèse donc sur le gérant, même si ce n'est pas lui l'intéressé à la convention. En effet, que l'intéressé soit le gérant lui-même ou un associé, la révélation doit avoir lieu.

Les sociétés à responsabilité limitée américaines sont en ce sens très libérales. A moins que les statuts d'une société ne disposent autrement, les gérants (et mêmes associés) sont libres de conclure toute sorte de conventions avec leur société, même celles que nous considérons dans les systèmes libanais et français comme interdites². Aucune obligation de révélation n'est imposée d'office. Si une telle situation aurait été déplorable au Liban et en France, elle ne l'est nécessairement pas aux Etats-Unis pour les raisons suivantes : la loi permet aux associés de prévoir une procédure de contrôle dans les statuts, ce qui leur laisse le choix de le faire au cas où ils estiment que l'intérêt social peut être lésé par des conventions conclues par la société auxquelles un gérant ou un associé est intéressé. Les sociétés *LLC* ne comptent pas beaucoup de membres, l'*affectio sociatis* est cloîtré dans un cercle fermé et l'intérêt social se rapproche ici de l'intérêt commun des associés. C'est pourquoi on donne aux associés le choix en question. L'autre raison porte sur le climat général aux Etats-Unis. Remettre en cause cette disposition légale qui confère à la procédure de contrôle des conventions un caractère statutaire facultatif, revient à compromettre un libéralisme typiquement américain. Tant qu'on n'est pas dans la sphère des sociétés anonymes cotées en bourse, le législateur au Delaware ne semble pas se soucier beaucoup de la contrariété des intérêts personnels à l'intérêt social, du moins pas assez pour soumettre ces intérêts à une obligation de révélation et puis à une procédure d'autorisation ou de ratification.

b) Rôle du commissaire aux comptes

Dans les sociétés à responsabilité limitée, comme dans d'autres types de société, le commissaire aux comptes joue un rôle primordial³.

Au Liban, ce rôle est encore plus important dans tous les cas où la SARL est dotée d'un commissaire de surveillance, puisque son intervention, révélatrice d'une convention réglementée, vient combler tant soit peu les lacunes de certaines carences législatives à ce

1. Art. L. 223-19, al. 1, C.com.fr.

2. 6 § 18-107 DCLA, p. 395 ; ce sont les conventions en vertu desquelles les associés ou administrateurs « borrow money from a limited liability company » (emprunte de l'argent à une société à responsabilité limitée).

3. V. infra, Rôle des commissaires aux comptes relatif aux conventions, pp. 274 et s.

sujet, du moins sur le plan de la révélation de la convention. En raison des exigences des normes comptables et de l'audit comptable, ces conventions ne restent pas longtemps occultes car les commissaires aux comptes doivent en faire état dans leur rapport annuel sur les comptes sociaux. Effectivement, les commissaires de surveillance au Liban, qui contrôlent les comptes des sociétés à responsabilité limitée, et qui adoptent les standards de contrôle communément admis (IAS, GAAP etc...) sont tenus de mentionner dans les notes accompagnant les comptes, les conventions et marchés conclus par les *related parties* (personnes liées) avec la société. Cette mention est en soi une révélation, quoique *a posteriori*¹.

Les commissaires aux comptes en France ont un rôle plus direct dans la révélation des conventions dans une société à responsabilité limitée. La loi les met sur le même plan que le gérant dans l'obligation d'établir un rapport sur les conventions conclues entre la société et l'un de ses gérants ou associés².

B. Associés intéressés

Est-ce que les associés sont tenus de révéler l'intérêt personnel qu'ils ont dans une convention qu'ils envisagent de conclure avec la société? *A priori*, on ne saurait penser soumettre de telles conventions à la procédure de contrôle, surtout quand l'associé n'est pas dirigeant. La réponse est nuancée; l'objectif principal étant de protéger l'intérêt social, qui n'est pas toujours la somme des intérêts personnels des associés, il convient donc de parfaire cette protection. Un associé intéressé devrait en principe révéler son intérêt personnel dans une convention. Le traitement est toutefois différent selon que l'on est en présence d'une société anonyme (1.) ou d'une société à responsabilité limitée (2.).

1. Sociétés anonymes

Le droit libanais ne met aucune obligation de révélation à la charge des actionnaires intéressés, à moins qu'ils ne soient en même temps des administrateurs de la société. Ceux-ci étant forcément des actionnaires³.

-
1. A distinguer du rapport spécial sur les conventions de l'art. 158 C.com.lib. que les commissaires de surveillance doivent établir dans le cas des sociétés anonymes.
 2. Art. L. 223-19, al. 1, C.com.fr: « Le gérant ou, s'il en existe un, le commissaire aux comptes, présente à l'assemblée.... »
 3. Parce qu'ils doivent détenir des actions de garantie ; une obligation qui est toujours en vigueur au Liban, et qui a été supprimée en France par la loi du 5 janvier 1988: v. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 316, p. 381 ; cette obligation est facultative aux Etats-Unis.

En France, tout actionnaire intéressé est tenu de révéler son intérêt personnel¹ à une convention soumise au contrôle spécial². Cet intéressé peut donc être un actionnaire qui doit toutefois détenir un seuil minimum représentant 10% des droits de vote aux assemblées générales de la société³.

Aux Etats-Unis, ce devoir de révélation de l'intérêt personnel constitue l'un des éléments essentiels du *fair dealing*. ALI PCG fait de cette révélation par les dirigeants et les associés prédominants intéressés une règle de principe à portée générale en disposant l'obligation la concernant au Chapitre 1 qui traite du *fair dealing*⁴ avant de s'attaquer dans les chapitres qui suivent aux conditions spécifiques de la révélation par les dirigeants⁵ et associés prédominants⁶.

A l'encontre de la disposition correspondante en droit français, le texte concerné du droit américain ne précise pas de seuil pour déclencher l'obligation de révélation, mais laisse plutôt à celui qui attaque la convention la charge de prouver qu'un associé est véritablement dominant et que l'intervention de l'influence de ce dernier a été déterminante pour la conclusion d'une convention qui est *unfair* pour la société.

Cette dominance provient tout naturellement de la prépondérance des droits de vote dont est titulaire l'associé intéressé et sa preuve ne pose pas de difficultés pour celui qui attaque la convention. Si l'associé dominant participe au vote sur la convention en dépit de l'interdiction qui frappe cette participation, il lui revient de prouver la *fairness* de la convention, sinon c'est à celui qui attaque la convention de prouver son *unfairness*⁷. Il s'agit là d'une obligation fiduciaire de loyauté des associés majoritaires d'une société à l'égard des associés minoritaires. Comme nous l'avons déjà souligné à la première partie de cette thèse⁸, l'*intrinsic fairness standard*, qui constitue une présomption de l'existence d'un conflit et, en conséquence, fait peser la charge de la preuve sur l'intéressé, est adopté en droit américain quand il y a une relation fiduciaire entre les parties contractantes qui sont dans une situation de *self dealing*⁹.

1. Art. L. 225-40, al.1, C.com.fr. (SA); art L. 225-88, al.1, C.com.fr. (SACS).

2. Art. L. 225-38 C.com.fr. (SA); art. L. 225-86 C.com.fr. (SACS).

3. Ce seuil a été relevé de 5% à 10% par la loi sur la sécurité financière du 1^{er} août 2003.

4. § 5.01 ALI PCG, vol.1, partie V, p. 205.

5. §§ 5.02 à 5.09 ALI PCG, vol. 1, partie V, pp. 209-324 ; (Duty of Fair dealing of Directors and Senior Executives).

6. §§ 5.10 à 5.14 ALI PCG, vol. 1, partie V, pp. 325-358 ; (Duty of Fair Dealing of Controlling Shareholders).

7. § 5.10 (a) (b) et (c) ALI PCG, vol.1, partie V, pp. 325 et 326.

8. V. supra, pp. 61 - 63.

9. Sinclair Oil Corp. v. Levien, 18 juin 1971, préc.

L'administrateur qui est aussi actionnaire doit révéler au secrétaire de l'assemblée (ou autres personnes en charge de compter les scrutins) certaines informations relatives aux actions des personnes visées intéressées¹: le nombre et les actions que l'administrateur ou l'actionnaire détient personnellement et / ou qui sont détenues par des personnes qui lui sont liées (*related parties*).

2. Sociétés à responsabilité limitée

Le droit français semble rejoindre, injustement d'ailleurs, le droit libanais en gardant le silence en ce qui concerne l'obligation pour un associé d'une société à responsabilité limitée de révéler lui-même l'intérêt personnel qu'il a à une convention conclue avec la société. En effet, l'art. L. 223-19, al.1, C.com.fr. n'impose cette obligation, d'une manière indirecte d'ailleurs, que sur le gérant de la société, ou sur le commissaire aux comptes, s'il en existe un.

Cette révélation n'est pas exigée avant la conclusion de la convention mais est faite seulement dans le rapport spécial que l'un ou l'autre est tenu de présenter à l'assemblée ou à envoyer aux associés en cas de consultation écrite. Le seul cas où la révélation est à faire au préalable c'est quand les conventions à conclure par un gérant non associé sont à soumettre à l'approbation préalable de l'assemblée.

§2. Destinataires de la révélation

L'auteur de la révélation n'est pas le seul acteur dans ce processus de révélation de l'intérêt personnel. Le destinataire, direct ou indirect, de l'information révélée en est bien un autre.

Les trois systèmes juridiques comparés nous apprennent que la révélation doit être recueillie par des organes sociaux, qui évidemment jouissent du pouvoir d'autoriser ou de ne pas autoriser, d'approuver ou de désapprouver la convention révélée, ou tout simplement assument la responsabilité de la transmettre à un autre organe social qui est habilité à statuer sur elle. Cette transmission, comme nous le verrons plus tard, ne fait pas toujours du destinataire une simple boîte postale; bien au contraire, certains de ceux qui reçoivent la révélation de l'intérêt personnel sont censés analyser cet intérêt et soumettre un rapport spécial à son sujet, ou en faire une note séparée dans un rapport plus routinier, afin d'aider l'organe social qui prend la décision définitive à mieux apprécier cet intérêt et sa contrariété ou non à l'intérêt social.

Les organes destinataires de la révélation sont soit des organes sociaux internes (A), soit des organes externes, à savoir les commissaires aux comptes (B).

1. § 8.62 (d) RMBCA, p. 51.

A. Organes sociaux internes

L'intéressé est appelé à révéler son intérêt personnel à une convention à des organes sociaux internes, soit aux organes dirigeants, soit aux organes de contrôle; donc soit au conseil d'administration ou de surveillance (1.) soit aux associés eux-mêmes, donc à leur assemblée générale (2.).

1. Conseil d'administration, conseil de surveillance

L'administrateur intéressé à une convention à conclure avec sa société libanaise est tenu de la révéler au conseil d'administration¹. Comme nous l'avons mentionné plus haut, une mauvaise disposition de cette obligation, à l'alinéa 2 de l'art. 158 C.com.lib., laisse croire que le conseil d'administration ne doit être avisé que dans le cas qui est traité à cet alinéa, à savoir le cas d'un intérêt indirect de l'administrateur, alors que cet avis doit être donné par l'administrateur intéressé dans tous les cas (ceux de l'intérêt direct traités à l'alinéa 1 et aussi de l'intérêt indirect à l'alinéa 2)².

De même, l'intéressé à une convention est tenu en droit français de révéler son intérêt au conseil d'administration³ ou au conseil de surveillance⁴. Le conseil reçoit la révélation et statue sur la convention lui donnant ou refusant de lui donner son autorisation préalable.

En droit américain, la révélation doit être faite à l'organe social qui est le « *decision maker* »⁵ qui « *authorizes in advance* » (autorise à l'avance) ou « *ratifies the transaction* » (ratifie la convention)⁶. Comme nous le verrons sous peu⁷, c'est aussi bien le conseil d'administration, un comité du conseil ou les associés qui peuvent autoriser une convention à l'avance, ou la ratifier après sa conclusion. Il n'y a pas aux Etats-Unis, comme en France, une hiérarchie dans le processus du contrôle d'une convention qui nécessite une autorisation préalable par le conseil et une approbation postérieure par l'assemblée générale.

1. Art. 158, al. 2, C.com.lib.

2. V. supra, opinion de l'auteur de cette thèse, pp. 222 et 223.

3. Art. L. 225-40, al.1, C.com.fr. (SA).

4. Art. L. 225-88, al.1, C.com.fr. (SACS).

5. Le « *corporate decision maker* » est défini par § 1.11 ALI PCG, op. cit., vol. 1, partie I, p. 15, comme étant « *that corporate official or body with the authority to make a particular decision for the corporation* » (Ce responsable social ou organe social doté des pouvoirs pour prendre une décision particulière pour la société).

6. § 5.02 (a) ALI PCG, vol.1, partie V, p. 209; v. aussi 8 § 144 (a) (1) et (2) DCLA, p. 42.

7. V. infra, Décision des organes sociaux, pp. 250 et s.

2. Assemblée des associés

L'assemblée des associés d'une société est directement concernée parce qu'elle est supposée être soucieuse de la préservation de l'intérêt social. La révélation de l'intérêt personnel dans une convention lui est faite directement ou indirectement selon la forme juridique de la société concernée : société anonyme (a) ou société à responsabilité limitée (b).

a) Sociétés anonymes

Au Liban, la révélation de l'intérêt personnel à l'assemblée générale est faite, comme on vient de le souligner, à travers les rapports spéciaux du conseil d'administration et des commissaires de surveillance¹. L'administrateur intéressé tenu de cette obligation de révélation ne révèle pas son intérêt personnel directement à l'assemblée générale, mais le fait par l'intermédiaire du conseil d'administration.

En France, comme au Liban, l'assemblée reçoit des commissaires aux comptes un rapport spécial sur les conventions². C'est à travers ce rapport que l'assemblée générale prend connaissance des conventions et de l'intérêt personnel qu'elles abritent. C'est aussi le cas des SAS où le président de la société présente un rapport spécial aux associés sur les conventions intervenues, à moins que la société n'ait désigné un commissaire aux comptes. Dans ce dernier cas, c'est ce dernier qui présente le rapport en question³.

De même, tout actionnaire peut devenir le destinataire de la liste et l'objet de toute convention portant sur des opérations courantes conclues à des conditions normales⁴. Nous sommes ici dans une situation où la révélation est provoquée par l'actionnaire et est obtenue non pas nécessairement de l'intéressé mais de l'organe dirigeant supposé répondre à la requête de l'actionnaire.

Par contre, aux Etats-Unis, la révélation de l'intérêt personnel peut se faire directement aux actionnaires⁵. En effet, l'administrateur intéressé qui est en même temps actionnaire doit révéler au secrétaire de l'assemblée (ou autres personnes en charge du calcul des scrutins), avant que le vote sur la convention ait lieu, certaines informations relatives aux actions détenues par les personnes visées intéressées, à savoir le nombre de ces actions, le nom des personnes qui sont titulaires du droit de vote ou des personnes qui contrôlent ce vote, les

1. Art. 158, al. 3, C.com.lib.

2. Art. L. 225-40, al. 3, C.com.fr. (SA); art. L. 225-88, al. 3, C.com.fr. (SACS).

3. Art. L. 227-10, al. 1, C.com.fr. (SAS).

4. Art. L. 225-115 - 6°, C.com.fr.

5. 8 § 144 (a) (2) DCLA, p. 42.

actions qui à la connaissance de l'administrateur concerné, « sont *beneficially owned* » par le *director* (appartenant aux administrateurs comme bénéficiaires économiques) ou par une *related* personne (liée à l'administrateur)¹.

b. Sociétés à responsabilité limitée

Au Liban, les conventions entre les gérants ou associés d'une société à responsabilité limitée et la société peuvent être librement conclues sans qu'il y ait besoin que l'intéressé révèle son intérêt personnel. Cela dit, comme on l'a souligné pour les révélations des gérants, ces conventions ne restent pas occultes pendant longtemps, puisque les opérations financières qu'elles impliquent sont reflétées dans les comptes, et sont normalement évoquées par le commissaire de surveillance s'il y en a un, en application, non de la réglementation des conventions de l'art. 158 C.com.lib., mais plutôt des dispositions de quelques normes comptables ou de contrôle (*audit*). Bien entendu, des conventions peuvent ne pas être découvertes qu'en cas d'une action en justice si la SARL n'a pas désigné un commissaire de surveillance.

Quoique l'art. L. 223-19, al.2, C.com.fr. ne mentionne pas de procédure de révélation, il est sous entendu que l'intéressé doit révéler son intérêt à l'assemblée des associés, à travers les personnes en charge de la préparation de l'ordre du jour de la séance de l'assemblée qui doit statuer sur la convention, normalement la gérance. Même dans le cas où une réunion formelle de l'assemblée n'est pas prévue, et est remplacée par une prise de décisions par voie de consultation écrite, les associés sont des destinataires du rapport sur les conventions intervenues entre un des gérants ou associés avec la société².

Les statuts d'une *LLC* américaine peuvent prévoir l'obligation et les modalités de révélation de l'intérêt personnel qu'a un associé ou un gérant dans une convention conclue avec la société. A défaut d'une telle exigence, cette convention peut être conclue sans révélation préalable³.

1. § 8.63 (d) RMBCA, p. 51.

2. Art. L. 223-19, al. 1, C.com.fr.

3. 6 § 18-107 DCLA, p. 395.

B. Commissaires aux comptes

L'obligation de révélation de l'intérêt personnel faite aux commissaires aux comptes ne pèse pas de la même manière dans les sociétés anonymes (1.) et dans les sociétés à responsabilité limitée (2.).

1. Sociétés anonymes

En sus du rapport général qu'ils sont tenus de préparer tous les ans, et soumettre à l'assemblée générale, les commissaires de surveillance de sociétés anonymes libanaises sont tenus de préparer un rapport spécial sur les conventions¹. Sur ce, et, en vertu des pouvoirs étendus dont ils jouissent, ils peuvent provoquer la révélation de l'intérêt personnel en exigeant que les administrateurs leur communiquent tous actes et renseignements qu'ils jugent utiles² pour pouvoir préparer leurs rapports à l'assemblée générale. Ainsi, ces commissaires peuvent-ils devenir les destinataires d'une révélation forcée d'un intérêt personnel que peut abriter une convention qui n'a pas été soumise à l'autorisation préalable de l'assemblée générale et dont ils ont découvert les éléments, souvent à l'occasion de l'audit comptable.

En France, un texte semblable au texte libanais permet aux commissaires aux comptes de provoquer la révélation de l'intéressé; ils « peuvent se faire communiquer sur place toutes les pièces »³. Normalement, c'est le président du conseil d'administration⁴ ou du conseil de surveillance⁵ de sociétés anonymes qui avise les commissaires aux comptes de toutes les conventions déjà autorisées. Les conventions qui ne sont pas soumises au contrôle spécial du conseil d'administration et à son autorisation préalable, à savoir les conventions dites libres, ne restent plus pour autant occultes - liberté ne signifiant plus confidentialité⁶ - puisque la loi sur les nouvelles régulations économiques (NRE) du 18 mai 2001 exige que la liste et l'objet de ces conventions, jadis cachées « sous le couvert du secret des affaires », soient révélés aux commissaires aux comptes, toujours lorsqu'elles sont significatives pour l'une des parties⁷.

En outre, si la loi exige que les commissaires aux comptes reçoivent la communication de la liste et de l'objet de celles qui sont libres, que deviennent donc celles qui, tout en étant des

1. Art. 158, al. 3, C.com.lib.

2. Art. 174, al. 1, C.com.lib.

3. Art. L. 823-13, al. 1, C.com.fr.

4. Art. L. 225-40, al. 2, C.com.fr. (SA).

5. Art. L. 225-88, al. 2, C.com.fr. (SACS).

6. M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 602, p. 328.

7. Art. L. 225-39, al. 2, C.com.fr. (SA); art. L. 225-87, al. 2, C.com.fr. (SACS).

conventions réglementées et qui auraient dû être préalablement autorisées, n'ont pas été soumises au conseil d'administration? et aussi celles qui ont été soumises mais n'ont pas été autorisées. Ces conventions ne doivent pas rester dans l'ombre. La CNCC invite les commissaires aux comptes à les inclure dans le rapport spécial et, s'il y a lieu, informer l'organe d'autorisation de l'irrégularité¹. La rédaction des articles L. 225-40, al. 2 et L. 225-88, al. 2, du C.com.fr. mérite d'être améliorée pour inclure ces cas.

En droit américain, c'est la connaissance par l'organe social habilité à autoriser ou à ratifier une convention réglementée qui est l'élément essentiel de l'exécution de l'obligation de révélation, telle qu'on la connaît dans le système juridique français. La connaissance préalable des *material facts* (éléments essentiels ou pertinents) d'une convention à conclure par un *director* ou un *officer* avec la société, que cette connaissance ait été acquise par une révélation positive, ou *disclosure* de l'intéressé, ou tout simplement si ces éléments ont été autrement portés à la connaissance du *board of directors* ou *shareholders* (associés), est suffisante².

2. Sociétés à responsabilité limitée

La question ne se pose pas directement en droit libanais qui n'a pas réglementé les conventions des sociétés à responsabilité limitée avec leurs gérants ou associés, comme il l'a fait pour les sociétés anonymes. Cela dit, ce qui vaut pour les pouvoirs dont jouissent les commissaires aux comptes, et les obligations qui pèsent sur eux, dans l'exercice de leur mission d'*auditors* comptables dans les sociétés anonymes doit valoir dans les sociétés à responsabilité limitée.

La loi en France semble mettre le commissaire aux comptes, en ce qui concerne la révélation aux associés de l'intérêt personnel dans une convention à conclure entre un intéressé visé et une société à responsabilité limitée, si cette dernière avait désigné un tel commissaire, presque sur le même plan que le gérant de ces sociétés, en exigeant que l'un ou l'autre présente à l'assemblée un rapport spécial sur les conventions³.

L'associé ou le gérant d'une *limited liability company* au Delaware peut contracter avec sa société sans aucune restriction, concernant la révélation de l'intérêt personnel, ou bien l'objet

1. Idem, § 122, p. 110.

2. 8 § 144 (a) (1) et (2) DCLA, p. 42, sous condition toutefois, et dans les deux cas, que la convention soit autorisée ou approuvée de bonne foi, par une majorité des votes non intéressés des membres des organes délibérants.

3. Art. L. 223-19, al. 1, C.com.fr.

de la convention, même si cet objet se rattache au crédit de la société¹, sans qu'il y ait besoin de suivre une procédure déterminée de contrôle spécial, « *except as provided in a limited liability company agreement* »² (à moins que les statuts de la SARL n'en disposent autrement). En d'autres termes, rien n'empêche que les associés, au moment de la constitution de la société, ou ultérieurement en modifiant ses statuts, n'y instaurent un mécanisme de contrôle spécial des conventions qu'un des leurs ou un gérant entend conclure avec la société. Les statuts peuvent alors disposer que la personne intéressée visée doive révéler son intérêt personnel et préciser le ou les destinataires d'une telle révélation.

* * *

Section 2. Etendue de la révélation de l'intérêt personnel

Le terme « révélation », quoique signifiant la communication d'une information inconnue jusque là, n'est pas suffisant pour désigner, voire délimiter l'étendue d'une telle communication. Qu'entend-on par révélation de l'intérêt personnel dans une convention ? Est-ce la communication de l'information sur l'intérêt personnel qu'elle abrite (§ 1) ? ou bien, allant plus loin, la communication de la convention elle-même aux destinataires de la révélation (§ 2).

§ 1. Communication de l'information sur l'intérêt personnel

Les textes n'étant pas suffisamment précis, les risques d'abus, sous couverture de la satisfaction (incomplète) de l'obligation de révélation, restent omniprésents. L'intérêt social ne peut qu'en souffrir. L'information à communiquer, en vertu de l'obligation de révélation qui pèse sur l'intéressé ou sur d'autres personnes identifiées plus haut, n'est pas assez définie et prête à nombre d'équivoques, quant à sa teneur (A) et à ses modalités (B).

A. Teneur de l'information révélée

Il est vrai que la teneur de l'information sur l'intérêt personnel à révéler dépend étroitement du danger que pose pour l'intérêt social le défaut d'une telle révélation. Le défaut de révélation de l'information sur un tel intérêt dans les conventions libres (1.) ne présente pas

1. Des conventions pareilles sont en principe nulles de plein droit dans les systèmes juridiques français et libanais.

2. V. supra, Conventions interdites, pp. 133 - 135; (6 § 18-107 DCLA, p. 395).

le même degré de menaces à l'intérêt social que celui auquel pourra faire face la société dans le cas des conventions réglementées (2.).

1. Conventions libres

Une convention contient un certain nombre d'éléments essentiels et autres éléments qui sont de moindre importance. Il s'agit de savoir quelles informations doit révéler l'intéressé. Cela diffère selon que l'on est en présence d'une société anonyme (a) ou d'une société à responsabilité limitée (b).

a) Sociétés anonymes

Le droit libanais ne donne aucune précision sur les détails de la communication de l'intérêt personnel et ce qu'elle doit comprendre, ni pour les conventions libres, ni pour les conventions réglementées. Le texte concerné se limite à imposer à l'administrateur l'obligation d'en «aviser» le conseil d'administration¹. Les éléments qui doivent faire l'objet d'un tel avis n'y sont pas précisés. Toutefois, comme nous le verrons plus tard, le rapport spécial du conseil d'administration et celui des commissaires de surveillance sur les conventions donnent normalement un certain nombre de détails relatifs à la convention : la partie contractante, sa relation avec la société ou avec une autre personne visée et les montants en jeu.

En France, quand il s'agit de convention libres, leur liste et leur objet sont à révéler; et cela seulement quand elles sont significatives pour l'une des parties, en raison de leur objet ou de leurs implications financières². Mais la seule communication de la liste et de l'objet des conventions courantes par le président au conseil et aux commissaires aux comptes est insuffisante pour que les destinataires soient suffisamment informés de tous les détails de la convention « pour leur permettre d'apprécier si les conditions de conclusion des conventions figurant sur cette liste sont normales ou non »³. Certains auteurs ont relevé l'ambiguïté du terme « significatif » qui doit qualifier la convention libre dont l'objet doit être communiqué, mais ont accordé dans leur critique de cette obligation de communication des conventions

1. Art. 158, al. 2, C.com.lib.

2. Art. L. 225-39, al. 2, C.com.fr. (SA); art. L. 225-87, al. 2, C.com.fr. (SACS).

3. CNCC, Etudes juridiques, Les conventions entre les entités et les personnes « intéressées », § 51, p. 67.

elles-mêmes beaucoup plus de poids aux problèmes d'archivage et classement de ces conventions, ainsi qu'au coût que cela implique, qu'à la notion même de « significatif »¹.

La communication des conventions libres elles-mêmes a été jugée « d'une lourdeur excessive » dans les groupes de sociétés où ces conventions sont très fréquentes en raison même de la nature des relations contractuelles qui sont nouées au sein de ces groupes². Mais la structure du groupe fait que des conventions doivent être soit contrôlées, au sens de l'autorisation préalable du conseil et du rapport spécial des commissaires aux comptes, soit au sens du devoir de communication, en raison de l'existence du lien de capital entre les sociétés contractantes ou de dirigeants communs. C'est pourquoi la doctrine préconise la nécessité d'un assouplissement de la réglementation en ce sens, à cause du caractère spécifique³ des conventions conclues au sein d'un groupe de sociétés. Un tel assouplissement est possible en interprétant la notion de conventions libres, donc des opérations courantes conclues à des conditions normales, d'une façon plus large que pour les sociétés isolées⁴, non membres d'un même groupe.

b) Sociétés à responsabilité limitée

En France, le gérant d'une SARL ou le commissaire aux comptes, s'il en existe un, présente un rapport spécial sur les conventions qui sont intervenues entre la société et l'un de ses gérants ou associés. Dans ce cas, des éléments de la convention sont nécessairement repris dans ce rapport et la soumission à l'assemblée intervient après coup. Par contre, s'il n'y a pas de commissaire aux comptes, ce sont les conventions elles même qui doivent être communiquées à l'assemblée quand elles ont été conclues par un gérant non-associé⁵.

La révélation est plus rigoureuse dans les conventions réglementées.

2. Conventions réglementées

Comme dans le cas des conventions libres, la teneur de la révélation de l'intérêt personnel est différente dans les sociétés anonymes (a) et les sociétés à responsabilité limitée (b).

-
1. J.-F. Barbièri, Les conventions réglementées entre la réalité de l'ambition régulatrice et fiction de la prévention des conflits, op. cit., p. 42.
 2. P. Le Cannu et B. Dondero, Droit des sociétés, op. cit., n° 754, p. 506.
 3. Ph. Merle, Les conventions au sein des groupes, op. cit., p. 49.
 4. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 400, pp. 472 et 473 ; CA Paris, 17 octobre 2003, préc.
 5. Art. L. 223-19, al.2, C.com.fr.

a) Sociétés anonymes

Le droit libanais, on le sait déjà (v. supra, p. 222), ne dispose quoique ce soit concernant l'information à communiquer, puisqu'il ne s'y adresse que d'une manière indirecte. « L'administrateur se trouvant dans l'un de ces cas doit en aviser le conseil d'administration »¹. Cette disposition ne nous éclaire pas du tout sur le contenu de l'avis que doit donner l'administrateur intéressé au conseil d'administration. Nous estimons que tous les détails essentiels de la convention doivent être fournis pour permettre au conseil de préparer son rapport spécial de la manière la plus complète possible.

En France, selon le texte concerné² le président du conseil d'administration « donne avis » aux commissaires aux comptes des conventions autorisées. Ce texte n'est pas très clair ; car il ne nous précise pas si ce sont les conventions elles-mêmes qui doivent être communiquées ou simplement certaines informations les concernant. C'est le règlement d'application du texte qui prévoit que ce sont uniquement ces dernières qui sont requises³ et qui nous éclaire sur les éléments à révéler dans le rapport spécial du commissaire aux comptes. Ce rapport doit comprendre l'énumération des conventions ; le nom des administrateurs intéressés ; le nom du directeur général ou des directeurs généraux délégués intéressés ; la désignation des actionnaires disposant au moins du seuil minimum de droit de vote prévu ; la nature et l'objet de la convention ; ses modalités essentielles et l'importance des fournitures livrées ou services prêtés. Ce sont donc ces informations qui doivent faire l'objet de l'avis donné par le président du conseil aux commissaires aux comptes pour leur permettre de préparer leur rapport spécial.

Le droit américain est indifférent à la nature de la convention. Il requiert *full disclosure* (révélation complète) de tous les éléments qui l'affectent et même parfois du gain tiré par l'administrateur concerné⁴. Les « *material facts* » (éléments essentiels ou pertinents) doivent faire partie de la révélation⁵. Les principes du gouvernement d'entreprise poussent l'étendue de la révélation au point d'exiger spécifiquement celle de l'intérêt personnel qui est l'objet de conflit avec l'intérêt social et même de la convention elle-même⁶.

1. Art. 158, al. 2, C.com.lib.

2. Art. L. 225-40, al. 2, C.com.fr.

3. Art. R. 225-31 C.com.fr.

4. Seulement si la preuve du « fairness » de la convention n'a pas été apportée; *Robinson v. Brier*, 9 octobre 1963 : 1963 Pa. LEXIS 403; 412 Pa. 255, 194 A. 2d 204 (1963).

5. 8 § 144 (a) (2) DCLA, p. 42.

6. § 5.02 (a) (1) ALI PCG, op. cit., vol.1, partie V, p. 209.

La définition la plus complète de la *required disclosure* (révélation exigée) a été donnée par le *RMBCA*¹. Il s'agit de la révélation de l'existence et de la nature du conflit d'intérêts, ainsi que de tous les faits à la connaissance du révéléteur au sujet de la convention qu'une personne « *prudent* » (prudente) considère raisonnablement qu'ils sont « *material* » (pertinents), pour permettre de porter un jugement sur la conclusion ou défaut de conclusion de la convention. Une simple déclaration superficielle de l'intérêt personnel ne suffit pas; un « *notice* » (simple avis) est considéré comme une révélation insuffisante².

L'obligation de révélation est plus particulièrement réglementée aux Etats-Unis dans les sociétés anonymes cotées en bourse. En effet, depuis la passation de la loi *Sarbanes – Oxley Act (SOA)* en 2002, un nombre accru d'informations à révéler a été imposé, surtout en application des nouvelles règles de gouvernement d'entreprise (*Corporate Governance*) adoptées par la redoutable *Securities and Exchange Commission (SEC)*. Les nouvelles obligations de révélation ont apporté des modifications substantielles aux dispositions précédentes.

La révélation de la rémunération des administrateurs et autres dirigeants est désormais soumise à une réglementation plus stricte que celle que l'on connaissait depuis 1992. Les nouvelles règles exigent que toutes les composantes du *compensation package* (paquet de rémunérations) soient divulguées et non plus seulement les appointements ou salaires de base avec des explications relatives à l'analyse de la rémunération. Loin des tableaux à remplir, ces explications requièrent désormais des rédactions narratives. Les *bonus* ou autres *performance – based rémunérations* (rémunérations liées aux résultats), ainsi que les *stock-options* (options pour l'achat des actions de la société) ou « *retirement and other post employment compensation* » (pension de retraite et autres rémunérations versées au terme de l'emploi), sont des exemples vivants de la teneur de la révélation de l'intérêt personnel exigé de nos jours aux Etats-Unis³.

Ces exigences rejoignent l'état actuel du traitement des rémunérations des dirigeants des sociétés françaises cotées en bourse qui veut que tous les éléments de rémunération soient révélés dans le rapport spécial du commissaire aux comptes⁴. Nous avons eu l'occasion de présenter à la première partie de cette thèse les éléments qui sont les plus fréquents⁵, dont la

1. § 8.60 (4) *RMBCA*, p. 50.

2. *Eliasberg v. Standard Oil Co.*, 12 novembre 1952: 1952 N.J. Super. LEXIS 668; (HN 5) 92 A. 2d 862 (N.J. 1952).

3. *Fulbright & Jaworski LLP.*, Corporate Update, SEC proposes new rules governing executive compensation disclosure and corporate governance matters, site internet, mars 2006.

4. Art. L. 225-42-1 C.com.fr.

5. V. supra, Rémunération de l'intéressé, pp. 87 et s.; v. aussi, Rapport Houillon, op. cit.

mention doit être faite dans le rapport spécial du commissaire au compte et qui doivent être publiés¹.

Une dispense de l'obligation de révélation complète est pourtant permise dans des cas limitativement énumérés; à savoir, s'il y a un empêchement légal dû à des contraintes d'ordre déontologique ou « *professional canon* »; ou s'il existe une obligation de secret ou confidentialité à l'égard d'une tierce personne. Dans des cas pareils, il suffit à l'intéressé de révéler l'existence d'un *conflicting interest* (intérêt conflictuel) et la nature de l'intérêt personnel qui en est responsable, sans détails supplémentaires autres que des explications relatives à la nature (*character*) de l'obligation de non révélation et des limites qui lui sont afférentes. Cette révélation succincte est toutefois conditionnelle. Elle doit être faite au conseil d'administration, les membres intéressés ne prenant pas part aux délibérations ou votes². De même, les intéressés sont implicitement exonérés de l'obligation de révélation si les faits et éléments essentiels et pertinents d'une convention sont déjà connus par le conseil d'administration³ ou par les associés⁴.

En droit américain, c'est donc la connaissance de l'intérêt personnel et d'un certain nombre de détails le concernant qui importe pour l'appréciation de la convention, et non pas tellement la satisfaction de l'intéressé d'une obligation positive de révélation. Cela dit, si la révélation est insuffisante, elle peut amener les tribunaux à exiger la fourniture de plus amples informations et détails pour une plus complète communication⁵. Au Delaware, la *false statement* (fausse déclaration), l'omission d'un *material fact* (détail essentiel) et la *partial disclosure* (révélation partielle), qui induisent en erreur ont été considérés comme une violation de l'obligation de révélation⁶. La dissimulation d'éléments non « matériels » ne semble pas être retenue⁷.

b) Sociétés à responsabilité limitée

En France, la révélation de l'intérêt personnel dans les conventions réglementées conclues dans les sociétés à responsabilité limitée doit mentionner les éléments suivants : l'énumération des conventions; le nom des gérants ou associés intéressés ; la nature et l'objet desdites conventions ; leurs modalités essentielles, notamment les prix ou tarifs pratiqués,

1. Art. R. 225-34-1 C.com.fr.

2. § 8.62 (b) RMBCA, p. 50.

3. 8 § 144 (a) (1) DCLA, p. 42.

4. 8 § 144 (a) (2) DCLA, p. 42.

5. *Matador Capital Mgt. Corp. v. BRC Holdings Inc.*, 25 novembre 1998: 1998 Del. Ch. LEXIS 225; Del. Ch., 729 A. 2d 280 (Del. 1998).

6. *Walt Disney Co. Derivative Litigation*, 7 octobre 1998, préc.

7. *Kaplan v. Goldsamt*, 20 octobre 1977: 1977 Del. Ch. LEXIS 128; 380 A. 2d 556 (Del. Ch. 1977).

ristournes et commissions ; les délais de paiement, intérêts et sûretés. Cet article ajoute, comme pour expliquer l'esprit de la disposition générale, que « toutes autres indications permettant aux associés d'apprécier l'intérêt qui s'attachait à la conclusion des conventions analysées doivent être également fournies »¹.

B. Modalités de la révélation

A quel moment la personne chargée de la révélation de l'intérêt personnel doit-elle entreprendre cette révélation? (1.) et sous quelle forme la fera-t-elle? (2.)

1. Moment de la révélation

Le moment de la révélation de l'intérêt personnel qu'a une personne visée dans une convention n'est pas le même pour tout genre de conventions. Cette révélation est traitée différemment selon qu'il s'agit d'une convention libre (a) ou d'une convention réglementée (b).

a) Conventions libres

Le droit libanais ne précise pas le moment de la révélation de l'intérêt personnel, ni dans les conventions libres ni dans les conventions réglementées.

En France, la communication de la liste et de l'objet des conventions libres, qui sont significatives pour l'une ou l'autre des parties, et qui doivent donc être révélées, doit être faite au plus tard le jour de la réunion du conseil d'administration qui arrête les comptes de l'exercice écoulé².

b) Conventions réglementées

Comme nous l'avons mentionné plus haut, l'art. 158 C.com.lib. est silencieux à ce sujet. Toutefois, en exigeant que le conseil d'administration et les commissaires de surveillance préparent chacun un rapport spécial sur les conventions³ à soumettre à l'assemblée générale, il nous donne une indication sur ce point. Comme normalement ces conventions sont soumises aux assemblées générales annuelles, le texte laisse comprendre que la révélation de la convention, libre ou autre, doit avoir lieu au moins dans le délai imparti à ces deux organes

1. Art. R. 223-17 C.com.fr.

2. Art. R. 225-32 C.com.fr. (SA); art. R. 225-59 C.com.fr. (SACS).

3. Art. 158, al. 3, C.com.lib.

sociaux pour préparer leur rapport et le mettre à la disposition des actionnaires avant la réunion de l'assemblée générale. Ce délai est de 15 jours avant la date de la réunion de l'assemblée générale annuelle pour les sociétés anonymes¹, et de 20 jours pour les assemblées des sociétés à responsabilité limitée². Cela dit, rien n'empêche au Liban, à notre sens, qu'une assemblée soit convoquée uniquement pour statuer sur une convention réglementée, à n'importe quel moment sans attendre sa réunion annuelle.

L'intéressé à une convention réglementée dans une société anonyme française ne jouit pas de la « tolérance » que connaît le droit libanais, puisqu'il est censé communiquer l'existence de l'intérêt personnel dès qu'il a connaissance d'un projet d'une convention qui doit être soumise au contrôle³. Cette obligation d'informer qui pèse sur le dirigeant, quand c'est lui-même qui conclut la convention, a été trouvée par certains superflue puisque la société saura avec qui elle traite au moment de la conclusion; toutefois, elle devient indispensable quand le dirigeant interpose une personne pour traiter avec la société sans que l'identité du dirigeant intéressé soit révélée ou bien dans les cas où, sans qu'il y ait d'interposition, le dirigeant a un intérêt indirect dans une convention⁴. Le président du conseil est tenu à son tour de donner avis des conventions autorisées un mois au plus tard de leur conclusion⁵. Quant aux conventions à exécution étalée dans le temps, la révélation doit avoir lieu dans le délai d'un mois de la clôture de l'exercice écoulé⁶.

Les mêmes dispositions prévues pour les sociétés anonymes se retrouvent pour les sociétés à responsabilité limitée. En effet, le gérant d'une SARL doit aviser les commissaires aux comptes dans le délai d'un mois de la conclusion des dites conventions⁷ et d'un mois à compter de la clôture de l'exercice écoulé en cas de conventions conclues au cours d'exercices antérieurs et dont l'exécution a été poursuivie au cours du dernier exercice⁸.

Comme le droit américain attache peu d'importance au formalisme de la révélation, ses textes, qui sont silencieux quant au moment où elle doit intervenir, laissent comprendre que l'intéressé doit nécessairement le faire à un moment où les administrateurs ou associés qui n'y

1. Art. 197, al. 1, C.com.lib.

2. Art. 21, al. 2, du décret loi lib. n° 35 du 5 août 1967.

3. Art. L. 225-40, al.1, C.com.fr. (SA); art. L. 225, 88 al. 1, C.com.fr. (SACS).

4. Y. Guyon, Droit des affaires, op. cit., n° 423, p. 431 ; comp. avec la révélation de l'intérêt direct en droit libanais et opinion de l'auteur de cette thèse, supra, sous « Les administrateurs intéressés », pp. 222 - 223.

5. Art. R. 225-30, al. 1, C.com.fr..

6. Idem, al.2.

7. Art. R. 223-16, al. 1.

8. Idem, al. 2.

sont pas intéressés peuvent statuer sur la convention pour l'autoriser ou la ratifier¹. Sans trop spéculer sur ce moment, il ne peut donc que précéder la date de la plus prochaine réunion de l'un des deux organes sociaux concernés, à savoir le conseil d'administration ou l'assemblée générale. Les *related parties transactions*, étant une rubrique importante du rapport d'*audit* annuel soumis aux associés par les commissaires aux comptes, surtout des sociétés cotées en bourse, la révélation doit intervenir normalement avant la date de la plus prochaine réunion annuelle du conseil d'administration qui précède celle de l'assemblée qui statue sur les comptes sociaux ou au plus tard à la date de la réunion de cette dernière.

2. Forme de la révélation

La révélation de l'intérêt personnel peut être faite soit sous la forme d'une déclaration (a) soit sous celle d'un avis (b).

a) Une déclaration

La déclaration de l'intérêt personnel est une forme de révélation qui constitue « une affirmation de fait »². Cette déclaration peut être sous la forme écrite (1) ou verbale (2).

(1) Déclaration écrite

La déclaration écrite n'est soumise, vu le silence des textes, à aucune forme spéciale. Il suffit qu'elle soit faite dans un document écrit et qu'elle contienne tous les éléments prévus par la loi qui ont été déjà évoqués à propos de la « Teneur de l'information révélée »³. Nous ajoutons que normalement elle doit être claire et précise, de manière à permettre à l'organe social délibérant d'avoir toutes les informations dont il a besoin pour prendre sa décision en pleine connaissance de cause.

(2) Déclaration verbale

La déclaration peut aussi être faite par l'intéressé, ou par une autre personne chargée de l'obligation de révélation, verbalement aux destinataires prévus dans la loi. Une telle déclaration ne saurait être complète et ne pourrait constituer un appui solide à la communication ultérieure, ou au rapport que le destinataire est supposé préparer. Bien entendu, rien ne vaut un acte écrit où des détails complets peuvent être mentionnés.

1. 8 § 144 (a) (1) et (2) DCLA, p. 42.

2. G. Cornu, Vocabulaire juridique, op. cit., p. 265.

3. V. supra, pp. 236 et s.

En tout cas, pour qu'une déclaration verbale soit à l'abri de toute attaque pour imprécision, ou carence d'éléments, et afin d'éviter la question de la preuve, ardue dans un cas pareil, il est souhaitable qu'elle soit faite au cours de la réunion de l'organe social qui en est le destinataire et que mention en soit faite dans le procès-verbal d'une telle réunion. A notre sens, si l'intéressé est membre de cet organe social, et est présent à la séance, il doit pouvoir faire cette déclaration même si par ailleurs, son calcul dans le quorum de la réunion et sa participation au vote sont interdits. La raison de la déclaration étant de dévoiler une convention réglementée, l'intéressé doit être admis à participer à la réunion de l'organe social concerné uniquement pour les besoins de la déclaration¹.

b) Un avis

L'avis n'est pas clairement spécifié dans nos textes. En France, l'avis du président du conseil d'administration ou du président du conseil de surveillance², aux commissaires aux comptes, de toutes les conventions autorisées est assimilé à un rapport³.

Il est conseillé d'envoyer l'avis donné aux commissaires aux comptes par lettre recommandée avec accusé de réception, uniquement pour éviter que l'intéressé ne soit accusé de ne pas l'avoir envoyé au moment opportun et que le destinataire ne prétende ne pas l'avoir reçu.

A notre sens, l'essentiel n'est pas la forme, mais plutôt l'acte de révélation d'une convention à laquelle une personne visée est personnellement intéressé et qui peut venir en conflit avec l'intérêt social. Bien sûr, nous le soulignons encore une fois, il faut que la révélation contienne un minimum d'éléments pour renseigner les destinataires sur l'intérêt personnel et leur permettre, surtout ceux qui sont censés approuver ou désapprouver la convention, d'apprécier la menace qu'il présente pour l'intérêt social.

Que la révélation soit un avis ou une déclaration, sous la forme écrite, ou verbale recueillie dans un procès-verbal, l'intention du législateur est servie. L'essentiel c'est que l'intérêt personnel ne reste pas occulte.

1. V. infra, Limites à l'exercice de certains droits, pp. 337 et s.

2. Art. L. 225-40, al. 2, C.com.fr. (SA); art. L. 225-88, al. 2, C.com.fr. (SACS).

3. Tandis que l'art R. 223-16, al. 1, C.com.fr. mentionne l'avis que doit donner le gérant d'une SARL; l'art. R. 223-17, al.1, C.com.fr., al. 1, du même décret fait référence à ce même avis comme un « rapport ».

§ 2 Communication des conventions elles-mêmes

La loi prévoit des cas où le texte intégral des conventions, donc une copie, doit être communiqué, et non seulement les détails y relatifs¹. Nous verrons ces obligations de plus près dans le cas des conventions libres (A) et des conventions réglementées (B).

A. Conventions libres

La communication des conventions libres elles-mêmes n'est pas la même dans les sociétés anonymes (1.) et dans les sociétés à responsabilité limitée (2.).

1. Sociétés anonymes

La communication de l'ensemble des conventions libres, portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales, quand ces conventions sont significatives pour l'une ou l'autre des parties, est à faire par l'intéressé au président du conseil d'administration² ou du conseil de surveillance³. Les commissaires aux comptes, même s'ils ne reçoivent en vertu de la réglementation des conventions que la liste et l'objet des conventions libres, ont à notre sens, d'après leurs prérogatives et pouvoirs assez étendus que leur confèrent d'autres textes⁴, le droit d'exiger que la copie même d'une convention leur soit communiquée. Cette position est adoptée par la CNCC qui reconnaît aux commissaires aux comptes et aux administrateurs le droit de demander la communication de copies de conventions s'ils l'estiment utile pour pouvoir exercer les pouvoirs de contrôle et de vérification qui leur sont impartis par le C.com.fr.⁵

Dans les sociétés par actions simplifiées, le texte prévoit une communication pareille sans préciser, comme dans le cas des sociétés anonymes de type classique et celles à directoire et conseil de surveillance, qui doit la faire. Par analogie, nous pensons que c'est au président des SAS de communiquer les conventions libres au commissaire aux comptes, si un tel commissaire a été désigné. L'originalité de la réglementation dans les SAS est que, contrairement au cas pour les SA de type classique ou SACS, ce sont les conventions elles-mêmes, donc des copies de ces conventions, qui sont communiquées au commissaire aux comptes et non pas seulement la liste et l'objet de ces conventions. L'autre originalité c'est que tout associé a droit d'en prendre communication indépendamment de toute assemblée⁶.

1. Depuis la loi sur la sécurité financière n° 2003/706 du 1^{er} août 2003.

2. Art. L. 225-39, al. 2, C.com.fr. (SA).

3. Art. L. 225-87, al. 2, C.com.fr. (SACS).

4. Le plus important étant celui de l'art. L. 823-13, C.com.fr.

5. A. Mercier, Ph. Merle, Cl. Flahaut-Jasson et S. Besnard, *Audit et commissariat aux comptes 2009-2010*, op. cit., n° 52278, p. 781.

6. Art. L. 227-11 C.com.fr.

Dans les sociétés par actions simplifiées pluripersonnelles, la doctrine de la CNCC prescrit la communication des conventions, in extenso, au commissaire aux comptes quand elles sont significatives¹.

La doctrine déplore l'encombrement qu'une telle communication implique, surtout que ce ne sont pas seulement les conventions elles-mêmes qui sont communiquées mais tous les documents correspondants². Nous pensons ici aux annexes jointes à ces conventions.

Encore une fois, l'ambiguïté, ou plutôt l'imprécision, du terme « significatives » laisse planer un doute sur la convention à communiquer. Des critères plus précis doivent être adoptés pour une meilleure compréhension et, en conséquence, une meilleure application du texte. Une délimitation, quantitative peut-être, de l'étendue du terme controversé, un seuil chiffré du montant de la convention, ou une proportion du chiffre d'affaires de la société, permettra de réduire le nombre des conventions libres à communiquer et, par ce fait même, remédier au problème d'encombrement évoqué par nombre d'auteurs et « éviter de noyer les destinataires sous un flot d'informations inutiles »³.

Aux Etats-Unis, les conventions usuelles, ou celles qui obéissent à un *standard of the corporation*, qui sont exonérées de l'autorisation par une présomption d'existence d'une autorisation préalable⁴, sont assimilables aux conventions libres dans nos deux autres systèmes juridiques, libanais et français, et ne sont soumises à aucune obligation de communication.

2. Sociétés à responsabilité limitée

L'art. L. 223-20 C.com.fr. exclut de l'application de l'art. L. 223-19 C. com. fr., dans son intégralité, y compris le devoir de communiquer dans certains cas les conventions elles-mêmes⁵, les « conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales » entre une société à responsabilité limitée et son gérant ou un de ses associés. Donc, même si ces conventions sont, en raison de leur objet ou implications financières, significatives pour l'une des parties, elles ne sont pas à communiquer.

1. CNCC, Etudes juridiques, Les conventions entre les entités et les personnes « intéressées », op. cit., § 22, p. 34.

2. J.-F. Barbière, La loi NRE et le droit des sociétés, Les conventions réglementées, op. cit., n° 6, p. 42 ; v. aussi A. Mercier, Ph. Merle, Cl. Flahaut-Jasson et S. Besnard, Audit et commissariat aux comptes 2009-2010, op. cit., n° 52255, p. 778. C'est la première fois que le législateur introduit dans le Code de commerce la notion de caractère significatif. CNCC, Etudes juridiques, Les conventions entre les entités et les personnes « intéressées », op. cit., § 47, p. 64.

3. Idem, p. 43.

4. V. supra, Exemption des conventions conclues suivant un « standard » déjà autorisé, pp. 137 et 138.

5. Art. L. 223-19, al. 2, C.com.fr., ce texte dispose que les « conventions conclues » doivent être soumises à « l'approbation préalable ». Il aurait dû utiliser les termes « conventions à conclure » pour que l'exigence d'une approbation « préalable » conserve sa rigueur et son sens.

B. Conventions réglementées

Voyons maintenant la communication des conventions règlementées elles-mêmes dans les sociétés anonymes (1.) et dans les sociétés à responsabilité limitée (2.)

1. Sociétés anonymes

La communication dans les sociétés anonymes de la convention elle-même, si elle n'est pas faite à l'initiative des dirigeants, comme il se doit, est le plus souvent sollicitée par les commissaires de surveillance (en droit libanais), les commissaires aux comptes (en droit français) et les *auditors* (en droit américain). Les conventions réglementées ne sont pas communiquées dans leur texte intégral. L'intéressé n'est pas donc tenu de remettre une copie de ces conventions au conseil mais seulement de l'informer de leur existence¹.

Cette communication pose un problème de confidentialité et heurte l'obligation au secret qui incombe à certains professionnels²; elle est interdite si le devoir de garder le secret peut être compromis par une telle communication³. Cette obligation pèse aussi sur les personnes ayant assisté aux réunions du conseil d'administration qui statuent sur les conventions. Ces personnes sont tenues à une obligation de discrétion concernant les informations à caractère confidentiel communiquées au cours de la séance par le président⁴.

2. Sociétés à responsabilité limitée

Le gérant non associé d'une société à responsabilité limitée, dans le cas où cette société n'a pas de commissaire aux comptes, est tenu de soumettre le projet des conventions qu'il entend conclure avec la société à l'assemblée, pour approbation préalable⁵. Donc, des copies de ces conventions, et non seulement leur liste ou leurs éléments, doivent être communiquées à l'assemblée.

Le cas est différent si les conventions sont à conclure par des associés gérants ou si la société a un commissaire aux comptes. Dans ces cas, qui ne requièrent pas d'autorisation préalable de l'assemblée, un rapport sur les conventions, et non les conventions elles-mêmes, est soumis à l'assemblée. Lorsque « le commissaire est avisé de l'existence de conventions

1. Art. L. 225-40, al. 1, C.com.fr.

2. CNCC, Etudes juridiques, Les conventions entre les entités et les personnes « intéressées », § 52, p. 67.

3. Idem, § 53, p. 68.

4. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, n° 393, p. 461; art. L. 225-37, al.5, C.com.fr.

5. Art. L. 223-19, al. 2, C.com.fr.

soumises à rapport, ou qu'il en a découverts, il obtient des dirigeants ou du représentant légal les informations à fournir¹».

A moins que les statuts ne disposent autrement, un associé ou un gérant d'une *limited liability company (LLC)* américaine peut contracter librement avec sa société et *has the same rights and obligations with respect to any such matter as a person who is not a member or manager*² (a les mêmes droits et obligations concernant une pareille question qu'une personne qui n'est ni un associé ni un gérant).

En outre, même si les statuts ne prévoient pas une procédure de contrôle des conventions réglementées, ou du moins un devoir de communication de telles conventions, les commissaires aux comptes (*auditors*), quand ils sont désignés, sont tenus de les évoquer dans leur rapport général sur les comptes.

* * *

La révélation de l'intérêt personnel dans une convention faite aux destinataires visés dans la loi par les personnes qui y sont intéressées est, nous venons de le découvrir, la preuve d'une transparence louable. Les intérêts personnels révélés par ceux sur qui pèse l'obligation de révélation, du moins quand cette dernière est faite au moment opportun, dans toute l'ampleur que la loi exige, permettront, dans un premier stade, de mettre à jour l'existence d'un risque de conflit avec l'intérêt social.

Il s'agit dans le chapitre qui suit (Chapitre 2) d'étudier l'appréciation de l'intérêt social dans les conventions conclues par les personnes visées dans les trois systèmes juridiques que nous comparons.

* * *

1. CNCC, Etudes juridiques, Les conventions entre les entités et les personnes «intéressées», op. cit., § 122, p. 109.
2. 6 § 18-107 DCLA, p. 395.

CHAPITRE 2

APPRÉCIATION DE L'INTÉRÊT SOCIAL DANS LES CONVENTIONS

L'intérêt social n'étant pas une notion rigide, son appréciation n'est pas la même dans toutes les situations. Un intérêt personnel d'une nature déterminée, ayant une incidence financière déterminée sur le patrimoine social d'une société peut avoir des conséquences différentes sur une autre société. Une convention qui abrite cet intérêt peut avoir des conséquences préjudiciables à la première et non nécessairement préjudiciables à la seconde. Le danger auquel l'intérêt social peut être exposé se trouve souvent sur une ligne fine. Le degré de tolérance par la société de la cohabitation des intérêts personnels que peuvent avoir des personnes visées dans une convention avec la société, avec l'intérêt même de cette dernière a besoin d'être soupesé et apprécié cas par cas.

C'est à la lumière d'une telle appréciation que les organes sociaux prendront une décision favorable d'autorisation et / ou d'approbation de la convention; ou une décision défavorable si ces organes jugent que la convention est, ou pourrait être, préjudiciable à la société (Section 1). Les effets de la décision de l'organe social compétent désapprouvant une convention, en cas de fraude ou en l'absence de fraude seront sondés. L'efficacité de la décision en question sera appréciée à la lumière de certaines irrégularités qui pourraient entacher le processus de contrôle (Section 2).

Section 1. Décision des organes sociaux

L'organe social compétent pour apprécier l'intérêt social dans une convention, ou plutôt l'éventualité de la lésion d'un tel intérêt, n'est pas unique en droit français et en droit américain. En effet, dans les sociétés anonymes françaises, aussi bien le conseil d'administration (ou le conseil de surveillance) que l'assemblée générale des associés participent au processus d'appréciation de l'intérêt social avec, toutefois, des degrés d'intervention et d'influence différents. En droit libanais, cette appréciation, au niveau de l'autorisation préalable n'est pas faite par le conseil d'administration, mais par l'assemblée générale¹.

En droit français, le conseil d'administration ou le conseil de surveillance autorise la convention au préalable² et l'assemblée générale l'approuve³. Les conventions conclues par

1. Art. 158, al. 1, C.com.lib.

2. Art. L. 225-38, al. 1, C.com.fr. (SA); art. L. 225-86, al. 1, C.com.fr. (SACS).

3. Art. L. 225-40, al. 2, C.com.fr. (SA); art. L. 225-88, al. 2, C.com.fr. (SACS).

un gérant non associé d'une société à responsabilité limitée française sont soumises à l'approbation préalable de l'assemblée seulement s'il n'existe pas de commissaires aux comptes¹. Quant aux conventions intervenues entre une société par actions simplifiées et l'un de ses dirigeants visés par la réglementation, elles sont soumises aux associés pour approbation².

Aux Etats-Unis, l'organe social compétent est le *corporate decision maker*³ ou l'organe qui prend en définitive la décision sociale qui *authorizes or ratifies the transaction* (autorise ou ratifie la transaction)⁴. Cet organe est aussi bien le conseil d'administration qui peut autoriser la convention au préalable⁵, ou la ratifier⁶ après coup, que l'assemblée générale⁷.

Nous allons traiter dans un premier temps l'autorisation de la convention par le conseil (§ 1) et puis l'autorisation ou l'approbation de la convention par l'assemblée générale (§ 2).

§1 Autorisation de la convention par le conseil

En France, avant la loi du 4 mars 1943, le conseil d'administration n'avait pas à autoriser les conventions conclues entre la société et les personnes visées. Cette loi, en prescrivant l'autorisation préalable du conseil, a instauré un nouveau régime en ce sens, et a accru les prérogatives du conseil pour lui conférer les pouvoirs d'apprécier une convention avant qu'elle ne soit soumise à l'approbation de l'assemblée.

Aux Etats-Unis, le conseil d'administration a depuis toujours été l'organe social le plus pressenti pour autoriser une convention à laquelle un associé ou un dirigeant est intéressé et cela à cause des prérogatives plutôt limitées des assemblées générales en droit américain. Ces dernières ne perdent pas pour autant le droit de statuer sur des conventions si elles en étaient saisies.

Au Liban, la question de l'autorisation par le conseil d'administration ne se pose même pas puisque le rôle du conseil d'administration se limite à rédiger un rapport spécial sur les

1. Art. L. 223-19, al. 2, C.com.fr. (SARL).

2. Art. L. 227-10, al. 2, C.com.fr. (SAS).

3. § 1.11, ALI PCG, vol.1, partie I, p. 15.

4. § 5.02 (a) (2) (B) ALI PCG, op. cit., vol.1, partie V, p. 209.

5. Idem, p. 210 ; 8 § 144 (a) DCLA, p.34.

6. § 5.02 (a) (2) (C) ALI PCG, vol.1, partie V, p. 210.

7. Idem, § 5.02 (a) (2) (D).

conventions en question, laissant le soin à l'assemblée générale de les approuver ou de les désapprouver à la lumière de ce rapport¹.

Mais le rôle du conseil dans le processus de contrôle est-il opportun? (A) et de quels outils dispose-t-il pour mener à bien sa tâche? (B)

A. Opportunité de l'intervention du conseil

On se demande pourquoi le conseil d'administration et le conseil de surveillance, ont à intervenir, et à statuer sur une convention qu'une personne visée entend conclure avec la société qu'elle dirige, ou dont elle est associée, alors que le dernier mot devrait en principe revenir à l'assemblée générale des associés, qui doit l'approuver ou la désapprouver ; quelles sont les raisons qui justifient cette intervention (1.) ? Est-ce que cette intervention se passe sans risques et sans obstacles pour la société ? (2.).

1. Raisons de l'intervention du conseil

Pourquoi le conseil doit-il intervenir pour autoriser une convention qu'une personne visée envisage de conclure avec la société ? Certains auteurs pensent que le conseil d'administration est tenu de vérifier si une telle convention respecte l'intérêt social². Ce qui justifie en apparence amplement son intervention ; pourtant celle-ci alourdit la procédure. Cette raison n'est pas en définitive tellement convaincante puisque l'intérêt social est tout aussi bien protégé par les associés. Le prétexte qu'il est plus facile de réunir le conseil et qu'il a bien plus de temps à consacrer à des questions pareilles, tout en étant logique, n'est pas, à notre sens, suffisant pour rendre l'autorisation préalable du conseil indispensable.

D'autres raisons qui jouent en faveur de l'intervention du conseil ont été avancées. La plus fréquemment soutenue est d'éviter « une résolution de pure forme, générale et impersonnelle, votée chaque année par l'assemblée à un moment où l'on ne peut prévoir les conventions qu'il y aura lieu de passer »³. Nous ne partageons point cette position, car rien n'empêche l'assemblée générale de voter sur une convention d'une manière plus réfléchie, plus spéciale et moins impersonnelle, que ne lui attribue le raisonnement de ceux qui sont en faveur de l'autorisation préalable du conseil. La décision émanant de l'assemblée dans l'état actuel des choses, indépendamment de ses effets, obéit à des exigences assez rigoureuses. Elle doit de

1. Art. 158, al. 3, C.com.lib.

2. P. Le Cannu et B. Bondero, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 745, p. 499.

3. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, *Contrats entre les administrateurs et la société*, op. cit., n° 50, p.12.

toute façon être spéciale¹ ; ce qui déjoue le raisonnement de ceux qui sont en faveur de l'intervention du conseil pour la raison ci-haut mentionnée.

Si ce n'était à cause de la simplicité du texte en droit libanais, son modèle, quoique incomplet, l'emporte à notre sens sur l'encombrement rigide des textes en la matière en droit français. Cela dit, nous comprenons parfaitement que la spécialité, voire la grande complexité des contrats modernes, des outils nécessaires au transfert de biens, services et *know-how*, rendent l'assemblée générale presque incompétente pour les comprendre et que des explications données dans le rapport spécial du conseil, lues par des actionnaires profanes, peuvent tout aussi bien compliquer les choses. C'est pourquoi nous estimons qu'il faut recourir à une autre procédure, plus légère et plus expéditive².

Aux Etats-Unis, l'intervention du conseil, comme condition de validité d'une convention passée entre une personne visée et la société, a connu des développements. Au début, les tribunaux n'acceptaient que les conventions qui étaient *fair* pour la société, à condition qu'elles aient été approuvées par une majorité d'administrateurs qui n'y sont pas intéressés³. L'évolution dans les années 50 du siècle dernier soutenait les conventions si elles étaient *fair*, sans qu'il y ait besoin que les administrateurs non intéressés les approuvent. Plus tard, dans les années 80 de ce même siècle, avec l'introduction des *outside directors* (administrateurs indépendants), choisis non en fonction de leur représentativité du capital investi dans une société, mais surtout en raison de leur expertise, le conseil a retrouvé un rôle actif et l'autorisation des administrateurs non intéressés exerçant un *independent business judgment* (jugement d'affaires indépendant) est à nouveau reprise. La raison étant que des administrateurs non intéressés sont en meilleure position pour apprécier l'effet d'une convention sur l'intérêt social.

L'intervention du conseil dans la conclusion d'une convention ne se passe quand même pas sans risques.

2. Risques de l'intervention du conseil

Ce n'est pas seulement la lourdeur de la procédure d'autorisation par le conseil, et l'encombrement qu'elle crée, qui ont été déplorés par la doctrine. Nous avons eu et aurons à souligner ce fait incontestable maintes fois dans cette thèse. L'intérêt social fait face à des

1. V. infra, La décision doit être spéciale, p. 293 - 295.

2. V. notre proposition de modifications à apporter à la procédure en droit français, pp. 273 – 276.

3. *Globe Woolen Co. v. Utica Gas & Electric*, 19 novembre 1918 : 1918 N.Y. LEXIS 907; 224 N.Y. 483.

risques plus graves que le retard dans l'accomplissement des formalités exigées par le contrôle (a). En effet, si ce retard ralentit la procédure, la complaisance des administrateurs amenés à voter en faveur d'une convention qui est préjudiciable à la société est un danger bien plus réel (b).

a) Retard de l'approbation de l'assemblée générale

La procédure de contrôle en France, soumettant la convention à l'autorisation préalable du conseil d'administration (ou du conseil de surveillance), fait de la sorte qu'une fois que les conventions ont été autorisées par le conseil, la nécessité ou l'urgence d'une approbation rapide par l'assemblée générale n'existe plus, de telle sorte que les conventions autorisées ne sont pas en pratique soumises dans des délais relativement brefs à une assemblée générale. On attend le plus souvent la réunion de l'assemblée générale annuelle pour qu'elle statue sur ces conventions. Au Liban, le rôle du conseil relatif aux conventions se limite à la préparation d'un rapport spécial sur elles, qui est joint, avec celui préparé par les commissaires de surveillance, aux documents de l'assemblée annuelle. Cela veut dire que, dans ces deux systèmes juridiques, l'intervention de l'assemblée n'est qu'un contrôle *a posteriori* d'une convention le plus souvent déjà conclue et qui aura été entièrement ou partiellement exécutée. Ce qui rend l'intervention tardive de l'assemblée complètement inefficace. Théoriquement, une convention révélée par l'intéressé juste après la réunion de l'assemblée générale annuelle peut attendre la prochaine assemblée générale annuelle pour être approuvée; une attente qui peut durer 12 mois !!

b) Complaisance des administrateurs

Le risque véritable est tout autre. Une dangereuse complaisance pourrait amener des administrateurs qui ne sont pas intéressés à une convention à conclure entre la société et un ou plusieurs autres administrateurs, à voter en faveur de son autorisation, uniquement par complaisance avec l'administrateur intéressé, sans égard à l'effet que l'exécution de cette convention pourrait avoir sur l'intérêt social. L'administrateur intéressé leur rendra leur propre monnaie, par gratitude, à la plus proche occasion où ces administrateurs complaisants deviennent eux-mêmes intéressés à une convention qu'ils soumettront à l'autorisation du conseil, ou quand ils ont besoin de l'agrément des administrateurs ainsi intéressés à une convention, pour se faire attribuer un tout autre avantage au détriment de la société. « L'influence des dirigeants au sein du conseil d'administration ou des organes dirigeants pouvait les amener à conclure des opérations commerciales qui soient contraires aux intérêts

de la société, grâce à des contacts personnels extérieurs, à des complaisances ou à des collusions à l'intérieur même des organes de direction »¹.

On pourrait penser que tant que le législateur exige que l'assemblée appose en quelque sorte son visa sur les conventions autorisées par le conseil, l'intervention de ce dernier au niveau de l'autorisation préalable est en quelque sorte inutile. La vérité est différente puisque les effets de la décision de l'assemblée sont, nous le verrons bientôt, parfois inefficaces et ne remettent en cause la décision d'autorisation du conseil qu'en cas de fraude.

B. Outils de l'intervention du conseil

Deux outils sont à la disposition du conseil dans sa participation à la procédure de contrôle des conventions. En droit français, c'est bel et bien le pouvoir de prendre une décision d'autoriser ou non une convention (1.), alors qu'en droit libanais, où le conseil d'administration n'a pas un rôle décisif dans ce sens, cet outil c'est le rapport spécial sur les conventions à soumettre à l'assemblée (2.).

1. Décision d'autorisation

Le conseil d'administration, ou de surveillance en droit français, délibère sur les conventions de la même manière qu'il délibère sur d'autres questions qui lui sont soumises. Le conseil doit être régulièrement convoqué par son président, les statuts de la société prévoyant les règles et modalités de cette convocation². Cette convocation est, dans certains cas précis, prévue par la loi³. C'est ainsi que dans un cas d'urgence, où une convention réglementée doit être conclue, le président peut convoquer le conseil dans des délais brefs.

Le droit américain ne prévoit pas de forme particulière pour le *notice* (convocation) à une réunion du conseil d'administration, quand il s'agit des réunions *regular* (routinières, périodiques). Par contre, quand il s'agit de réunions spéciales, la convocation doit mentionner la date, l'heure et lieu et doit être adressée à tous les administrateurs avec l'ordre du jour, à moins que les statuts ne disposent autrement⁴. A la suite de la délibération du conseil sur une convention réglementée soumise à son autorisation, une décision est prise (a) à des conditions particulières (b).

1. CNCC, Etudes juridiques, Les conventions entre les entités et les personnes « intéressées », op. cit., § 3, p. 8.

2. Art. L. 225-36-1, al. 1, C.com.fr; art. 157, al. 2, C.com.lib.

3. Art. L. 225-36-1, al. 4, C.com.fr ; sur demande du 1/3 des membres du conseil ou du directeur général.

4. Choper et Eisenberg, Corporations, op. cit., p. 40; v. aussi S. Stevens, Handbook on the Law of Private Corporations, op. cit., n° 161, p. 746.

a) Caractéristiques de la décision d'autorisation

Si les formalités amenant à la réunion du conseil pour statuer sur les conventions sont semblables à celles à suivre pour d'autres questions, la décision d'autorisation prise au cours d'une telle réunion a des caractéristiques de fond (1) et de forme (2) assez particulières qu'il s'agit de respecter.

(1) Caractéristiques de fond

La décision d'autorisation doit, pour être efficace et valable, être prise avant la conclusion de la convention ; elle doit être préalable (i) et pour parfaire son impartialité, elle doit être prise à une majorité des membres du conseil qui ne sont pas intéressés à la convention (ii) ; en outre, la décision doit être éclairée (iii).

(i) La décision doit être préalable

Par définition, l'autorisation doit nécessairement précéder la conclusion de l'acte juridique pour lequel elle a été sollicitée. La loi en France dispose que la convention visée « doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration. »¹ L'intéressé à une convention ne peut pas donc la conclure directement, ou la faire conclure par une personne interposée avec la société et ne la soumettre au conseil d'administration que postérieurement, comme un fait accompli. Faire de la sorte viole les dispositions légales très claires à ce sujet. L'absence d'autorisation préalable d'une convention l'expose à la nullité, si elle a eu des conséquences dommageables pour la société².

C'est un contrôle *a priori*³ ; la délibération du conseil doit être « antérieure »⁴ à la conclusion de la convention. Si toutefois une convention est conclue avant d'avoir reçu l'autorisation préalable du conseil, elle n'est pas pour autant considérée comme irrégulière si elle avait été conclue sous la condition suspensive de l'autorisation du conseil, ou si elle a été ratifiée par la suite par le conseil lui-même⁵.

Le droit américain est indifférent au moment où intervient l'autorisation d'une convention. Les textes mettent l'autorisation préalable d'une convention sur le même plan que son

1. Art. L. 225-38, al.1, C.com.fr. (SA); art. L. 225-86, al.1, C.com.fr. (SACS).

2. Art. L. 225-42, al.1, C.com.fr ; CA Paris, 23 novembre 1955 : Dalloz-Sirey 1956, p. 290, note F. Goré.

3. Comp. avec, en droit français, le contrôle *a posteriori* de l'assemblée générale; une autorisation v. une approbation.

4. M. de Juglart et B. Ippolito, par E. du Pontavice et J. Dupichot, Traité de droit commercial, op. cit., p. 465.

5. Escarra et Rault, Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales, op. cit., n° 1436, p. 113.

approbation postérieure ou sa ratification après avoir été conclue. En effet, est considérée comme ayant rempli les conditions du *fair dealing*, la convention qui a été autorisée à l'avance (ou ratifiée par la suite) par le *decision maker*, l'organe social qui est censé prendre une décision la concernant¹. Une disposition similaire est prévue dans les cas spécifiques d'une convention qui intervient entre la société et un *controlling shareholder* (associé contrôlant)², ou entre la société et un *interested director* (administrateur intéressé)³.

(ii) La décision doit être impartiale (disinterested)

Le contrôle prévu par la réglementation serait vain si des administrateurs qui ont un intérêt personnel à une convention peuvent voter en sa faveur. La participation d'un administrateur intéressé au vote sur la convention rend la décision d'autorisation irrégulière⁴. En effet, l'une des garanties législatives les plus puissantes pour une décision impartiale est la prohibition qui frappe un administrateur intéressé de voter sur cette question⁵. Quand tous les administrateurs sont intéressés à une convention à conclure avec la société, l'impartialité de la décision exige que le conseil s'abstienne de statuer sur cette convention et tout normalement, mais idéalement, de la déférer à l'assemblée⁶ pour autorisation avant de la conclure. La doctrine offre une autre solution plus réaliste et plus pratique, à savoir la conclusion de la convention et la couverture de sa nullité par un vote de l'assemblée générale : une autorisation par le biais d'une ratification, forcément *a posteriori*, en application de l'art. 225-42, al. 3 du C. com. fr. Nous ne sommes pas entièrement d'accord avec cette solution, surtout dans le cas des sociétés qui ont peu d'associés, car elle déjoue l'intention du législateur de faire « autoriser » la convention « au préalable ». Nous comprenons mieux cette position doctrinale pour les sociétés cotées en bourse. La rapidité d'agir dans certains cas est freinée par l'exigence de convoquer et faire réunir un large nombre d'actionnaires en assemblée générale. Nous proposerons plus loin (infra, pp. 267 - 269) la création d'une Commission aux conventions qui, du moins tel que nous le percevons, permettra de remédier à un certain nombre de problèmes existants dans le système actuel, y compris l'exigence de célérité en cas d'urgence.

1. § 5.02 (a) (1), ALI PCG, vol.1, partie V, p. 209.

2. Idem § 5.10 (a) (2), p. 325.

3. 8 § 144 (a) (3) DCLA, p. 43 : « authorized, approved or ratified... »

4. Art. L. 225-40, al. 3, C.com.fr.

5. V. infra, développements de ce point sous « Limites à l'exercice de certains droits », « Interdiction de voter », pp. 341 - 343.

6. C. Malecki, Conventions réglementées, op. cit., n° 44, p. 11.

La question s'est posée de savoir si l'intéressé frappé de l'interdiction de vote peut voter en sa qualité de mandataire d'un autre administrateur. L'interdiction de voter de l'art. L. 225-40 C.com.fr. est imposée contre la personne même de l'intéressé. En d'autres termes, cet administrateur ne peut voter ni en son nom personnel, ni au nom de son mandant. Accepter autrement c'est lui permettre d'utiliser son mandat pour voter en faveur de la convention et affecter ainsi l'impartialité de la décision.

De même, en droit américain, les *directors* qui votent sur l'autorisation d'une convention à conclure, ou sur la ratification d'une convention déjà conclue, entre un dirigeant ou un associé et la société, doivent eux-mêmes ne pas y être intéressés, autrement la condition de *fair dealing* ou de *fairness* n'est pas remplie. Cette position est partagée par le droit français¹. Les *disinterested directors*² sont par définition ceux qui ne sont pas *interested* à une convention³.

(iii) La décision doit être éclairée

Avant de prendre une décision d'autorisation d'une convention, le conseil d'administration doit avoir eu l'occasion de connaître tous les éléments essentiels et pertinents de la convention pour pouvoir porter un jugement éclairé sur l'intérêt pour la société de voir une telle convention passée ou du moins pour se rassurer qu'elle n'est pas préjudiciable à la société. Si les éléments sur lesquels le conseil délibère sont incomplets ou insuffisants, son autorisation sera alors viciée et peut déjouer le résultat attendu par le législateur de l'intervention du conseil dans la procédure de contrôle spécial des conventions⁴.

On ne saurait exiger du conseil une décision bien réfléchie sur une convention sans avoir donné à ses membres suffisamment de temps pour apprécier l'impact de l'exécution d'une telle convention sur la société et sur l'intérêt social. Il serait plus convenable de préparer un ordre du jour et de le communiquer aux administrateurs avant la réunion, même si la loi n'est pas particulièrement exigeante dans ce sens. L'autorisation de la convention doit figurer explicitement à cet ordre du jour, à défaut de quoi le conseil ne peut prendre une décision éclairée la concernant. C'est pourquoi, l'autorisation d'une convention doit figurer comme

1. CA Rouen, 19 novembre 1981 : Rev. soc., 1983, p. 347, note M. Guilbeteau; droit américain : 8 § 144 (a) (1) et (2) DCLA, p. 42 ; § 5.02 (a) (2) (B) et (c) ALI PCG, vol.1, partie V, pp. 209 et 210. Cette question sera traitée avec plus de détails plus loin, v. infra, Limites à l'exercice de certains droits, pp. 337 et s.
 2. § 1.15 ALI PCG, op. cit., vol.1, partie I, pp. 18 et 19.
 3. Idem, § 1.23, p. 25, évoque les cas où un « director » est considéré comme ayant un intérêt personnel.
 4. Cass. com., 21 novembre 2000: Bull. Joly, février 2001, § 46, p. 172, note P. Le Cannu.

une question spéciale à l'ordre du jour de la réunion et non parmi les « questions diverses »¹.

Typiquement, la question d'une convention réglementée portera un numéro séparé sur la liste des questions portées à l'ordre du jour. Les questions importantes ou exceptionnelles doivent être indiquées afin que les administrateurs puissent apprécier l'importance de la réunion². Il va sans dire qu'une convention à conclure entre la société et une personne visée par la réglementation des conventions est une question qui sort du cadre de la gestion courante et est suffisamment importante pour l'intérêt social et de nature exceptionnelle pour justifier qu'on lui consacre une place distincte dans l'ordre du jour de la réunion.

C'est pourquoi la loi aux Etats-Unis exige la révélation des « *material facts* » (faits pertinents essentiels) de l'intérêt personnel qu'a un administrateur dans une convention, ainsi que sa « *relationship* » (relation) avec le contractant³, le « *contract* » ou la « *transaction* »⁴. C'est à la lumière d'une telle *full disclosure* (révélation complète) qu'une décision éclairée pourra être prise.

(2) Caractéristiques de forme

La décision d'autorisation doit satisfaire aussi à des conditions de forme. Elle doit être écrite (i) et distinctement spéciale (ii).

(i) L'autorisation doit être écrite

Les délibérations des organes sociaux, ainsi que les décisions qui en découlent, sont normalement consignées dans les procès-verbaux des réunions au cours desquelles les décisions sont prises. Inutile de répéter ici les vertus d'une décision d'autorisation non verbale. Le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration est l'écrit le plus normal pour constater non seulement la tenue d'une réunion, mais surtout ses délibérations et les décisions qui y sont adoptées.

La décision d'autorisation doit donc être expresse, ne prêtant à aucune ambiguïté. C'est pourquoi la simple connaissance par les administrateurs de l'existence d'une convention ne vaut pas une autorisation préalable par le conseil⁵. L'autorisation doit faire l'objet « d'un vote exprès, le tout mentionné dans le procès-verbal de la réunion »⁶.

1. Cass. com., 3 mai 2000 : Bull. Joly, août - septembre 2000, § 198, p. 821.

2. Y. Guyon, Droit des affaires, op. cit., n° 334, p. 340.

3. 8 § 144 (a) (1) et (2) DCLA, p. 42.

4. Idem, (a) (2).

5. Cass. soc., 12 février 1987: Bull. Joly, mars 1987, § 179, p. 384, note P. Le Cannu; Cass. com., 8 décembre 1976, préc.

6. CA Paris, 23 octobre 1965 : JCP 1966. II. 14491, note P. Le Cannu.

De même, la simple exécution d'une convention non autorisée ne peut faire lieu d'autorisation¹. Il faut donc absolument que l'autorisation soit expresse.

Quand les statuts d'une société le prévoient, des décisions du conseil d'administration peuvent également être prises par le moyen d'une consultation écrite. La décision est alors contenue dans un procès-verbal dans lequel la décision d'autorisation d'une convention, par exemple, figure et qui est envoyé aux administrateurs pour signature.

(ii) L'autorisation doit être spéciale

Cette condition chevauche sur la forme et le fond. Nous avons choisi de la ranger dans les conditions de forme, puisque c'est sa présentation dans un procès-verbal, sous une rubrique séparée, qui nous importe le plus.

Afin d'éviter toute ambiguïté, la décision d'autorisation doit être distincte d'autres décisions que le conseil d'administration, ou de surveillance, pourrait être appelé à prendre au cours de la même réunion, ou qui sont contenues dans la même consultation écrite. La décision d'autorisation doit être spécialement réservée à la convention qui est soumise au conseil et doit spécifier la convention autorisée. Chaque convention doit individuellement faire l'objet d'une décision d'autorisation à part². Une décision comportant l'autorisation d'une convention dans des termes généraux équivaut à l'absence d'une telle autorisation³.

L'accord donné individuellement par les membres du conseil à des conventions intervenues entre le président et la société n'a pas été jugé suffisant ; l'autorisation devra résulter d'une délibération spéciale pour chaque convention. « L'autorisation et l'approbation voulues par la loi ne sont pas constituées par une somme d'opinions recueillies isolément en dehors du cadre de l'organe social dans lequel elles doivent s'exprimer »⁴.

L'absence d'autorisation spéciale est considérée comme une irrégularité sanctionnée par une nullité relative de la convention quand elle a eu des conséquences préjudiciables à la société; cette autorisation ayant pour but de protéger les associés de la société, et étant susceptible d'être confirmée par une décision régulière de l'assemblée de ces associés⁵.

1. Cass. com., 26 janvier 1965 : RTDC, 1965, p. 624, note R. Houin.

2. Escarra et Rault, *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales*, n° 1436, p.114.

3. M. de Juglart et B. Ippolito, par E. du Pontavice et J. Dupichot, *Traité de droit commercial*, op. cit., p. 465.

4. CA Paris, 18 mars 1959 : Gazette du palais, 1959, p. 6, note Lambert ; v. aussi CA Paris, 13 juin 1964, préc.

5. CA Paris 23 novembre 1955 : DS, 1956, p. 290, note F. Goré.

Aux Etats-Unis, l'autorisation peut être non spéciale, convention par convention. Des administrateurs non intéressés à une convention peuvent autoriser à l'avance des « *specified types of self-dealing transactions* » (types spécifiques de contrats avec soi-même), « *expected to recur in the ordinary course of business* »¹, (dont la répétition au cours de l'exercice de l'activité sociale ordinaire est attendue). C'est le *standard of the corporation* (norme de la société) qui est établi par une décision collective des administrateurs (ou associés), ou par une disposition statutaire². On estime qu'un certain type de conventions est nécessaire à l'activité sociale et que ces conventions qui se répètent ne doivent pas être soumises, cas par cas, à l'autorisation des administrateurs, mais que plutôt l'autorisation préalable du type de la convention et, de préférence, de son contenu, avec les limites et les tolérances permises, est suffisante pour éliminer les abus qui peuvent en résulter³.

En France, une solution semblable est adoptée dans les groupes de sociétés. En raison du développement de ces groupes et de la multiplication des conventions intra-groupe, il a été proposé de ne pas soumettre ces conventions à l'autorisation préalable et spéciale du conseil, lorsqu'une telle autorisation est requise, à savoir quand ces conventions ne sont pas courantes ou ne sont pas conclues à des conditions normales. La proposition consiste à établir une convention cadre de groupe, définissant les principes généraux des conventions particulières et à la soumettre à l'autorisation des conseils d'administration respectifs, avec communication aux commissaires aux comptes, une fois par an, des montants facturés au cours de l'année par une société du groupe à une autre⁴.

La doctrine étant unanime sur la lourdeur de la procédure de contrôle, à notre avis, toute tentative de réduire le nombre des conventions à faire contrôler par le conseil d'administration est louable. Les sociétés du groupe comptent souvent sur des produits et services que d'autres sociétés du même groupe sont en mesure de fournir. Exiger que chacune des conventions portant sur ces produits ou services, qui peuvent être très nombreuses, même dans les petits groupes de sociétés, reçoive l'autorisation séparée du conseil, revient à accaparer le temps dont dispose ce dernier pour vaquer à ses obligations principales dans la société. C'est pourquoi la solution tendant à l'établissement d'une convention cadre de groupe, aux conditions susmentionnées, ne peut-être que bénéfique. Dans les groupes de sociétés qui comportent des associés minoritaires, il serait prudent

1. § 5.09 (a) ALI PCG, vol.1, partie V, p. 315.

2. Idem, § 1.36, vol.1, partie I, p. 39.

3. V. supra, Exemption des conventions suivant un « standard » déjà autorisé, pp. 137 et 138.

4. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault ; Les contrats entre les administrateurs et la société, op. cit., n° 54, p. 12.

d'obtenir le consentement de leurs représentants au conseil sur la convention cadre pour éviter qu'ils n'attaquent plus tard les conventions ou opérations individuelles passées en exécution de cette convention.

b) Conditions d'adoption de la décision d'autorisation

En raison du caractère conflictuel de certaines décisions d'autorisation d'une convention intervenant entre la société et un administrateur, ce dernier ne pourra, quoique momentanément, faire partie du collège de dirigeants qui constitue le conseil d'administration de la société, du moins en ce qui a rapport au calcul du quorum et de la majorité requise pour prendre une décision sur la convention à laquelle il est intéressé¹. La disposition légale qui régit le lieu des réunions des administrateurs en conseil d'administration ne mentionne pas la question des conventions réglementées au nombre de celles qui ne peuvent faire l'objet d'une délibération du conseil que si les administrateurs sont réunis régulièrement dans la même salle². Les administrateurs peuvent donc statuer sur les conventions réglementées en utilisant des moyens de visioconférence ou d'autres moyens de communication³.

Aux Etats-Unis, si la loi étatique à laquelle est soumise une société américaine ne permet pas que des réunions du conseil aient lieu à distance, toutes ces réunions doivent en principe se tenir dans un endroit rassemblant les administrateurs. Les statuts d'une société peuvent également interdire de telles réunions. En l'absence de telles prohibitions, le conseil d'administration peut lui-même permettre à tout administrateur (ou à eux tous) de participer à une réunion *regular ou special* (routinière ou spéciale) par l'intermédiaire de « *any means of communications by which all directors participating may simultaneously, hear each other during the meeting* »⁴ (tout moyen de communication en vertu duquel tous les administrateurs participants peuvent s'entendre simultanément au cours de la réunion). Les administrateurs participant de cette manière sont considérés comme s'ils avaient assisté en personne à la séance. Les décisions concernant l'autorisation d'une convention doivent forcément être prises au cours d'une réunion du conseil après que la révélation de tous les faits pertinents à cette convention ait été faite ; sinon, la convention peut-être attaquée⁵.

1. V. infra, Limites à l'exercice de certains droits, pp. 341 - 343.

2. Celles prévues aux art. L. 232-1 (arrêté des comptes sociaux) et rapport de gestion et art. L. 233-16 (comptes consolidés), C.com.fr.

3. Art. L. 225-37, al.3, C.com.fr.

4. § 8.20 (b) RMBCA, p. 40 ; v. aussi 8 § 141 (i) DCLA, p. 28.

5. Lewis v. Fuqua, 12 novembre 1985 : 1985 Del. Ch. LEXIS 57 (1985) ; 502 A. 2d 952.

Le droit américain, ne prévoyant pas de procédure spéciale pour l'autorisation des conventions par le conseil, la décision les concernant doit donc être analysée à la lumière de la procédure prescrite pour toute autre décision du conseil d'une manière générale.

La décision d'autorisation d'une convention par le conseil est avant tout une décision de l'organe dirigeant suprême d'une société. Cette décision doit tout d'abord obéir aux règles générales de quorum et de majorité. Ces règles comme nous le verrons plus loin dans cette thèse posent des exceptions pertinentes, voire des conditions particulières de quorum (1) et de majorité (2)¹ pour protéger la société contre les abus de ses dirigeants.

(1) Conditions particulières de quorum

Le quorum minimum exigé pour la validité des délibérations du conseil d'administration d'une société française est de plus de la moitié des votes des administrateurs². Si les statuts de la société ne peuvent pas prescrire un quorum inférieur, « toute clause contraire est réputée non écrite », ils peuvent prévoir un quorum supérieur, mais non excessif, au point que les décisions sociales sont entravées ou bloquées. Mais, en raison du caractère conflictuel d'une délibération sur une convention visée par la réglementation, il serait peu réaliste de permettre à un administrateur intéressé à une convention d'être calculé dans le quorum de la réunion du conseil qui statuera sur cette convention, du moins en ce qui concerne les délibérations relatives à cette question précise. La protection de l'intérêt social dans ce sens exige que cet administrateur soit exclu de ce calcul; c'est d'ailleurs la solution adoptée en droit français³.

En général, et dans la plupart des Etats américains, la loi requiert un quorum constitué par la majorité des administrateurs admis à voter, et non de tous ceux qui sont en fonction⁴; prévoyant ainsi le cas des administrateurs qui sont empêchés de voter comme celui des *interested directors* (administrateurs intéressés) qui ne peuvent voter sur l'autorisation de la convention à laquelle ils sont intéressés. L'Etat de Delaware⁵ et le RMBCA⁶ admettent que les statuts d'une société prévoient un moindre quorum, pourvu qu'il ne soit pas inférieur au tiers du nombre d'administrateurs. Bien entendu, les statuts peuvent prévoir un quorum plus

1. Ces conditions particulières sont évoquées ici seulement pour compléter le cercle des points faisant partie du traitement de la décision d'autorisation. Des développements suivront sous le titre « Limites à l'exercice de certains droits », pp. 338 et 339 ; pp. 341 - 343.

2. Art. L. 225-37, al.1, C.com.fr.

3. Art. L. 225-40, al. 4, C.com.fr; voir détails infra, pp. 338 et 339.

4. H. Choper et M. Eisenberg, *Corporations*, op. cit., § 202, p. 40.

5. 8 § 141 (b) DCLA, pp. 26 et 27.

6. § 8.24 (b) RMBCA, p. 41.

grand pour la validité des délibérations du conseil¹. Mais rien n'empêche un administrateur intéressé d'être présent à la réunion et de recouvrer ses droits d'être compté dans le quorum et de voter sur d'autres questions soumises aux délibérations du conseil.

(2) Conditions particulières de majorité

Sauf si les statuts ne prescrivent pas une majorité plus forte, les décisions prises par les administrateurs en conseil d'administration d'une société française requièrent une majorité de plus de 50% des voix des administrateurs présents ou représentés².

Les décisions des conseils d'administration de sociétés américaines sont prises à la majorité des administrateurs qui constituent le quorum d'une réunion du conseil. Les statuts peuvent prévoir une majorité plus forte³.

Cela dit, un administrateur peut très bien voir son droit au vote suspendu, quand il est intéressé à une convention soumise au conseil, comme nous le détaillerons plus loin⁴.

2. Le rapport spécial du conseil sur les conventions

Contrairement au droit français, le conseil d'administration d'une société anonyme libanaise ne dispose que d'un seul moyen pour intervenir dans la procédure de contrôle des conventions. Il est tenu de préparer un rapport spécial sur les conventions projetées qu'il soumet à l'assemblée générale⁵. L'assemblée prend sa décision à la lumière de ce rapport (et de celui du commissaire de surveillance) ; celui-ci doit avoir des caractéristiques précises.

Le droit français qui confère au conseil le pouvoir d'autorisation d'une convention, n'a pas cru utile que le conseil prépare un rapport spécial sur cette question⁶. En dépit de cela, nous pensons que quand le conseil d'administration soumet une convention autorisée à l'assemblée, la communication correspondante peut sans doute être assimilée à un rapport qui peut être complet, quand tous les détails pertinents y sont mentionnés. Une telle communication peut même être spéciale quand elle n'est pas jointe à d'autres éléments étrangers ou d'autres questions sur lesquelles le conseil doit statuer. Le rapport général de

1. H. Henn and J. Alexander, *Laws of Corporations*, op. cit., n° 209, p. 506.

2. Art. L. 225-37, al.2, C.com.fr.

3. 8 § 141 (b) DCLA, p. 26 ; § 8.24 (c) RMBCA, p. 41.

4. V. infra, Interdiction de voter, pp. 341 - 343.

5. Art. 158, al. 3, C.com.lib.

6. A noter que dans les SAS, c'est le président de la société qui doit préparer ce rapport quand la société n'a pas désigné un commissaire aux comptes ; v. art. L. 227-10, al. 1, C.com.fr.

gestion annuel que le conseil d'administration en France est tenu de soumettre annuellement à l'assemblée, ne saurait être complet sans l'évocation des conventions réglementées. Ce rapport étant « un lien d'honnêteté et de loyauté entre le conseil et les actionnaires »¹, et sa rédaction comportant « une question de juste mesure et de bonne foi »², le conseil est forcément tenu d'y mentionner les conventions qui pourraient être conclues entre une personne visée par la réglementation et la société.

Le rapport du conseil d'administration sur les conventions doit être spécial (a) et complet (b).

a) **Le rapport doit être spécial**

Afin de démontrer l'importance du rapport du conseil d'administration sur les conventions qu'un administrateur entend conclure avec la société, le législateur libanais a voulu que le rapport soit spécial, donc séparé des autres rapports que le conseil d'administration prépare et soumet à l'assemblée, en particulier, le rapport de gestion annuel. Les termes mêmes de la loi sont explicites « chacun » des conseil d'administration et du commissaire de surveillance doit soumettre un rapport « spécial »³. L'assemblée ne peut voter valablement sur la décision d'autorisation d'une convention « qu'après avoir entendu deux rapports spéciaux sur le contrat projeté, l'un du conseil d'administration et l'autre des commissaires de surveillance »⁴. La spécialité du rapport attirera davantage l'attention des associés; alors que la simple mention d'une convention et des détails y afférents, comme un fait divers noyé comme d'autres informations dans un rapport général, ne saurait le faire.

Il convient de signaler que des initiatives privées comme le *Lebanese Code of Corporate Governance (LCCG)* (le Code libanais de gouvernement d'entreprise)⁵, ont voulu renforcer le rôle et les responsabilités des administrateurs en ce qui a trait aux conventions réglementées. Ce code recommande qu'avant de proposer une convention réglementée à l'autorisation de l'assemblée, et là nous pensons que les rédacteurs de ce code ont voulu dire, avant que le rapport spécial du conseil ne propose une telle convention, le conseil doit être convaincu, « *after due deliberation and written advice of the auditors* » (après une délibération proprement entreprise et une opinion écrite des commissaires de surveillance) que la

1. J. Moliérac, Manuel des sociétés, n° 1108, p. 195.

2. Idem, p. 196.

3. Art. 158, al. 3, C.com.lib.

4. C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann., op. cit., commentaire de l'art. 158, note 28.

5. N. Abdel Sater - Abu Samra et N. Bishara, *Lebanese Code of Corporate Governance*, The Lebanese Transparency Association, 2006.

convention est bénéfique à la société et à ses associés, que la valeur du bien transféré ou acquis correspond au prix pratiqué sur le marché (*market prices / rates*)¹.

Contrairement au traitement de cette question en droit français des sociétés anonymes, où l'organe dirigeant principal, à savoir le conseil d'administration, n'est pas tenu de préparer un rapport spécial sur les conventions, le gérant d'une société à responsabilité limitée française est lui tenu de présenter à l'assemblée des associés un rapport sur les conventions, ou joindre un tel rapport aux documents communiqués aux associés en cas de consultation écrite². Le défaut de communication préalable du rapport spécial de la gérance sur les conventions « ne peut justifier l'annulation de l'assemblée générale durant laquelle l'associé demandeur avait pu, s'il y avait participé et s'il y avait lieu, exiger sa lecture³. » Il suffit donc qu'il soit présenté au plus tard durant l'assemblée.

Ce rapport sur les conventions ne figure pas dans la liste des documents qui doivent être adressés aux associés d'une SARL française 15 jours avant la réunion de l'assemblée⁴, alors que le texte correspondant pour les SA mentionne ce délai expressément⁵.

b) Le rapport doit être complet

Comme partout, l'assemblée générale d'une société libanaise doit pouvoir statuer sur une convention en connaissance de cause et, pour que le conseil d'administration puisse lui être utile dans ce sens, il faut absolument que son rapport soit le plus complet possible. Il doit fournir aux associés tous les détails qui leur permettront d'apprécier si la conclusion d'une convention particulière est ou non préjudiciable à l'intérêt social et d'émettre un vote éclairé à la lumière des renseignements que le rapport contient⁶. C'est pourquoi le rapport ne doit pas se contenter « de formules passe-partout »⁷.

Bien entendu, si l'administrateur intéressé a manqué à son obligation de révéler la convention, c'est sa responsabilité personnelle qui est engagée. Mais si, en dépit de la révélation, le conseil omet de mentionner la convention dans son rapport spécial, ce sont tous les administrateurs qui doivent répondre de l'inobservation des dispositions légales.

1. LCCG, Annexe H (2.1), p. 46.

2. Art. L. 223-19, al. 1, C.com.fr.

3. CA Versailles, 12 mars 1991 : Bull. Joly, mai 1991, § 181, p. 525, note P. Le Cannu.

4. Art. R. 223-18, al.1, C.com.fr.

5. Art. R. 225-83, 6° (c), C.com.fr.

6. C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann., op. cit., commentaire de l'art. 158, note 29.

7. Gh. Mahmassani, Les contrats des administrateurs de sociétés anonymes avec leurs sociétés suivant l'article 158 nouveau du Code de commerce libanais, op. cit., p. 59.

La loi libanaise ne donne aucun détail sur la teneur et le contenu du rapport spécial du conseil sur les conventions. Le *LCCG* recommande qu'un tel rapport, une fois que le conseil est satisfait des vérifications recommandées par ce code¹, contienne une explication de la convention projetée et la *rationale* (motivation) justifiant sa conclusion avec la personne visée, tout en révélant la relation qui existe entre cette dernière et la société². Ces vérifications exigent le recours à des conseils prodigués par des experts externes³.

* * *

Après avoir constaté de près les faiblesses de la procédure du contrôle spécial des conventions réglementées dans le système français actuel et confirmé les critiques qui lui ont été apportées par la doctrine, et avant d'entamer la section suivante relative à l'autorisation ou l'approbation d'une convention par l'assemblée générale, l'occasion se prête ici pour proposer brièvement des éléments de réforme du droit français, au niveau de l'organe social qui autorise une convention réglementée.

Cette proposition concernant un système qui est quand même le fruit de plus d'un siècle et quart d'expérience est bien plus audacieuse, voire plus radicale, que les retouches, quoique importantes, que nous avons proposées et que nous proposerons pour les textes correspondants en droit libanais. Elle est justifiée par les raisons suivantes :

- La première est la nécessité d'une séparation totale des prérogatives de l'organe habilité à autoriser les conventions réglementées de celles de l'organe chargé de la direction ou de l'administration de la société. Cette séparation préservera ainsi l'indépendance de la décision d'autorisation, loin de toute complaisance qui pourrait compromettre son impartialité.
- La seconde consiste en l'introduction d'une procédure plus simple qui devrait contribuer à l'élimination de la lourdeur de la procédure actuelle, libérant le conseil d'administration, mais aussi l'assemblée générale, et surtout les commissaires aux comptes, d'une charge de travail non négligeable et rendant cette procédure plus expéditive.
- La troisième consiste à faire participer toutes les catégories d'actionnaires à la décision d'autorisation, évitant ainsi un contentieux probable provoqué par des actionnaires minoritaires, surtout dans les groupes de sociétés.

1. *LCCG*, Annexe G: Directors Charter and Duties (La charte et les obligations des administrateurs).

2. *Idem*, Annexe H (2.2), p. 46.

3. *Idem*, Annexe G, p. 43.

- La quatrième et dernière raison relève de la conviction de l'auteur de cette thèse que le dernier mot concernant l'autorisation d'une convention à conclure par la société avec un dirigeant ou un associé doit revenir aux associés eux-mêmes et non pas au conseil d'administration. Mais cela ne veut point dénaturer l'intérêt social en le limitant à celui des associés, mais plutôt confie aux associés le rôle de protéger l'intérêt de l'entreprise vue dans sa globalité¹. Nous sommes conscients qu'une telle proposition va à l'encontre des tendances actuelles, surtout aux Etats-Unis, qui confèrent des prérogatives accrues aux administrateurs, mais le fait est que ce sont ces derniers qui abusent le plus fréquemment de leurs positions aux dépens de leur société.

Pour concrétiser ce que nous venons d'avancer, nous proposons dans ce sens l'instauration d'une Commission aux conventions dans les sociétés anonymes d'une certaine taille, et en tout cas dans toutes celles qui sont cotées en bourse, et afin de préserver l'indépendance d'une telle commission, nous suggérons qu'elle soit composée d'un nombre impair de membres, sans dépasser sept, qu'elle soit désignée par l'assemblée générale ordinaire, parmi des actionnaires non dirigeants, pour des mandats ne dépassant pas 3 ans. Les administrateurs et autres dirigeants ne pouvant donc en faire partie. Feront partie de cette Commission les actionnaires ou représentants des actionnaires qui satisfont aux conditions précitées. Dans les filiales de groupes de sociétés, des représentants des actionnaires minoritaires des filiales siègeront à cette Commission dans une proportion d'au moins le tiers de ses membres.

La Commission sera invitée à se réunir quatre fois par an, ou plus fréquemment en cas d'urgence.

Tout dirigeant ou associé qui a un intérêt dans une convention à conclure avec la société est tenu de soumettre le projet de la convention à cette commission, au moins sept jours avant la date de sa réunion trimestrielle ou, en cas d'urgence, à tout moment, laissant à la Commission le soin d'apprécier cette urgence et de réagir en conséquence.

La Commission pourra consulter les dirigeants et notamment le président du conseil pour recueillir les informations dont elle a besoin pour pouvoir apprécier l'opportunité pour la société de conclure une convention particulière.

La Commission autorise ou refuse d'autoriser expressément le projet de convention à une majorité dépassant 50% des voix de ses membres, avec la possibilité de stipuler dans les

1. Cela ne constitue pas bien entendu un simple retour à l'art. 40 de 1867, à cause des autres éléments de réforme que nous proposons.

statuts une majorité plus forte, et un procès-verbal de sa réunion est dressé et sa décision n'est susceptible d'aucun recours.

Le conseil d'administration n'a aucun rôle décisif dans cette procédure. Les projets de conventions qui ne reçoivent pas l'agrément de la Commission ne peuvent être valablement conclus à peine de nullité. Seront annulables les conventions autorisées par la Commission, en cas de fraude.

Des copies des conventions approuvées par la Commission, une fois conclues, seront transmises au commissaire aux comptes, qui les énumère dans son rapport général sur les comptes à l'assemblée générale en leur consacrant une rubrique spéciale.

Les membres de la Commission seront responsables, au même titre que les dirigeants intéressés à la convention, des conséquences préjudiciables d'une convention autorisée, sauf en cas de fraude de la part de ces derniers, et d'une convention non autorisée qui aurait dû l'être en raison de sa nature essentielle pour la société.

La simplicité de la procédure provient du fait que la décision d'autorisation ou d'approbation a lieu en un seul temps. La convention n'a plus à être autorisée au préalable (dans un premier temps) par le conseil d'administration pour être approuvée (dans un deuxième temps) par l'assemblée générale, dont la décision dans l'état actuel de la législation est en quelque sorte inutile.

§ 2 Autorisation ou approbation de la convention par l'assemblée générale

L'assemblée générale, représentant la collectivité des associés, doit, à notre sens, et sous réserve de la proposition de réforme faite plus haut, au cas où la législation actuelle reste en vigueur, avoir le dernier mot dans l'autorisation ou l'approbation d'une convention, comme en droit libanais.

L'opportunité de l'autorisation ou de l'approbation de la convention par l'assemblée générale (A), plutôt évidente, ne pose pas de véritables problèmes. Les modalités de cette autorisation ou approbation sont précisées par la loi (B).

A. Opportunité de l'autorisation ou de l'approbation de la convention par l'assemblée générale

Au Liban, l'autorisation préalable d'une convention est donnée, en une seule étape, par l'assemblée générale, organe social suprême ; alors qu'en France, cette autorisation est donnée par le conseil d'administration et, dans une deuxième étape, la convention autorisée par le conseil est soumise à l'approbation de l'assemblée générale.

En droit américain, l'autorisation et / ou l'approbation d'une *related party transaction* ne procède pas par étapes. Une convention est aussi bien autorisée à l'avance, ou ratifiée ultérieurement par l'un ou l'autre des deux organes sociaux principaux, à savoir le conseil d'administration ou l'assemblée générale.

L'opportunité de l'intervention de l'assemblée générale au Liban est donc claire. Cette dernière étant l'unique autorité habilitée par la loi à statuer sur une convention réglementée, sa décision dans ce sens est donc aussi bien une autorisation préalable qu'une approbation. Le législateur libanais n'a pourtant pas, semble-t-il, trouvé opportun de soumettre à l'assemblée d'une société à responsabilité limitée les conventions à conclure entre elle et son gérant. Rien n'empêche toutefois que les statuts des SARL, pour pallier cette carence légale, prescrivent la nécessité d'une autorisation préalable de telles conventions par l'assemblée des associés.

Une analyse du rôle précis que confère la loi française à l'assemblée générale dans l'approbation d'une convention révèle que l'assemblée intervient moins pour donner approbation que pour signifier sa désapprobation quand elle juge que l'intérêt social est menacé. L'intervention de l'assemblée générale dans le processus de contrôle des conventions est plutôt timide ; elle l'a été de tout temps, puisque son approbation n'est pas une condition de validité des conventions. Pour preuve, le défaut de consultation ou même la désapprobation de l'assemblée n'a aucune incidence sur cette validité¹. Les sanctions prévues, autres que la nullité de la convention préjudiciable à la société, touchent ceux qui violent la réglementation en engageant leur responsabilité personnelle², maintenant le plus souvent la convention. Nous ne comprenons donc pas pourquoi au moins un auteur prétend qu'une telle intervention puisse, dans tous les cas, freiner la domination des dirigeants³. Ces derniers semblent, sauf fraude, garder leur domination. Le contrôle *a posteriori* de l'assemblée ne nous paraît pas être très efficace ou présenter une protection suffisante de l'intérêt social.

Le rôle des actionnaires dans le fonctionnement des sociétés aux Etats-Unis est moins prépondérant que dans les systèmes juridiques libanais et français. Cela dit, leur rôle reste important, et leur assemblée générale est invitée à se prononcer sur des questions diverses qui entrent dans la sphère de leur compétence, qu'elles soient de nature ordinaire ou

1. I. Balensi, Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, op. cit., n^{os} 221 et 222, p. 164.

2. V. infra, Moyens de mise en cause de la responsabilité personnelle des violateurs, pp. 406 et s.

3. I. Balensi; Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, op. cit., n^o 244, p. 177.

extraordinaire¹. En effet, une *annual meeting of stockholders* (assemblée annuelle des actionnaires) doit être tenue essentiellement pour l'élection d'administrateurs². Le pouvoir d'élire et de révoquer les administrateurs constitue le pouvoir le plus redoutable des *general meetings* (assemblées générales). L'assemblée annuelle peut aussi délibérer sur d'autres questions d'ordre général comme la réception des *reports of management*³ (rapports des dirigeants) sans que la préparation et la présentation de tels rapports ne soient une obligation qui pèse sur le conseil d'administration comme en droit français et en droit libanais. L'assemblée est aussi appelée à statuer sur d'autres *extraordinary matters* (questions extraordinaires) dans des *special meetings* (réunions spéciales) comme par exemple, la modification des statuts, *sale or lease of assets not in the regular course of business* (vente ou location de biens en dehors de l'exercice normal de l'activité sociale), *merger* (fusion) *consolidation* (consolidation), *dissolution* (dissolution)⁴, *extension of corporate existence* (extension de l'existence sociale, de la durée statutaire)⁵. Pour illustrer la différence avec les systèmes juridiques libanais et français, concernant l'étendue des prérogatives de l'assemblée générale, des questions comme la désignation des commissaires aux comptes ou la déclaration de dividendes sont réservés aux Etats-Unis au conseil d'administration et non, comme en droit libanais et en droit français, à l'assemblée générale des actionnaires. Cela explique pourquoi les *related parties transactions* ne sont pas des questions qui sont spécialement réservées à l'assemblée, en dépit de leur importance.

B. Modalités de l'autorisation ou de l'approbation

Les commissaires aux comptes (en France), les commissaires de surveillance (au Liban) et les *auditors* (aux Etats-Unis) jouent un rôle primordial dans l'autorisation ou l'approbation des conventions (1.).

La consultation des commissaires aux comptes dans ce domaine est en effet incontournable et indispensable à la prise d'une décision éclairée par l'assemblée générale (2.).

1. H. Henn et J. Alexander, *Laws of Corporations*, op. cit., n° 194, p. 514 et n° 195, p. 517.

2. 8 § 211 (b) DCLA, p. 80 ; Henn et J. Alexander, *Laws of corporations*, op. cit., n° 191, p. 502.

3. H. Henn et J. Alexander, *Laws of Corporations*, op. cit., n° 191, p. 504.

4. Idem, n° 195, p. 517.

5. Idem, n° 347, p. 988.

1. Rôle des commissaires aux comptes dans l'autorisation ou l'approbation des conventions

Les commissaires aux comptes constituent, en droit libanais et en droit français, un organe social externe qui jouit d'une indépendance remarquable, qualifiée de « première vertu du commissaire aux comptes »¹, et dispose de pouvoirs assez larges, qui lui sont conférés par la loi, pour mener à bien ses missions. Il est donc utile d'évoquer, ne serait-ce que brièvement, le rôle des commissaires aux comptes en général, car c'est en exécutant les diligences dictées par ce rôle que les commissaires aux comptes recueillent les éléments nécessaires à l'accomplissement des tâches requises pour remplir leur rôle plus ponctuel relatif aux conventions.

Les commissaires aux comptes ont des missions déterminées par la loi. Les assemblées ne font que les désigner². Leur tâche principale consiste, au sens du droit libanais, comme leur nom l'indique, à surveiller la marche de la société. Ils exercent un contrôle permanent sur son fonctionnement³. Leurs statuts et attributions sont identifiés indépendamment du type des sociétés qu'ils contrôlent⁴. Contrairement aux sociétés anonymes, les sociétés à responsabilité limitée, aussi bien en France qu'en Liban, ne sont pas toutes tenues de désigner un commissaire aux comptes ; la raison étant que généralement ces sociétés sont de taille réduite. Leur désignation est donc facultative, et ne devient obligatoire que si certains critères existent⁵.

Aux Etats-Unis, la situation est en quelque sorte différente ; le commissaire aux comptes n'est pas un organe social de contrôle, comme c'est le cas en droit libanais et en

1. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 503-1, p. 606.

2. V. en droit libanais, art. 172 C.com.lib., C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann., op. cit., commentaire des art. 172 et 173, note 1 ; et en droit français : art. L. 225-228, al. 1, C.com.fr. (SA).

3. Art. 174, al.1, C.com.lib., v. aussi C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann., op. cit., commentaire de l'art. 174, note 4.

4. Y. Guyon, Droit des affaires, op. cit., n° 511, p. 520.

5. Droit français, art. L. 223-35 et art. R. 223-27 C.com.fr., qui renvoie à l'art. R. 221-5 C.com.fr. : la SARL doit désigner un commissaire aux comptes si 2 des 3 critères suivants existent : (1) à la clôture d'un exercice social, le total de son bilan dépasse € 1550000, (2) le montant hors taxe de son chiffre d'affaires dépasse € 3100000, (3) le nombre moyen de ses salariés au cours d'un exercice dépasse 50, pendant les 2 exercices précédant l'expiration du mandat du commissaire aux comptes ; ou bien si cette désignation est requise par des associés représentant au moins 10% du capital social (une protection à la disposition des associés minoritaires); v. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 204, p. 234. Au Liban, le décret du Ministère des finances N° 8089, du 15 mars 1996, clarifié par la lettre du chef du département des recettes à la direction des recettes, département de l'impôt sur le revenu, du 4 février 1997, prescrit que le rapport du commissaire de surveillance sur les comptes des sociétés de capitaux, SARL comprises, doit être inconditionnellement joint aux déclarations fiscales et états financiers.

droit français. Aucun organe de contrôle des comptes n'est prévu dans le droit américain des sociétés¹.

L'autre différence avec le droit libanais et le droit français est que les *auditors* en droit américain ne sont pas désignés par les actionnaires en assemblée générale, mais par le conseil d'administration. Aux Etats-Unis, la doctrine estime, du moins dans le cas des sociétés de grande taille, cotées en bourse, que l'assemblée générale qui compte, vu le grand nombre d'actionnaires qui n'assistent pratiquement pas aux réunions des assemblées, sur les *proxy* (mandats de vote) donnés aux administrateurs pour voter pour eux, ne présente plus de garanties sérieuses pour désigner les *auditors*, et qu'il fallait mieux que le conseil d'administration le fasse². Les rapports des auditors sont d'ailleurs soumis au conseil et non aux actionnaires.

Le devoir des commissaires aux comptes est en général un devoir de vérification et de contrôle des comptes, et aussi d'alerte des dirigeants et associés par l'information à travers leurs rapports généraux et spéciaux³. Le plus important des droits dont ils disposent est le droit d'investigation. L'exercice de ce droit leur permet de connaître la société à fond. Ils doivent également s'assurer que l'égalité a été respectée entre les actionnaires⁴. Ce souci est accentué dans les groupes de sociétés, où une filiale comporte des associés minoritaires. Il s'agit pour les commissaires aux comptes de s'assurer qu'aucun associé n'a obtenu un avantage qui romprait l'égalité entre actionnaires sans justification plausible⁵.

Les irrégularités et inexactitudes que les commissaires découvrent sont signalées au conseil d'administration, au directoire et conseil de surveillance⁶ et à la plus prochaine assemblée générale⁷ et, en cas de faits délictueux, les commissaires aux comptes doivent les révéler au procureur de la République⁸.

Le droit français et le droit libanais sont d'accord sur les limites des prérogatives des commissaires aux comptes. Ils ne peuvent pas s'immiscer dans la gestion proprement dite de la société⁹; ils sont les « gardiens » du fonctionnement de cette dernière, mais ne

-
1. Une simple consultation des tables de matières ou index des RMBCA, DCLA, ainsi que d'autres ouvrages spécialisés, confirme cette réalité.
 2. H. Leparigneur, Les sociétés commerciales aux Etats-Unis d'Amérique, op. cit., p. 222.
 3. CE, ass. Contentieux, 24 mars 2006: n° 288460: Bull. Joly, juin 2006, § 157, p. 726.
 4. Idem, al. 4, C.com.fr.
 5. S. Öztekin, La protection des actionnaires externes dans les groupes de société dirigées par une société holding, op. cit., p. 232.
 6. Art. L. 823-16 (3°), C.com.fr.
 7. Art. L. 823-12, al. 1, C.com.fr.
 8. Idem, al. 2.
 9. Art. L. 823-10, al. 1, C.com.fr.

« sauraient apprécier l'opportunité des décisions prises »¹. Ils ne peuvent même pas rechercher si la gestion est conforme à l'intérêt social, ni apprécier l'opportunité des opérations, mais seulement leur régularité et leur sincérité², sauf, au Liban, quand la société qu'ils contrôlent exerce une activité bancaire. Dans ce cas, le contrôle de l'opportunité des décisions prises fait partie intégrante de leur mission³. Ils doivent « déclencher la procédure d'alerte mais se garder de décider à la place des dirigeants des mesures à prendre »⁴.

a) Rôle des commissaires aux comptes relatif aux conventions

Le champ d'application de la mission des commissaires aux comptes relative aux conventions, apparemment limitée à celles qui ont été autorisées par le conseil, ne l'est point, puisque les conventions laissées dans l'ombre n'échappent pas non plus au contrôle des commissaires, bien que ces derniers ne soient pas tenus d'entreprendre une « recherche systématique »⁵ pour détecter toutes les conventions visées par la loi. Mais s'ils les découvrent sans qu'ils aient été avisés par la direction de la société, à l'occasion semble-t-il de leurs diligences normales d'*auditors* des comptes, ils doivent en faire état dans leur rapport spécial⁶.

Aux Etats-Unis, cette question de *disclosure* ou révélation de l'intérêt personnel par les *auditors* est réglementée par les *Generally Accepted Accounting Principles* ou *GAAP*⁷, et non par le droit des sociétés. Les *International Accounting Standards*⁸ sont des normes également adoptées dans d'autres pays.

Ces deux standards sont assez rigoureux en ce qui concerne l'obligation de révélation par les *auditors* des intérêts personnels des dirigeants ou associés dans les *related parties transactions* (transactions/ conventions avec parties liées). Leurs outils respectifs sont le

-
1. Ph. Auade, *Traité des sociétés*, tome 2, vol.1, Les S.A., op. cit., n° 615, p. 477 ; « gardien de droit », d'après A. Najjar dans « L'administration de la société anonyme libanaise », op. cit., n° 407, p. 241 ; v. aussi CA Beyrouth, 4 mars 1965, R.J.L., 1965, p. 894.
 2. C. Fabia et P. Safa, *C.com.lib.ann.*, op. cit., commentaire de l'art. 174, note 5.
 3. Art. 10 décret n° 71 de 1983.
 4. Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, op. cit., n° 518, p. 624 ; v. dans le même sens n° 514, p. 620 : (interdiction de s'immiscer dans la gestion) ; v. aussi I. Balensi, *Les conventions entre les sociétés anonymes et leurs dirigeants*, op. cit., n° 187, p. 137.
 5. A. Mercier, Ph. Merle, Cl. Flahaut-Jasson et S. Besnard, *Audit et commissariat aux comptes 2009-2010*, op. cit., n° 52390, p. 784.
 6. CNCC, *Les conventions entre les entités et les personnes « intéressées »*, op. cit., § 111, p. 104 et § 121 (3), p. 109.
 7. M. Miller, *Generally Accepted Accounting Principles, GAAP*, 1987, éd. Harcourt Brace Jovanovich, Inc.
 8. E. Barry, A.N. Abbas, *International Accounting Standards (IAS 24), Interpretation and Application of Accounting Standards*, 1999, éd. John Wiley and Sons Inc.

*Statement of Financial Accounting Standards (SFAS)*¹, et l' *International Financial Reporting Standards (IFRS)*².

Les *GAAP* étant les principes communément adoptés aux Etats-Unis, nous allons nous contenter ici d'analyser leurs dispositions concernant notre sujet. Deux dispositions sont présentes dans l'étude de la révélation des *related parties transactions*; à savoir le *Financial Accounting Standard Numéro 57 (FAS 57)*³ et le *Statement on Auditing Standard Numéro 6 (SFAS 6)*⁴.

Les commissaires aux comptes, en sus de leur rapport annuel général sur les comptes, qu'ils soumettent aux associés, procèdent à des analyses des conventions passées entre les personnes visées et la société. Ces analyses commencent par la qualification des conventions (1) et sont consignées à un rapport spécial sur les conventions (2).

(1) Qualification des conventions

Ici, le but de la qualification d'une convention est de faire ressortir ses éléments pour voir dans quelle mesure elle doit être soumise au contrôle spécial. En d'autres termes, les commissaires aux comptes doivent, dans le cas où une convention réglementée est décelée, vérifier tout d'abord si la procédure de contrôle a été suivie. Bien entendu, l'objet de la qualification est encore de voir si une convention qui est à la base interdite a été autorisée par le conseil, ou est restée occulte, et si une convention remplit les conditions qui la soustraient à la procédure de contrôle, généralement et surtout, quand il s'agit de conventions « usuelles portant sur des opérations entre la société et ses clients »⁵, ou une convention portant sur des « opérations courantes conclues à des conditions normales »⁶.

Ces conventions, dites libres, n'ont pas à être soumises à l'autorisation préalable de l'assemblée générale (en droit libanais), ni à celle du conseil d'administration (SA), ou du conseil de surveillance (SACS) et, par la suite, à l'approbation de l'assemblée générale (en droit français) ni après coup, à l'approbation de l'assemblée quand c'est le seul organe social qui a un rôle décisive à jouer dans ce sens, comme c'est le cas dans les SARL et SAS.

-
1. Emis par le « Financial Accounting Standards Committee », n° 6: Disclosure of related parties transactions, 15 juin 1985, FASC, Texas, 1985.
 2. B. Epstein et Eva K. Jermakowicz, *Interpretation and Application of International Financial Reporting Standards – 2007*, éd. John Wiley & Sons, Inc.
 3. « Related Parties Disclosures », émis par l' « Accounting Standards Executive Committee » de l'American Institute of Certified Public Accountants; ce standard entra en vigueur le 15 juin 1982.
 4. « Related Parties Transactions », émis par le « Auditing Standards Executive Committee » de l'American Institute of Certified Public Accountants ; ce standard a été appliqué à partir des exercices fiscaux clos après le 31 décembre 1985.
 5. Art. 158, al. 1, C.com.lib; nous entendons aussi « avec ses fournisseurs » ; v. infra, p. 143.
 6. Art. L. 225-39, al. 1, C.com.fr. (SA); art. L. 225-87, al.1, C.com.fr. (SACS); art. L. 227-11, C.com.fr. (SAS).

Pourtant, en droit français, si ces conventions libres sont significatives pour l'une ou l'autre des parties contractantes, en raison de leur objet ou de leurs implications financières, elles doivent être communiquées par le président du conseil d'administration¹ ou de surveillance², ou par le président de la SAS³ aux commissaires aux comptes. C'est là qu'intervient le rôle des commissaires dans la qualification d'une convention. Si une convention libre n'est pas dispensée de la procédure de communication parce qu'elle est significative pour l'une de ses parties et n'a pas été communiquée aux commissaires aux comptes, ces derniers, en résultat de la qualification, la reclassent en quelque sorte et l'incluent dans la liste des conventions libres qui auraient dû être signalées par le président aux membres du conseil.

De même, si une convention interdite a été conclue, les commissaires en la qualifiant et en la dénonçant en tant que telle, invitent l'assemblée à l'annuler ; une convention pareille cachant le plus souvent un abus de biens sociaux dénonçable au procureur de la République. Ils sont aussi tenus d'aviser le conseil quand ils découvrent une convention qui aurait dû être autorisée *a priori*. Donc, le commissaire a un rôle, voire un pouvoir, de qualification et de déclassification des conventions en les mentionnant dans son rapport spécial soumis à l'assemblée générale⁴.

La tâche de qualification la plus importante reste celle de déceler les conventions considérées par l'intéressé, le président et même le conseil, comme libres, alors que celles-ci ne le sont pas en fait. Dans ce cas, le commissaire aux comptes demande aux dirigeants les raisons pour lesquelles ces conventions n'ont pas été soumises à la procédure et si leur réponse ne le convainc pas, il mentionne ce fait dans son rapport spécial et informe s'il y a lieu le conseil d'administration ou le conseil de surveillance de cette irrégularité⁵. Souvent, dans les groupes de sociétés où une convention libre est classée comme « réglementée », l'intervention du commissaire aux comptes conduit à son déclassement⁶. La démarche du commissaire aux comptes n'est donc pas dans ce sens tellement active, l'obligation qui pèse sur lui n'étant qu'une obligation de moyens quand il s'agit de conventions non révélées⁷.

1. Art. L. 225-39, al. 2, C.com.fr. (SA); art. L. 225-87, al.2, C.com.fr. (SACS).

2. Ph. Merle, Les nouvelles obligations des commissaires aux comptes après la loi NRE du 15 mai 2001, op. cit., p. 3517.

3. L'art. L. 227-12, C.com.fr. est silencieux en ce qui concerne l'identité de la personne qui doit faire la communication en question. Nous avons supposé, par analogie avec la situation dans les SAS et les SACS, que c'est au président de la SAS de prendre cette initiative.

4. A. Mercier, Ph. Merle, Cl. Flahaut-Jasson et S. Besnard, Audit et commissariat aux comptes 2009-2010, op. cit., n° 52450, p. 787.

5. Idem, n°s 52405, 52408 et 52410, p. 785 et n° 52447, p. 787.

6. CNCC, Les conventions entre les entités et les personnes « intéressées », op. cit., § 122 (A), p. 110.

7. V. infra, La violation de leurs obligations prévues dans la réglementation est une faute, p. 419 et s.

Que la mauvaise qualification par l'intéressé, le président ou le conseil ait été faite par simple ignorance ou intentionnellement pour faire échapper une convention à la procédure d'autorisation, le commissaire aux comptes, dans ce cas là, révèle l'existence d'une telle convention, la signale au conseil et en fait mention dans le rapport qu'il soumet à l'assemblée. La tâche des commissaires aux comptes est en quelque sorte de « repérer les conventions mal classées »¹ pour les requalifier s'il en est besoin, et les reclassifier en faisant mention dénonciatrice dans son rapport spécial.

Curieux et de nature très méticuleux, les commissaires aux comptes, dotés de moyens légaux substantiels, ont tendance parfois à empiéter dans l'exercice de leur mission de surveillance et de vérification sur le domaine réservé aux dirigeants. Dans leur tâche de qualification d'une convention, tout comme dans l'exercice de leur mission de contrôle permanent et d'investigation, les commissaires ne doivent pas, nous venons de le voir, apprécier l'opportunité de la conclusion d'une convention pour la société² et, à moins d'un déséquilibre manifeste dans les prestations de ses parties, ils ne peuvent juger ces prestations que dans la mesure où de tels appréciations ou jugements sont nécessaires à l'évaluation de la nature des opérations sur lesquelles portent une convention. Permettre aux commissaires aux comptes de porter des jugements sur l'opportunité d'une convention revient à leur permettre de jouir des prérogatives légitimement conférées aux dirigeants, voire au conseil d'administration. En effet, l'immixtion par les commissaires dans la gestion est, on le sait déjà, expressément interdite³. C'est ainsi que le rôle confié par la loi aux commissaires aux comptes dans l'exercice de leur contrôle général et les limites qu'elle leur trace trouve leur application dans la réglementation spécifique des conventions réglementées. Cette réglementation ne leur confère aucune prérogative supplémentaire dans l'exercice de leur contrôle spécial des conventions.

Comme le droit libanais exige non seulement un rapport spécial du commissaire de surveillance sur les conventions, mais un second rapport spécial, celui du conseil d'administration, ce dernier pourra porter un jugement libre sur l'opportunité d'une convention dont l'appréciation se base sur les résultats du contrôle effectué par le commissaire et sur les circonstances qui entourent la conclusion d'une convention. Ces deux

-
1. Ph. Merle, Les nouvelles obligations des commissaires aux comptes après la loi NRE du 15 mai 2001, *op. cit.*, p. 3517.
 2. I. Balensi ; Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, *op. cit.*, p. 151.
 3. Art. L. 823-10, al. 3, C.com.fr.

rapports donneront à l'assemblée générale une image complète des conventions soumises à son autorisation préalable.

Les conventions non communiquées, ou qui n'ont pas été examinées par le commissaire à temps pour être incluses dans son rapport spécial, peuvent figurer dans une rubrique au rapport général sur les comptes, dans un souci d'information, quitte à ce qu'elles soient mentionnées dans le rapport spécial de l'exercice suivant¹. Cette inclusion doit être faite même si la convention a été entièrement consommée. Autrement, la transparence de la convention se trouve affectée et une chance d'y remédier, en cas de fraude ou de préjudice à l'intérêt social, sera perdue.

Il peut arriver que la liste des conventions conclues entre sociétés d'un même groupe, ayant le caractère de conventions libres, et qui ne seront donc pas soumises à l'autorisation préalable du conseil, telle que communiquée aux commissaires aux comptes, ne soit pas exhaustive. La méfiance des commissaires aux comptes est nécessaire pour classer ces conventions et, en cas de doute, ils doivent demander au président du conseil d'en prendre connaissance.

Comme nous l'avons déjà signalé, (V. supra, p. 274) le rôle des commissaires aux comptes tel que défini par les normes professionnelles n'exige pas une démarche active pour rechercher des conventions qui ne leur ont pas été signalées par les intéressés, ou par le président du conseil d'administration. A notre avis, dans sa révision des comptes sociaux, le commissaire aux comptes qui découvre des écritures comptables qui suggèrent l'existence d'une convention réglementée doit exercer toute diligence pour la dénicher pour les besoins de la qualification. Le fait que son obligation est dans ce contexte une obligation de moyens² ne devrait pas justifier ni une nonchalance ni une négligence dans des cas pareils. Les diligences qui seront déployées par le commissaire ne doivent pas être assimilées à la « démarche active » ou à la « recherche systématique » desquelles le commissaire semble être exonéré.

Aux Etats-Unis, les commissaires aux comptes ne procèdent pas à un tri des conventions pour voir si une convention réglementée n'a pas été soumise au contrôle prescrit par la loi, comme cela aurait été le cas en droit libanais ou en droit français. Ils ne qualifient pas les conventions. Cette qualification étant, du moins pour leur classification, inutile parce que toutes les conventions conclues entre une personne visée et la société doivent en pratique être

1. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, Les contrats entre les administrateurs et la société, op. cit., n° 68, p.15.

2. Ph. Merle, Les nouvelles obligations des commissions aux comptes après la loi NRE du 15 mai 2001, op.cit., p. 3517.

soumises à l'autorisation. C'est pourquoi ils sont tenus de mentionner dans les notes attachées à leur rapport, sous la rubrique *related parties transactions* moins les détails de ces conventions que le total de leurs implications financières sur la société, lesquelles implications déterminent leur *fairness*.

(2) Rapport spécial des commissaires aux comptes sur les conventions

Le rapport spécial des commissaires aux comptes sur les conventions est sans doute la pièce la plus importante en droit libanais et en droit français pour éclairer l'assemblée générale et orienter ses délibérations dans le sens de l'approbation ou la désapprobation d'une convention. Ce rapport a des caractéristiques particulières et produit des effets parfois déterminants dans la décision de l'organe social suprême. C'est l'outil le plus pratique pour « accroître la transparence de l'information donnée aux associés »¹.

Voyons maintenant les caractéristiques du rapport spécial des commissaires aux comptes sur les conventions (i) et puis ses effets (ii).

(i) Caractéristiques du rapport spécial

Le rapport spécial, comme nous l'avons souligné, a un rôle important à jouer. C'est pourquoi il doit respecter quant à sa nature (α), son contenu (β), son objet (γ) et le moment de sa présentation (δ) des critères qui concourent à en faire un support crédible et bien fondé à la décision de l'assemblée générale².

α) Nature du rapport spécial

Le rapport des commissaires de surveillance et commissaires aux comptes sur les conventions en droit libanais et en droit français est un rapport spécial³. Sa spécialité découle du fait qu'il est consacré aux conventions réglementées et rien qu'à ces conventions. Il doit être séparé et distinct d'autres rapports que les commissaires sont amenés à présenter aux associés et, particulièrement, du rapport général sur les comptes qui est présenté à

1. A. Mercier, Ph. Merle, Cl. Flahaut-Jasson et S. Besnard, *Audit et commissariat aux comptes 2009-2010*, op. cit., n° 52380, p. 783.
 2. V. des exemples de tels rapports spéciaux aux annexes n° 4 (SA fr.) et n° 5 (SA lib.).
 3. Art. 158, al. 3, C.com.lib; art. L. 225-40, al. 3, C.com.fr. (SA); art. L. 225-88, al. 3, C.com.fr. (SACS); art. L. 223-19, al. 1 (SARL); et art. L. 227-10, al. 1, C.com.fr. (SAS) ; nous notons que l'adjectif « spécial » pour qualifier le rapport en question n'est mentionné en France que dans les textes réglementant les conventions dans les SA (art. L. 225-40, al. 3, C.com.fr.) et les SACS (art. L. 225-88, al.3, C.com.fr.).

l'assemblée générale annuelle¹. Le rapport spécial ne peut, en conséquence, traiter d'autres sujets.

Bien que les dispositions de l'art. 158 C.com.lib. soient précises sur l'exigence d'un tel rapport spécial, l'art. 175 C.com.lib. n'a pas cru utile de mentionner ce rapport avec le rapport général sur les comptes que les commissaires de surveillance sont tenus de présenter à l'assemblée générale.

Par contre, aux Etats-Unis, ni la loi, ni la pratique du contrôle des comptes, n'exige la rédaction d'un rapport spécial sur les *related parties transactions*. En effet, les *auditors* ne sont tenus, dans ce contexte, qu'à inclure dans les *Notes to the financial statements* (notes ou observations sur les comptes) une note relative à ces transactions. Ces notes font partie intégrante du rapport des auditors, et un tout avec les comptes rapportés et surtout la première page qui est la page de l'*opinion*. Cette note figure normalement dans un paragraphe et sous une rubrique séparés, et porte un numéro distinct de celui d'autres notes. Nous pouvons la considérer comme un rapport, non détachable du rapport général. La spécialité de cette note provient de sa présentation de cette manière pour la rendre distinctement repérable.

β) Contenu du rapport spécial

Le texte libanais ne donne aucune explication sur le contenu du rapport spécial des commissaires de surveillance. La doctrine libanaise prévoit que le rapport spécial doit être le plus complet possible ; l'assemblée des associés doit pouvoir voter sur l'autorisation d'une convention en pleine connaissance de cause² et est rejointe dans ce sens par la jurisprudence française³.

En France, le rapport spécial des commissaires aux comptes est le fruit des découvertes faites tout au long de l'examen des conventions et « doit être le compte rendu de leur mission »⁴ ou, plus généralement, en ce qui concerne tous les rapports présentés par les commissaires aux comptes, dont le rapport spécial sur les conventions fait partie, « la reddition de compte de leur mandat »⁵.

1. Art. 175, al. 1, C.com.lib; art. L. 225-100, al. 2, C.com.fr.

2. C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann., op. cit., commentaire de l'art. 158, note 29.

3. TGI Compiègne, 22 décembre 1964, préc.; CA Amiens, 1^{er} décembre 1966 : D., 1967, 234, note A. Dalsace.

4. Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale, op. cit., commentaire par J. Noirel de l'arrêt de la CA de Paris du 24 février 1954, n° 73, p. 245.

5. A. Moreau, La société anonyme, tome 1, op. cit., n° 238, p. 323.

Le droit français est bien plus explicite et clair en ce qui concerne les éléments des conventions que les commissaires aux comptes doivent inclure dans leur rapport spécial¹. Ce rapport doit être détaillé et contenir des chiffres. Ces éléments sont la liste des conventions autorisées et soumises à l'assemblée des associés (les conventions libres ne sont pas mentionnées dans le rapport spécial), le nom des personnes intéressées visées par la réglementation, à savoir les dirigeants et / ou les associés, la société qui contrôle la société actionnaire, la nature et l'objet des conventions et leurs modalités essentielles, comme les prix ou tarifs, ristournes ou commissions consenties (donc des chiffres), ainsi que les délais de paiement, intérêts financiers, sûretés, et les conventions conclues au cours d'exercices précédents dont l'exécution se poursuit au cours de l'exercice écoulé et, en plus, « toutes autres indications permettant aux actionnaires d'apprécier l'intérêt qui s'attachait à la conclusion des conventions et engagements analysés »².

C'est l'intérêt personnel de la personne visée et son impact sur l'intérêt social qui sont analysés et appréciés³, pour pouvoir émettre un jugement éclairé.

On s'est demandé si seulement les conventions autorisées par le conseil doivent être examinées dans le rapport spécial. Nombre d'autres conventions, interdites ou autres, qui auraient dû être révélées, peuvent être découvertes par les commissaires aux comptes au cours de leur examen. A titre d'exemple, nous citons les conventions interdites, liées au crédit de la société, et celles conclues mais non révélées au conseil d'administration ou de surveillance, alors que d'après la qualification des commissaires, elles auraient dû être soumises au contrôle du conseil. A notre sens, et hormis le cas des conventions dont l'autorisation a été expressément refusée par le conseil, il est du devoir des commissaires aux comptes de mentionner dans le rapport spécial et d'examiner toutes les conventions conclues par une personne visée intéressée et la société, sauf le cas des conventions dites libres, qu'ils aient été avisés à l'avance de ces conventions ou qu'ils les aient découvertes eux-mêmes. L'intérêt social ne saurait être servi autrement⁴.

Le rapport spécial reflète le résultat de la recherche entreprise par les commissaires avec beaucoup plus de détails que pour les autres questions soumises à son examen et qu'ils évoquent dans le rapport général sur les comptes. Dans ce dernier, ils se limitent à signaler les irrégularités et les inexactitudes d'une manière généralement succincte. Leur certification des

1. Art. R. 225-31, C.com.fr.

2. *Idem*, 6°.

3. Y. Guyon, *Droit des affaires*, tome 1, op. cit., n° 423, p. 432.

4. Cette opinion, à étendue plutôt large, n'est pas unanimement partagé ; v. I. Balensi, *Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants*, op. cit., n° 192, p. 140 ; v. aussi D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, *Contrats entre les administrateurs et la société*, op. cit., n°s 65 et s., pp.14 et s.

comptes est plutôt brève et concise dont le contenu est le fruit des découvertes faites par les commissaires aux comptes au cours de leur audit.

Mais faut-il présenter un rapport sur les conventions quand le commissaire n'a pas été avisé de telles conventions et n'en a pu découvrir aucune ? La doctrine est en faveur des rapports à teneur « négative » ; donc ceux qui mentionnent tout simplement qu'il n'y a pas eu de conventions à rapporter et « qu'aucune vérification n'a permis de déceler l'existence d'une convention passée » entre une personne visée et la société¹ ou qu'il n'en a pas découvert lors de l'exercice de sa mission². L'assemblée générale prend acte de ce rapport et adopte sa résolution sur les conventions réglementées en conséquence³. Il appartient au commissaire de surveillance de compléter ou non une liste incomplète en exerçant son « jugement professionnel » pour ajouter une convention omise à son rapport, quand cette convention a une incidence sur la qualité de l'information communiquée aux actionnaires⁴.

Enfin, l'omission en France d'une modalité importante dans le rapport spécial n'a pu être justifiée par l'allégation de la protection du secret professionnel dont est tenu le commissaire aux comptes en vertu de l'art. L. 812-15, al.1, C.com.fr, sous réserve des dispositions législatives particulières, comme le cas de la révélation à l'assemblée générale ou à un autre organe des irrégularités et inexactitudes relevées par eux au cours de l'accomplissement de leur mission⁵, ou bien au procureur de la République en cas de la découverte d'un fait délictueux⁶. Les tribunaux ont trouvé que la protection de l'intérêt social est bien plus importante⁷. De même, le secret des affaires ne peut pas non plus être invoqué pour justifier la non révélation d'un détail important⁸.

Aux Etats-Unis, *FAS 57* exige la révélation par les *auditors* des *related parties transactions*, seulement lorsque elles sont *material*⁹ (significatives), dont le montant est important; une approche assez objective qui laisse à l'*auditor* une grande marge d'appréciation. Les conventions relatives aux *compensation arrangements* (rémunérations), *expenses allowances* (allocations, dépenses) et *other similar items in the ordinary course of*

1. G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain, *Traité droit commercial, Les sociétés commerciales*, op. cit., n° 1649, p. 456.

2. A. Mercier, Ph. Merle, Cl. Flahaut-Jasson et S. Besnard, *Audit et commissariat aux comptes 2009-2010*, op. cit., n° 52433, p. 786.

3. V. annexe n° 6.

4. A. Mercier, Ph. Merle, Cl. Flahaut-Jasson et S. Besnard, *Audit et commissariat aux comptes 2009-2010*, op. cit., n° 52648, p. 793.

5. Art. L. 823-12, al. 1, C.com.fr.

6. *Idem*, al. 2.

7. CA Paris, 24 février 1954, *Rev. soc.*, 1954, p. 27, note A. Dalsace.

8. V. *infra*, Action en responsabilité pénale – Chefs d'accusation – Contre les commissaires aux comptes – violation du secret professionnel, pp. 441 et 442.

9. *FAS 57* (2); *Financial statements shall include disclosures of material related party transactions.*

business (autres dépenses similaires encourues dans l'exercice ordinaire des activités) sont exclues du devoir de révélation et ne sont point considérées comme des conventions réglementées.

Ce *standard* mentionne que la révélation doit porter sur *the nature of the relationship involved* (la nature de la relation en question), et doit contenir une *description of the transaction* (description de la convention), même si la convention ne comporte pas une prestation d'ordre pécuniaire; le montant de la convention doit également être mentionné¹.

Le SFAS 6 est plus détaillé puisqu'il ajoute aux éléments de la révélation prévus par le FAS 57 les éléments suivants: *names of the related parties* (noms des parties liées); *price and payment period* (prix et délai de règlement)...². Comme le FAS 57, l'obligation de révélation concerne seulement les transactions qui sont *significant* (significatives)³. Pour les transactions entre *related parties* dont le montant dépasse 10% du montant total d'une convention particulière, elles doivent être révélées séparément, alors que pour celles qui ne dépassent pas ce seuil, la mention du total suffit⁴.

La pratique nous apprend pourtant que la mention dans les *notes to financial statements* d'une note relative aux *related parties transactions* est plutôt succincte, brève et se limite dans la plupart des cas à la mention des totaux des chiffres des transactions conclues entre les personnes visées et la société, sans identifier ces personnes, du moins quand il s'agit d'une société non cotée en bourse⁵.

γ) **Objet du rapport spécial**

Le rapport spécial sur les conventions est avant tout un moyen d'information des associés, qui l'utiliseront comme un instrument de contrôle des actes conclus par les dirigeants ou associés de la société. Nous répétons que les commissaires aux comptes ne peuvent pas s'immiscer dans la gestion de la société ou porter leur appréciation sur l'opportunité d'une convention⁶. Certains auteurs se refusent à admettre que la loi a confié aux commissaires aux comptes une mission de contrôle, réservée dans notre contexte au conseil d'administration et, ultérieurement, à l'assemblée générale⁷.

1. FAS 57 (2) (a) (b) (c) et (d).

2. SFAS 6 III (4).

3. Entendre « material » de FAS 57.

4. SFAS 6 III (5).

5. V. exemples à l'annexe n° 7.

6. Art. L. 823-10, C.com.fr. ; v. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 518, p. 624.

7. Les conventions réglementées et la pratique du commissariat aux comptes, Actes de colloque, la loi NRE et le droit des sociétés, op. cit., p. 55.

L'objet aux Etats-Unis de la note sur les *related parties transactions*, dans les *notes to the financial statements*, est explicitement défini dans les textes du standard SFAS 6. En effet, la préoccupation principale de ce standard est de *understand the impact of the related party transactions on the financial statements* (comprendre l'effet des transactions entre personnes liées sur les comptes) ou, en ajoutant à la liste des éléments de la révélation « *other transactions which have significant influence on the current net income and financial position...* » (d'autres transactions qui ont une influence significative sur le résultat net et sur la situation financière...). La préoccupation principale des *auditors* en droit américain, en révélant les transactions entre personnes liées, est donc l'effet de ces transactions sur les finances de la société ; l'appréciation de l'éventuel conflit entre l'intérêt personnel qu'elle incorpore et celui de la société est laissé aux organes sociaux eux-mêmes. Le devoir des *auditors* étant de fournir à ces derniers les éléments qu'ils auraient découverts; ce rôle informateur est semblable à celui prévu en droit français.

δ) **Moment de présentation du rapport spécial**

Le droit libanais ne précise pas quand le rapport spécial doit être mis à la disposition de la société et ne s'y réfère même pas dans la disposition qui régit le droit de communication aux actionnaires. En effet, cette disposition, nous l'avons déjà souligné, ne mentionne que le rapport général des commissaires sur les comptes parmi les documents dont les actionnaires peuvent en prendre communication dans les quinze jours qui précèdent la réunion de l'assemblée générale¹. Ce même délai doit, à notre sens, être appliqué au rapport spécial des commissaires de surveillance sur les conventions.

En France, le rapport spécial des commissaires aux comptes doit être déposé par ces derniers au siège social de la société quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale ordinaire annuelle qui statue sur les comptes².

Aux Etats-Unis, les statuts d'une société prévoient normalement la date, ou le délai maximum au cours duquel l'assemblée générale annuelle des actionnaires est appelée à se réunir pour statuer sur les comptes³; sinon, cette date est fixée par le conseil d'administration⁴. A défaut d'une telle réunion, tout actionnaire qui est en mesure de participer à la réunion peut demander, par pétition judiciaire, auprès de l'instance de laquelle relève le siège de la société,

1. Art. 197, al. 1, C.com.lib.

2. Art. R. 225-161, C.com.fr., (SA); art. R. 223-18, al.1, C.com.fr. (SARL).

3. § 7.01 RMBCA, p. 28.

4. 8 § 211 (a) (1) DCLA, p. 80.

la convocation d'une telle assemblée si, en dépit de l'écoulement d'une période de 30 jours de la date prévue pour la réunion ou, à défaut d'une telle précision, 13 mois de la date de la réunion l'assemblée générale annuelle la plus récente, aucune convocation de l'assemblée n'aurait été faite suivant les dispositions statutaires¹. Cela dit, le rapport des commissaires sur les comptes qui contient les notes sur *les related parties transactions* est donc présenté à l'occasion de l'assemblée annuelle et doit être prêt dans les délais sus indiqués.

(ii) Effets du rapport spécial

Ce rapport spécial, qui est communiqué à l'assemblée générale ou, dans les SARL françaises, en cas de consultation écrite, est joint aux documents adressés aux associés², est primordial et une condition nécessaire à la délibération de l'assemblée générale. Au Liban³ et en France, cette dernière ne peut donner valablement l'autorisation qu'après l'avoir entendu ; l'absence de ce rapport entraînant la nullité des délibérations de l'assemblée y relatives, sans que cela conduise nécessairement à l'annulation de la convention qui aurait dû faire l'objet de ces délibérations⁴. Cette dernière sera dans ce cas assimilée à une convention désapprouvée par l'assemblée⁵. En tous cas, l'absence ou l'insuffisance du rapport spécial vicie l'approbation d'une convention par l'assemblée générale⁶. En effet, le rapport insuffisant est tenu pour inexistant.

Nous trouvons que cette solution est excessive dans sa généralité, car elle accorde le même degré d'importance à chacun des éléments qui doivent figurer dans le rapport spécial, indépendamment de son impact sur la décision de l'assemblée et sur l'intérêt social. Nous comprenons que l'insuffisance due à l'absence des détails financiers d'une transaction ou de l'identification de la personne intéressée ou de renseignements suffisamment précis sur l'étendue et les conditions de la convention soit assimilée à l'inexistence du rapport spécial. Nous comprenons moins cette assimilation si, par exemple, l'objet de la convention, ou une modalité y relative, de moindre importance, est omis. Tant que l'appréciation du danger pour l'intérêt social n'est pas affectée par une telle insuffisance, la validité du rapport spécial ne devrait pas être compromise.

1. Idem, (c).

2. Art. 223-19, al.1, C.com.fr. (SARL)..

3. C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann., op. cit., art. 158, note 28.

4. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, Contrats entre les administrateurs et la société op. cit., n° 112, p. 22: il faut toutefois distinguer entre l'inexistence de ce rapport spécial et le défaut de communication du rapport à l'assemblée. Ce dernier cas n'est pas une cause de nullité. Il y a eu un revirement de cette sanction depuis la loi du 24 juillet 1966; avant, la délibération et la convention étaient annulées: CA Montpellier, 28 novembre 1963: RTDC 1964, p. 344, obs. R. Houin.

5. Y. Guyon, Droit des affaires, tome.1, op. cit., n° 423, p. 433.

6. Trib. com. Seine, 24 juillet 1941: 1942, p. 127, note H. Bosvieux.

Le droit libanais n'insiste pas suffisamment sur l'exigence de ce rapport spécial (et celui du conseil). Dans notre projet de refonte de l'art. 158 C.com.lib., nous proposons l'ajout de la précision suivante: « L'absence, ou l'insuffisance de l'un de ces deux rapports omettant un élément essentiel d'une convention vicie la résolution que l'assemblée aurait prise dans de pareilles conditions »¹.

b) **Expert de gestion et commissaire aux comptes**

L'expertise de gestion n'est pas institutionnalisée au Liban. Un associé, qui se trouve lésé, ou sur le point de l'être, est autorisé à recourir au juge des référés pour, entre autres, la désignation d'un expert afin d'apprécier un acte ou constater un fait qui lui est préjudiciable personnellement, ou qui menace la société elle-même.

Bien entendu, cette procédure ne concerne pas spécifiquement les conventions réglementées, mais celles-ci peuvent très bien en faire l'objet², comme nous le montre une jurisprudence récente³. L'expert de gestion a une mission déterminée et spécifique. « L'expertise porte en principe sur une ou plusieurs opérations particulières de gestion »⁴. Il doit vérifier si une opération de gestion, par exemple une convention⁵ conclue entre la société et une personne visée intéressée, porte atteinte à l'intérêt social. Elle vise à prévenir les abus de majorité et à permettre aux associés minoritaires de se renseigner sur la nature et la portée, ainsi que sur les conséquences préjudiciables qu'une convention réglementée, opération de gestion, est susceptible de faire supporter à la société⁶.

Il convient de différencier entre l'expertise de gestion hors groupe de sociétés (1) et celle dans les groupes de sociétés (2).

-
1. V. projet de refonte de l'art. 158 C.com.lib. à l'annexe n° 2.
 2. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, Contrats entre les administrateurs et la société, op. cit., n° 45, p. 11.
 3. CA Pau, 1^{er} ch., 29 avril 2009: Bull. Joly, novembre 2009, § 194 p. 969, note A. Lecourt ; v. aussi Cass. com., 5 mai 2009, préc.
 4. Celles relatives aux questions auxquelles les requérants veulent recevoir une réponse (art. L. 225-231, al.1, C.com.fr.).
 5. Les conventions soumises au contrôle du conseil sont des opérations de gestion ; v. CA Paris, 20 mai 1998: Bull. Joly, novembre 1998, § 355, p. 1159, note P. Le Cannu. Que la convention ait été conclue à la suite d'une autorisation préalable du conseil dans les SA, ou par le gérant dans les SARL, elle est considérée comme un acte de gestion susceptible de faire l'objet d'une expertise de gestion car elles sont conclues par un organe de gestion : CA Pau, 1^{er} ch., 29 avril 2009, préc.
 6. CA Versailles, 12^o Ch., 2^o section, 27 février 1997 : Bull. Joly, juin 1997, § 220, p. 543, note P. Le Cannu et M. Menjucq.

(1) Expertise hors groupe de sociétés

L'associé d'une société française est en droit de poser des questions écrites et demander des explications et des renseignements aux dirigeants sur des opérations conclues par eux ; par exemple, sur des conventions conclues par la société auxquelles ces dirigeants sont intéressés. Les destinataires de ces questions écrites ne peuvent les ignorer pendant longtemps, ni y répondre d'une manière ambiguë et imprécise. En effet, si une réponse, ou une réponse satisfaisante, n'est pas donnée dans le délai d'un mois, l'auteur de la question, généralement un actionnaire minoritaire, peut demander au juge des référés de désigner un expert, dit « expert de gestion », qui sera chargé de présenter un rapport sur l'objet de la demande¹.

Un arrêt récent de la Cour de cassation² a permis à un associé minoritaire d'une SARL de demander l'expertise de gestion portant sur une « opération de gestion litigieuse », en l'occurrence des conventions réglementées même s'il s'était abstenu de participer aux assemblées qui les avaient approuvées. La Cour a estimé que l'associé demandeur qui était au courant de ces conventions avait des doutes sur « certaines malversations » que ces conventions avaient permis de faire. La connaissance des modalités des conventions suspectes n'est pas un « obstacle à la recevabilité d'une demande d'expertise de gestion »³.

(2) Expertise dans les groupes de sociétés

La protection des associés minoritaires dans les groupes de sociétés contre la domination de l'associé ou des associés majoritaires, quand l'intérêt du groupe se trouve menacé, est une question qui s'est posée avec acuité vu les contraintes apparentes de l'application des textes relatifs à l'expertise de gestion. D'ailleurs, l'expert de minorité, ancienne appellation de l'expert de gestion⁴, était surtout destiné à protéger les actionnaires externes (généralement minoritaires) dans les groupes de sociétés⁵.

La jurisprudence, avant la loi NRE du 15 mai 2001, ne permettait pas à l'actionnaire (minoritaire) d'une holding de demander la désignation d'un expert de gestion pour examiner

1. Art. L. 225-231, al.2, C.com.fr. L'expertise de gestion dans les sociétés anonymes peut être déclenchée par des associés ayant au moins 5% du capital social (al.1), tandis que dans les sociétés à responsabilité limitée, la proportion minimum requise est de 10% (art. L. 223-37, al.1, C.com.fr.).

2. Cass. com., 5 mai 2009, préc.

3. Idem, p. 811.

4. S. Ötzeck, La protection des actionnaires externes dans les groupes de société dirigées par une société holding, op. cit., p. 279.

5. En effet, l'art. 226 de la loi du 24 juillet 1966 le dénommait ainsi.

une opération de gestion conclue par une filiale, au motif qu'un tel actionnaire manque de qualité pour présenter une telle demande¹; cet actionnaire n'étant pas lui-même actionnaire direct dans la société au sein de laquelle la convention ou opération à contrôler a été conclue. C'est une interprétation malheureusement littérale et très restrictive de la loi. En introduisant la notion de sociétés contrôlées², l'extension de l'expertise de gestion brise la jurisprudence antérieure³, en permettant désormais aux actionnaires d'une holding de demander l'expertise d'une opération conclue par une filiale.

2. Décision d'autorisation ou d'approbation des conventions par l'assemblée générale

C'est à l'assemblée générale que revient la tâche d'autoriser au préalable une convention en droit libanais⁴, ou de l'approuver, en droit français⁵.

Aux Etats-Unis, l'assemblée des actionnaires, peut, au même titre que le conseil d'administration, ou un comité du conseil, autoriser une convention au préalable ou la ratifier une fois qu'elle est conclue⁶.

En principe, le conseil d'administration d'une société anonyme libanaise doit convoquer l'assemblée générale des associés pour statuer sur une autorisation d'une convention dès que le conseil est saisi d'une telle question ou dès qu'il en a pris connaissance⁷.

L'assemblée générale ordinaire annuelle étant obligatoire⁸, la convocation de cette dernière crée, au moins une fois par an, l'occasion pour faire autoriser (en droit libanais) ou approuver (en droit français) les conventions réglementées. Elle doit être tenue dans un certain temps après la clôture de l'exercice écoulé pour statuer sur les comptes de cet exercice⁹.

1. Cass. com., 14 décembre 1993 : JCP E., 1994, II, 567, note Y. Guyon.

2. Art. L. 233-3, C.com.fr.

3. Ph. Merle, Les conventions au sein des groupes, op. cit., p. 54 ; v. CA Versailles, 23 octobre 2002 : Bull. Joly, février 2003, § 45, p. 204, note P. Le Cannu.

4. Art. 158, al. 1, C.com.lib. ; Gh. Mahmassani, Les contrats des administrateurs de sociétés anonymes avec leurs sociétés suivant l'article 158 nouveau du Code de commerce libanais, op. cit., p. 59 ; v. aussi E. Tyan, Droit commercial, op. cit., p. 670.

5. Art. L. 225-40, al.2, C.com.fr. (SA) et art. L. 227-10, al. 1, C.com.fr. (SAS) qui ne prévoit pas d'autorisation préalable des conventions mais seulement une approbation a posteriori. Les statuts des SAS peuvent prévoir une autorisation préalable

6. 8 § 144 (a) (2) DCLA, p. 42.

7. Gh. Mahmassani, Les contrats des administrateurs de sociétés anonymes et leurs sociétés suivant l'article 158 nouveau du Code de commerce libanais, op. cit., n° 11, p. 58.

8. Art. 196, al.1, C.com.lib.; C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann., op. cit., commentaire de l'art. 158, n° 26.

9. Art. 225-100, al.1, C.com.fr. (sociétés anonymes); art. L. 223-26, al.1, C.com.fr. (SARL).

De même en droit français, l'approbation d'une convention réglementée est donnée par l'assemblée générale ordinaire, normalement l'assemblée annuelle¹, mais aussi par toute autre assemblée ordinaire tenue extraordinairement.

Nous allons maintenant voir le mécanisme de la prise d'une décision (a) et les caractéristiques de la décision (b).

a) **Prise de décision**

En raison de sa spécialité, la décision de l'assemblée générale sur une convention réglementée est prise sous des conditions particulières de quorum (1) et de majorité (2)².

(1) **Conditions particulières de quorum**

Le quorum légal pour la tenue régulière de la réunion d'une assemblée générale est en principe fixé comme un minimum et peut être augmenté dans les statuts des sociétés qui ne font pas appel public à l'épargne³. Il semble, par contre, que ce minimum ne peut-être réduit⁴.

En raison du caractère souvent conflictuel d'une délibération de l'assemblée générale sur une convention réglementée, le quorum légal, quoique restant le quorum de rigueur, ne peut plus être constitué par les mêmes actionnaires qui l'auraient constitué si une convention conclue par un actionnaire intéressé n'était pas à l'ordre du jour. En effet, le droit de vote d'un tel actionnaire est suspendu ou écarté pour des raisons évidentes⁵. Dans ce cas là, le quorum est calculé sur la totalité des actions émises moins celles qui sont privées du droit de vote⁶, en vertu de dispositions législatives ou réglementaires⁷.

1. Art. L. 225-100, al. 4, C.com.fr. (SA) mentionne expressément que l'assemblée générale ordinaire exerce les pouvoirs qui lui sont attribués par un certain nombre d'articles du C.com.fr., en citant l'art. L. 225-40, al.3, C.com.fr., relatif aux conventions réglementées; v. aussi art. L. 223-26 C.com.fr. en ce qui concerne l'assemblée des associés d'une SARL.

2. Les règles générales gouvernant ces deux questions seront traitées très brièvement ici sous l'angle du mécanisme de la prise de décision et non sous celui des limites posées à l'exercice de certains droits sociaux, lesquelles limites seront traitées plus loin, pp. 346 et s. En dépit de la non spécificité de ces développements, nous avons cru qu'il serait utile de les évoquer pour donner une image plus complète des conditions d'adoption de la décision en question.

3. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 481, p. 583.

4. P. Ledoux, Le droit de vote des actionnaires, op. cit. n° 102, p. 103 : cet auteur pense que la fixation du quorum échappe à la liberté statutaire « à la hausse comme à la baisse » ; v. aussi n° 392, p. 327.

5. Les détails concernant l'interdiction du calcul de l'intéressé ici visé dans le quorum de la réunion de l'assemblée sont mentionnées au Titre 2 de ce chapitre sous « Limites à l'exercice de certains droits sociaux », « Interdiction du calcul dans le « quorum ». Nous avons préféré ne pas traiter ce point ici parce que le titre en question est réservé aux «Garanties de la primauté de l'intérêt social» dont les limites à l'exercice de certains droits constituent un des principaux moyens; v. infra, pp. 337 et s.

6. Y. Guyon, Droit des affaires, op. cit., p. 302.

7. J. Moliérac, Manuel des sociétés, Tome II, op. cit., n° 1208, p. 255.

Sur ce, le quorum requis pour une assemblée générale ordinaire, ou une assemblée générale mixte, pour pouvoir statuer sur la question précise des conventions réglementées est, en droit libanais, du tiers (1/3) du capital social au moins pour la première réunion, et quelle que soit la fraction du capital représenté par la suite¹; du cinquième (1/5), en droit français, des actions ayant droit de vote et, sur deuxième convocation, le quorum est considéré comme atteint, comme en droit libanais, quelle que soit la fraction du capital représenté à la réunion².

Aux Etats-Unis, la loi laisse aux statuts d'une société le soin de fixer le quorum nécessaire à la tenue régulière d'une assemblée, à condition que ce quorum ne soit pas moins du tiers (1/3) des actions *entitled to vote* (ayant droit de vote)³. En cas de carence des statuts, ce quorum est au moins la majorité des actions ayant droit de vote⁴.

(2) Conditions particulières de majorité

Une fois que le quorum est atteint, la décision résulte de la discussion qui a lieu dans l'assemblée ou, à défaut, dans les sociétés à responsabilité limitée, d'une consultation écrite⁵. Les décisions de l'assemblée « sont prises par un vote concluant une délibération »⁶. Sans délibérations et débats, auxquels participent les associés au cours d'une réunion, il ne peut y avoir de résolution valide d'autorisation ou d'approbation d'une convention. C'est pourquoi une approbation donnée par les associés individuellement n'est pas valable. Cette décision doit être prise par les associés collectivement, siégeant dans une assemblée en tant qu'organe social⁷.

Au Liban, l'assemblée prend sa décision relative aux conventions réglementées à la lumière des rapports spéciaux du conseil d'administration et du commissaire de surveillance⁸, soumis séparément comme nous l'avons indiqué plus haut. Il ne peut y avoir une délibération valable sans eux.

De même, l'assemblée générale en droit français statue sur le rapport des commissaires aux comptes pour approuver ou désapprouver une convention⁹, ou sur celui du gérant dans

1. Art. 198 C.com.lib.

2. Art. L. 225-98, al.2, C.com.fr.

3. 8 § 216 DCLA, p. 88.

4. 8 § 216 (1) DCLA, p. 89; § 7.25 (a) RMBCA, p. 33.

5. Art. L. 223-19, al. 1, C.com.fr.

6. P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 1340, p. 862.

7. CA Paris, 18 mars 1959, préc.

8. Art. 158, al.3, C.com.lib.

9. Art. L. 225-40, al. 3, C.com.fr. (SA); art. L. 225-88, al.3, C.com.fr. (SACS).

les sociétés à responsabilité limitée¹. Dans les SAS, c'est l'assemblée des associés qui statue², après audition du rapport spécial des commissaires³, suivi des débats proprement dits⁴.

La question se pose de savoir si l'associé intéressé à une convention est en droit d'assister à la réunion de l'assemblée générale qui statue sur cette convention et, dans l'affirmative, si on lui permet de participer aux débats, même si, on le sait déjà, il ne peut pas prendre part au vote. La doctrine française est partagée sur ce point: ceux qui redoutent que l'intéressé exerce une certaine influence sur ceux qui sont admis à voter⁵ ne veulent pas qu'il participe à la discussion. D'autres sont pour une interprétation étroite et littérale des textes d'interdiction, qui eux limitent l'interdiction à la participation au vote et non aux débats⁶. A notre avis, l'intéressé doit pouvoir expliquer à l'organe délibérant les éléments de la convention et, pourquoi pas, tenter de le persuader de l'utilité de la convention pour la société. En d'autres termes, l'intéressé doit pouvoir expliquer que le fait qu'il soit intéressé à une convention ne va pas nécessairement à l'encontre de l'intérêt social et que la société peut au contraire en profiter. Cela ne peut être réalisé qu'en permettant aux intéressés de participer aux débats au cours de l'assemblée.

La majorité requise pour que l'assemblée générale ordinaire, qui normalement statue sur les conventions réglementées, puisse prendre une décision valable est alors calculée dans les trois systèmes juridiques que nous comparons sans compter les voix de l'actionnaire intéressé⁷. Cette majorité en droit libanais (après correction de sa mauvaise rédaction) est la majorité absolue des votes des actionnaires présents ou représentés, à moins que les dispositions légales spécifiques ne prévoient une majorité plus forte⁸. Le droit français est plus clair puisqu'il parle de la majorité des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés⁹.

1. Art. L. 223-19, al. 1, C.com.fr. (SARL).

2. Art. L. 227-10, al. 2, C.com.fr. (SAS).

3. Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, op. cit., n° 400, p. 478.

4. Y. Guyon, *Droit des affaires*, op. cit., n° 305, p. 303.

5. D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, op. cit., n°s 128 et 129, pp.136 et s.

6. Art. L. 225-40, al. 4, C.com.fr. (SA); art. L. 225-88, al. 4, C.com.fr. (SACS).

7. Art. 187 C.com.lib; art. L. 225-40, al. 4, C.com.fr. (SA); art. L. 225-88, al. 4, C.com.fr. (SACS); § 8.63 (b) RMBCA, p. 51; on ne trouve pas une telle interdiction dans les SAS.

8. Art. 199 C.com.lib; nous soulignons au passage la mauvaise rédaction de cet article qui dispose « ...la majorité absolue du nombre des actionnaires présents ou représentés » alors que l'intention du législateur visait les voix de ces actionnaires et non leur nombre.

9. Art. L. 225-98, al. 3, C.com.fr.; v. texte similaire pour les SARL, art. L. 223-19, al.1, C.com.fr.

Aux Etats-Unis, à défaut d'une stipulation contraire des statuts d'une société, la décision est, sauf pour l'élection des administrateurs, adoptée par l' « *affirmative vote of the majority of shares present in person or represented by proxy at the meeting and entitled to vote on the subject matter...* »¹. (les votes favorables de la majorité des actions, présentes en personne à la réunion, ou représentées par mandat et qui ont droit au vote sur la question...). Le RMBCA prescrit une majorité plus flexible et qui consiste à considérer que la résolution est prise si le nombre de votes favorables est plus élevé que le nombre de votes défavorables, les abstentionnistes ne sont pas comptés². Comme en droit libanais et en droit français, les statuts d'une société américaine peuvent prescrire une majorité plus forte³.

b) Caractéristiques de la décision

La décision de l'assemblée générale sur une convention réglementée a des caractéristiques spécifiques aussi bien de fond (1) que de forme (2).

(1) Caractéristiques de fond

La décision doit être impartiale (i), préalable (ii) et spéciale (iii) ; elle a une durée de validité limitée (iv).

(i) La décision doit être impartiale (*disinterested*)

La décision de l'assemblée générale sur une convention doit être impartiale. Cette impartialité met en cause le droit reconnu à tout actionnaire de participer au vote lors des réunions de l'assemblée⁴, quand cet actionnaire est intéressé à la convention. Le droit de vote, tout en étant contesté de nos jours comme étant « un attribut essentiel et indispensable de l'action »⁵, n'en reste pas moins « l'un des droits individuels les plus importants de l'actionnaire »⁶. C'est un outil indispensable à une participation active d'un actionnaire à la vie sociale, voire de son intervention dans son fonctionnement, et de faire entendre sa voix dans les décisions sociales collectives.

Cette impartialité peut être assurée par deux moyens. Le premier, est l'absence intentionnelle de l'actionnaire intéressé de la réunion, et le deuxième, sa privation de l'exercice de certains de ses droits sociaux, notamment en ce qui concerne le droit de vote sur

1. 8 § 216 DCLA, p. 76

2. § 7.25 (c) RMBCA, p. 33.

3. Idem, § 7.27 (a), p. 33

4. Art. 185 C.com.lib.; art. 1844, C.civ.fr., art. L. 225-122-I, C.com.fr.

5. P. Le Cannu et B. Dondero, Droit des sociétés, op. cit., 934, p. 625.

6. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 306, p. 370.

la convention au cas où il assiste à la réunion. Cette dernière mesure, comme nous le verrons avec beaucoup plus détails au Titre 2 de cette partie, est adoptée par nos trois systèmes juridiques¹.

(ii) La décision doit être préalable

La décision de l'assemblée générale doit intervenir au Liban avant la conclusion de la convention. C'est une autorisation nécessairement préalable, soumise à la délibération des associés² et la convention ne doit pas être passée sans leur décision collective. Rien n'empêche toutefois qu'une convention soit conclue avant d'avoir été autorisée, à condition qu'elle l'ait été sous condition suspensive de l'autorisation³; c'est-à-dire elle ne peut avoir d'effets qu'à partir de l'autorisation. Le droit libanais différencie entre l'autorisation, qui intervient nécessairement avant le fait, et l'approbation qui le suit⁴.

En France, l'assemblée générale d'une société anonyme n'autorise pas au préalable les conventions conclues entre la société et une personne visée par la réglementation. Son intervention n'advient que plus tard, *a posteriori*, pour approuver ou désapprouver des conventions, généralement déjà autorisées par le conseil d'administration. Contrairement au droit libanais, l'approbation de l'assemblée en droit français n'est pas une condition de validité d'une convention réglementée.

La situation est quelque peu différente dans les sociétés à responsabilité limitée. En effet, si une société de ce type n'a pas de commissaires aux comptes, et si une convention est conclue par un gérant non associé avec la société, l'approbation préalable de l'assemblée est requise⁵. C'est seulement dans ce dernier cas que l'autorisation préalable de l'assemblée constitue une condition de validité de la convention.

(iii) La décision doit être spéciale

Bien que le texte de l'art. 158 C.com.lib ne prévoie pas expressément cette caractéristique, l'autorisation ne peut être donnée que pour un acte déterminé. L'acte accessoire rattaché à un

1. Quoique d'une manière indirecte au Liban, et non en vertu de la réglementation des conventions réglementées.

2. C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann., op. cit., commentaire de l'art. 158, n° 27.

3. E. Tyan, Etudes de droit commercial, op. cit., p. 372; v. aussi Gh. Mahmassani; Les contrats des administrateurs de sociétés anonymes avec leurs sociétés suivant l'article 158 nouveau du Code de commerce libanais, op. cit., p. 59.

4. Idem, p. 341.

5. Art. L. 223-19, al. 2, C.com.fr.; Cass. com., 13 février 1996: Bull. Joly, juin 1996, n° 178, p. 523, note B. Saintourens.

acte principal n'ayant pas besoin d'une autorisation distincte qui lui est afférente, on se contente de l'autorisation de l'acte principal¹. Cela dit, l'autorisation ne peut pas être donnée pour un ensemble de contrats d'une manière collective, car chacun a besoin d'une autorisation spéciale. Cette caractéristique de l'autorisation, pourtant importante, n'est pas généralement respectée au Liban en dépit de la condamnation de son inobservation par la jurisprudence et la doctrine².

Notre revue d'un certain nombre de procès-verbaux d'assemblées générales de sociétés anonymes libanaises a démontré que l'exigence de la spécialité de l'autorisation est dans la plupart des cas inobservée. La plupart des autorisations sont données en termes généraux et avec légèreté, sans faire aucune référence à une convention particulière ou à une personne visée déterminée. Elles ne peuvent donc pas être considérées comme de véritables autorisations³.

Les commissaires de surveillance sont généralement assez diligents dans la préparation du rapport spécial sur les conventions, puisqu'ils énumèrent une par une les conventions visées et en donnent les détails prévus dans les règles gouvernant l'*audit* des comptes. Ces détails sont le plus souvent bien plus complets que ceux qu'une décision de l'assemblée générale rédigée hâtivement, approuvant ou, dans des cas rares, désapprouvant, une convention ne comprend. C'est pourquoi nous avons souvent suggéré aux secrétaires des assemblées, en charge de la rédaction des procès-verbaux, de faire au moins référence, pour chaque convention, à ses détails tels que mentionnés dans le rapport spécial des commissaires de surveillance dans les cas où ils ne désirent pas reprendre ses éléments dans la décision elle-même. Tout en n'étant pas une solution totalement acceptable, elle comble une lacune assez courante dans les procès-verbaux des réunions des assemblées de sociétés anonymes libanaises⁴. Cette pratique semble être aussi adoptée par certaines sociétés françaises⁵.

En France, l'assemblée doit statuer sur chaque convention, qui doit faire l'objet d'une résolution particulière⁶. Le vote y afférent doit être particulier⁷, et spécialement réservé à la convention. Cette position doctrinale et jurisprudentielle a été consolidée récemment en ce

1. E. Tyan, Etudes de droit commercial, op. cit., p. 34.

2. Gh. Mahmassani, Les contrats des administrateurs de sociétés anonymes et leurs sociétés suivant l'article 158 nouveau du Code de commerce libanais, op. cit., p. 60; cet article cite Trib. Com. Beyrouth, n° 1462, 31 mai 1963, inédit.

3. V. exemple à l'annexe n° 12.

4. V. annexe n° 13.

5. V. annexe n° 14.

6. G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain, Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales, n° 1650, p. 457; I. Balensi, Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, op. cit., n° 215, p. 161.

7. CA Paris, 3 Juillet 1976: Rev. soc., 1977, p. 465, note D. Schmidt.

qui concerne la soumission à l'approbation de l'assemblée générale de sociétés cotées en France des engagements de ces sociétés portant sur des éléments de rémunération de leurs présidents, directeurs généraux et directeurs généraux délégués. Désormais, cette approbation doit faire l'objet « d'une résolution spécifique pour chaque bénéficiaire »¹. Une autorisation générale de prendre un intérêt direct ou indirect a depuis toujours été considérée comme étant insuffisante². L'avantage d'une délibération spéciale est clair. Les associés se concentrent plus facilement quand il s'agit d'une seule convention à apprécier. Cela leur permet d'approuver celle qu'ils jugent utile ou du moins non préjudiciable à l'intérêt social et de désapprouver celle qui lèse cet intérêt.

(iv) **La décision a une durée de validité limitée**

La décision de l'assemblée générale autorisant une convention réglementée, quand celle-ci comporte des engagements successifs à long terme, ne peut avoir un effet permanent dans le temps. N'est-il pas vrai que les circonstances qui prévalent au jour de l'appréciation d'une convention par l'assemblée générale, comme étant bénéfique ou du moins non préjudiciable à l'intérêt social, sont appelées à changer avec le temps? Il serait injuste pour la société de maintenir une telle convention en vigueur indéfiniment. C'est pourquoi, l'autorisation doit avoir une date limite de validité, afin de permettre à l'assemblée générale de la réexaminer et, si le renouvellement de cette autorisation lui semble être nuisible, ou allant à l'encontre des nouveaux intérêts de la société, s'abstenir tout simplement de le faire.

Au Liban, cette autorisation doit être renouvelée tous les ans³. La doctrine a parfois mal interprété la loi puisque, d'après certains, « la validité de l'autorisation est limitée à une année à dater de son émission »⁴. Il est presque impossible de respecter une telle exigence, puisque l'assemblée générale ordinaire annuelle, qui normalement donne son autorisation, ne se réunit pas nécessairement à la même date tous les ans pour que la durée de validité de l'autorisation soit d'une année à partir de l'émission de l'autorisation. Ce que le législateur a voulu c'est ne pas prolonger la validité d'une autorisation au-delà de la date de la réunion de l'assemblée générale ordinaire annuelle qui suit celle qui a donné l'autorisation. Il faut donc entendre par « tous les ans », la date de chaque réunion de l'assemblée générale ordinaire annuelle et non des réunions à intervalles de 12 mois chacune.

1. Art. L. 225-42-1, al. 4, C.com.fr.

2. CA Rennes, 6 avril 1905, JS, 1906, p. 107.

3. Art. 158, al. 4, C.com.lib.

4. C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann., op. cit., commentaire de l'art. 158, note 30.

La remise en cause par l'assemblée d'une convention qu'elle aurait approuvée l'année précédente compromet certes le principe de la sécurité des transactions mais, dans les conventions à longue durée, il n'est pas dit que l'intérêt social, apprécié à la lumière des conditions qui prévalaient le jour de l'approbation de la convention, ne doive pas recevoir une nouvelle appréciation au cas où ces conditions changent.

En France, les autorisations (par le conseil d'administration) et les approbations (par l'assemblée générale) des conventions à exécution successive, ou à durée indéterminée dont les effets se prolongent dans le temps¹, ne sont pas renouvelées tous les ans car elles interviennent une fois pour toutes². Cela dit, les commissaires aux comptes sont tenus, dans un souci de protection continue des actionnaires, avisés par le président du conseil d'administration³, de mentionner dans leur rapport les conventions autorisées et conclues et dont l'exécution se prolonge au-delà de l'exercice social au cours duquel elles ont été conclues⁴. Ce rappel annuel est censé conférer une protection accrue aux actionnaires. Toutefois, cette exigence ne semble être prescrite que dans les cas où la procédure de contrôle est réitérée pour « les conventions soumises à l'approbation de l'assemblée générale »⁵. Or, cette approbation n'est pas requise pour les conventions à exécution successive. On voit donc mal comment les actionnaires seraient protégés davantage par cette simple information incluse dans le rapport des commissaires aux comptes. La véritable protection de l'intérêt social ne peut être assurée que si l'assemblée est en mesure de remettre en cause la convention; la simple évocation de la convention dans le rapport spécial n'étant pas en soi suffisante. Quant aux conventions relatives aux rémunérations des dirigeants de sociétés cotées en bourse, en France, elles doivent être approuvées à chaque renouvellement du mandat exercé par les dirigeants⁶.

Aux Etats-Unis, *ALI PCG*⁷ dispose « *If a director or senior executive acts in reliance upon a standard of the corporation that authorizes a director or senior executive to either* »:

(a) Enter into a transaction with the corporation that is of a specified type and that could be expected to recur in the ordinary course of business of the corporation and the standard was authorized in advance by disinterested directors or disinterested shareholders, following disclosure concerning the effect of the standard and of the type of transaction or conduct

1. Cass. com., 27 février 2001, préc..

2. CA Paris, 6 février 1998, préc.

3. Art. R. 225-30, al. 1, C.com.fr., (SA); art. R. 225-57, al. 1, C.com.fr. (SACS).

4. Art. R.225-30, al. 2, C.com.fr. (SA); art. R. 225-57, al. 2, C.com.fr. (SACS).

5. C. Malecki, Conventions réglementées, op. cit., n° 32, p. 9.

6. Art. L. 225-42-1, al. 4, C.com.fr.

7. § 5.09 ALI PCG, vol.1, partie V, p. 315.

*intended to be covered by the standard, then the standard is to be deemed equivalent to an authorization of the action in advance by disinterested directors or shareholders...». Le *standard of the corporation* (norme de la société)¹ est défini comme une règle de gouvernance établie par une *voluntary corporate action* (décision sociale volontaire) et non par une disposition légale². Cette décision peut provenir d'une disposition statutaire; ou d'une résolution du conseil d'administration ou de l'assemblée générale. Une convention conclue entre la société et une personne visée sur la base d'un *standard of the corporation*, dont le type a déjà été autorisé au préalable par des administrateurs ou des actionnaires non intéressés, parce que la société entend conclure des conventions de ce type dans l'exercice normal de ses activités, est considérée elle-même comme ayant déjà été autorisée à l'avance par ceux-là³. Ce qui veut dire qu'une telle convention n'a pas à être autorisée à chaque fois qu'elle est conclue ou renouvelée. La durée de sa validité est perpétuelle. Toutes les conventions du même type sont alors considérées comme autorisées d'office.*

Par ailleurs, si à un conseil d'administration succède un autre conseil dont l'appréciation de l'intérêt pour la société d'une convention autorisée par son prédécesseur est différente, cette convention peut toujours être annulée, quoique exceptionnellement⁴.

Le principe de la sécurité des transactions est certainement compromis par une telle annulation. Dans ce cas précis, la cour d'appel, dans un arrêt confirmatif, a soutenu que l'exécution des conventions fait perdre à la société demanderesse de grandes sommes d'argent et que cette perte était prévisible par l'administrateur commun intéressé qui, tout en n'ayant pas participé au vote sur les conventions, a gardé le silence durant la réunion du conseil qui avait autorisé les conventions, mais son influence et prédominance étaient remarquables. Cette solution rejoint partiellement celle adoptée en droit français qui permet l'annulation des conventions quand elles ont eu des conséquences dommageables pour la société. La différence est que, dans notre cas, c'est un nouveau conseil d'administration qui a apprécié les conventions et dégagé leur caractère préjudiciable à l'intérêt social et par la suite a demandé leur annulation pour *unfairness* et *non-disclosure* (non révélation). Le nouveau conseil d'administration peut « *changes its mind, new directors take office and reevaluate the transaction* »⁵ (changer d'avis, de nouveaux administrateurs entrant en fonction, et réapprécie la transaction).

1. Nous avons déjà traité ce concept à l'occasion de l'étude de l'exemption des conventions libres de la procédure de contrôle, v. supra, pp. 137 et 138.

2. § 1.36 ALI PCG, op. cit., vol.1, partie I, p. 39.

3. Idem, § 5.09 (a), vol.1, partie V, p. 315.

4. *Globe Woolen Co. v. Utica Gas & Electric Co.*, 19 novembre 1918, préc.

5. *J. Choper et M. Einsenberg, Corporations*, op. cit., § 265, p. 50.

(2) Caractéristiques de forme

La décision d'approbation d'une convention par l'assemblée doit obéir aussi à des conditions de forme qui complètent celles de fond pour parfaire la clarté et l'autonomie de la décision. En conséquence, la décision doit être expresse (i) et séparée (ii).

(i) La décision doit être expresse

Au Liban, la rédaction d'un procès-verbal d'une réunion de l'assemblée générale est une obligation à la charge des membres du bureau de l'assemblée¹, puisqu'il « doit être dressé et signé » par eux². La fidélité de la transcription des résolutions prises, en l'occurrence celles relatives à une convention réglementée, incombe à ce bureau. L'autorisation d'une convention doit donc être expresse, formelle et explicite. Les autorisations tacites, résultant de l'exécution d'une convention conclue sans autorisation préalable, ont été considérées comme insuffisantes³. La décision d'autorisation ne doit pas être prise d'une façon « vague et indéterminée »⁴.

Le droit français partage ce même souci de clarté et de précision. Afin d'éviter toute ambiguïté, la décision d'autorisation ou d'approbation, selon le cas, doit être expresse, ne posant, le cas échéant, aucun problème de preuve⁵. Elle doit donc être écrite. A l'instar d'autres décisions de l'assemblée générale, elle doit être mentionnée dans le procès-verbal de la réunion de l'assemblée. Ce procès-verbal est dressé et signé conformément aux dispositions légales ou statutaires. Le libellé de la décision « doit donner un résumé fidèle, exact et objectif des débats »⁶. Le procès-verbal de l'assemblée générale contient, entre autres, « un résumé des débats », « le texte des résolutions mises aux voix » (approuvées ou rejetées) et « le résultat des votes »; il est signé par les membres du bureau de l'assemblée⁷.

La décision d'approbation d'une convention réglementée peut très bien être prise, dans une société à responsabilité limitée, si ses statuts le prévoient, aussi par voie de consultation écrite. Cette question ne figurant pas au nombre de celles qui nécessitent une délibération de l'assemblée dûment convoquée et réunie, comme c'est le cas pour l'approbation des comptes à l'occasion de la tenue de l'assemblée annuelle, la décision d'approbation d'une convention peut consister en un consentement écrit de tous les associés donné dans un acte⁸.

1. Art. 183 C.com.lib; ce bureau est composé au moins d'un président et d'un secrétaire.

2. Art. 191 C.com.lib.

3. E. Tyan, *Etudes de droit commercial*, op. cit., p. 373.

4. Gh. Mahmassani, *Les contrats des administrateurs de sociétés anonymes et leurs sociétés suivant l'article 158 nouveau du Code de commerce libanais*, op. cit., p. 60.

5. Y. Guyon, *Droit des affaires*, op. cit., n° 308, p. 309.

6. *Idem*.

7. Art. R. 225-106, al.1, C.com.fr.

8. Art. L. 223-27, al. 1, C.com.fr.

(ii) La décision doit être séparée / distincte

Par décision séparée, nous entendons non pas une décision spéciale où une résolution se limite à approuver une convention particulière¹, mais plutôt une décision qui est présentée dans le procès-verbal séparément d'autres résolutions; c'est précisément une question de forme. L'ordre du jour de la réunion détermine normalement l'ordre selon lequel les questions qui y sont portées seront discutées et quand une question y est mentionnée séparément, elle fait normalement l'objet d'une délibération séparée et d'une résolution distincte.

Au Liban, cette question est normalement mentionnée d'une façon presque machinale au nombre d'autres questions sur lesquelles une assemblée générale ordinaire annuelle est appelée à statuer, à savoir essentiellement l'approbation des comptes annuels, après lecture du rapport de gestion préparé par le conseil, la déclaration et la mise à distribution des dividendes, la nomination des commissaires de surveillance et l'élection des administrateurs quand leur mandat vient à terme². Il convient de signaler aussi que la convocation qui contient la mention de l'autorisation des conventions sépare très rarement ce point de celui de l'autorisation spéciale sollicitée par les administrateurs, en vertu de l'art. 159 C. com. lib., pour prendre part à l'administration d'une société ayant un objet comparable ou « une société similaire »³. En statuant sur son ordre du jour, l'assemblée générale a tendance, au lieu de prendre une décision séparée relative aux conventions (à chaque convention) et une autre relative aux questions de l'art. 159 C.com.lib., de ne prendre qu'une seule⁴.

Cela dénote une certaine indifférence, voire une légèreté qui se reflètera sur le climat général lors des discussions au sein de l'assemblée générale⁵. Nous avons quand même remarqué une amélioration récente dans ce sens, surtout dans les avis de convocation aux assemblées générales des banques⁶. La demande d'autorisation d'une convention, si elle n'est pas mentionnée à l'ordre du jour, ne peut, en principe, faire l'objet d'une délibération de l'assemblée générale, à moins que pareille question ne surgisse d'une façon imprévue et

1. Que nous avons d'ailleurs traitée plus haut, sous les caractéristiques de fond.

2. Art. 196, al. 1, C.com.lib.

3. V. annexe n° 8.

4. V. annexe n° 9.

5. V. infra, Les conditions d'adoption de la décision d'autorisation ou d'approbation: La décision doit être spéciale, pp. 293 – 295.

6. V. annexe n° 10; parfois les autorisations de l'art. 158 C.com.lib. et celles de l'art. 152 CMCL qui ont le même objet figurent dans la convocation sous la même rubrique.

urgente au cours de la réunion de l'assemblée¹. Vu que ces questions sont normalement préparées à l'avance, nous ne voyons pas comment elles peuvent surgir au cours d'une assemblée, à moins qu'il ne s'agisse de conventions existantes qui n'ont pas été révélées et que l'assemblée découvre par hasard au cours de ses délibérations sur une autre question.

L'ordre du jour doit contenir en France, avec précision et clarté, les questions qui seront soumises à l'assemblée; il doit être explicite et intelligible par les actionnaires². Contrairement à l'usage au Liban, la simple mention de « l'examen d'une convention visée à l'article L. 225-38 C.com.fr. » serait insuffisante; mais on trouve toujours des avis de convocation qui énumèrent les questions portées à l'ordre du jour d'une façon succincte³.

Aux Etats-Unis, et à la différence de la situation en droit libanais et en droit français, la convocation à une réunion de l'assemblée générale ordinaire annuelle « regular meeting » ne doit pas en principe et nécessairement contenir l'énumération, dans l'ordre du jour, des questions à discuter à moins que la loi et les statuts ne prévoient pour des cas déterminés la nécessité de prévenir les associés à l'avance⁴. En effet, la loi a exigé pour la validité de l'autorisation d'une convention à laquelle un administrateur est intéressé que la résolution y relative ne soit prise, entre autres, qu'après avoir décrit la convention dans laquelle l'administrateur a un conflit d'intérêts⁵. Par contre, si la convocation est pour une « special meeting » (assemblée spéciale), elle doit nécessairement mentionner à l'ordre du jour les questions à discuter lors de la réunion de l'assemblée⁶ et uniquement les questions portées à l'ordre du jour d'une assemblée générale spéciale peuvent être discutées et des résolutions les concernant prises⁷.

Section 2. Effets de la décision sur les conventions

Les décisions d'un organe social doivent donner lieu à un minimum d'effets exécutoires, au moins quand il s'agit d'une décision d'autorisation qui suppose que son objet ne peut produire des effets sans elle. Hélas, la réalité, quand il s'agit des conventions réglementées, est toute autre. Cet acte juridique qu'est une convention conclue entre une personne visée et la société

1. Art. 184 C.com.lib.

2. M. Cozian, A Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 703, p. 375.

3. V. à l'annexe n° 11 un modèle de convocation d'une assemblée générale d'une société française.

4. § 7.05 (b) RMBCA, p. 29 ; S. Emanuel, *Corporations*, op. cit., p. 86 ; v. A. Tunc, *Le droit américain des sociétés anonymes*, op. cit., n° 71, p. 123.

5. § 8.63 (a) RMBCA, p. 51; 8 § 144 (a) (2) DCLA, p. 34.

6. § 7.05 (c) RMBCA, p. 29.

7. § 7.02 (d) RMBCA, p. 28.

semble jouir d'une certaine autonomie, voire d'une immunité contre un éventuel défaut d'autorisation ou d'approbation. Nous démontrerons que les effets des conventions en question sont, à une exception près, presque indifférents à la décision d'autorisation ou d'approbation, qu'elles aient été autorisées, approuvées, ou non.

Nous rappelons qu'en droit américain le processus ne comporte pas des étapes d'autorisation ou d'approbation d'un organe social. Le conseil ou l'assemblée est en mesure, séparément, d'autoriser d'approuver ou de ratifier une convention. En outre, cette autorisation n'est pas une condition de validité de la convention si celle-ci est conclue conformément aux prescriptions légales, pourvu qu'elle soit *fair* pour la société¹.

Quelles sont donc les effets des conventions autorisées et approuvées (§1) et ceux des conventions non autorisées ou non approuvées (§2).

§1 Conventions autorisées et approuvées

Les conventions autorisées et approuvées ne produisent pas toutes les mêmes effets. Ces effets diffèrent selon que la décision a été prise en l'absence de fraude (A) ou en cas de fraude (B).

A. Effets en l'absence de fraude

Il s'agit de distinguer entre les effets des conventions autorisées par l'assemblée générale (1.) et celles autorisées par le conseil d'administration (2.).

1. Effets des conventions autorisées par l'assemblée générale

Au Liban, les conventions autorisées par l'assemblée générale, conformément aux dispositions légales, ne peuvent être attaquées qu'en cas de fraude². En d'autres termes, ces conventions produisent leurs effets à l'égard de tous, tant que la fraude n'a pas été prouvée.

Par contre, l'autorisation préalable des conventions n'est pas donnée en droit français par l'assemblée générale, mais par le conseil d'administration.

Le droit américain distingue entre la décision de *ratification* d'une convention par les associés prises à l'unanimité et celle adoptée seulement à la majorité des votes. Dans le premier cas, les associés intéressés ou non à la convention ne peuvent pas remettre

1. § 8.61 RMBCA, p. 50.

2. Art. 158, al.3, C.com.lib.

postérieurement la convention en cause à condition que la décision ait été prise en pleine connaissance de ses détails, après *full disclosure* (révélation complète) de tous ses éléments. Dans le deuxième cas, si la majorité des associés est intéressée à la convention, cette remise en cause de la validité de la convention est possible. Certaines décisions ont considéré que même dans le cas où une majorité intéressée a voté en faveur de la convention, elle n'en est pas pour autant annulable si une majorité d'associés non intéressés a aussi voté en sa faveur¹.

2. Effets des conventions autorisées par le conseil d'administration

Les conventions autorisées par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance d'une société anonyme française sont soumises à l'assemblée générale pour approbation. En général, un laps de temps, normalement non négligeable, sépare la date d'autorisation de celle de la tenue de l'assemblée générale appelée à statuer sur de telles conventions. La convention autorisée et conclue commence à produire ses effets bien avant son approbation par l'assemblée. Bien entendu, une fois que l'assemblée se réunit pour statuer sur ces conventions, et une fois que ces conventions sont approuvées, leurs effets deviennent irréversibles.

Les effets juridiques d'une convention réglementée, sont, dans l'attente de la décision de l'assemblée générale (a) différents de ceux qui suivent la prise d'une décision d'approbation par l'assemblée (b).

a) Dans l'attente de la décision de l'assemblée générale

En France, les conventions conclues à la suite de l'autorisation du conseil d'administration, ou du conseil de surveillance, commencent à produire leurs effets à la date de leur entrée en vigueur, indépendamment de la date de la décision de leur approbation par l'assemblée générale. L'autorisation du conseil est suffisante. Leur désapprobation ultérieure par l'assemblée, en l'absence de fraude, est sans effet à l'égard des tiers².

Une fois l'autorisation du conseil est accordée, la convention peut être conclue et produira tous ses effets juridiques aussi bien entre ses parties qu'à l'égard des tiers. Elle peut néanmoins être annulée plus tard en cas de fraude.

1. J. Choper et M. Eisenberg, *Corporations*; op. cit., §§ 268-276, pp. 50-52.

2. Art. L. 225-41, al. 1, C.com.fr. (SA); art. L. 225-89, al.1, C.com.fr. (SACS); art. L. 227-10, al.3, C.com.fr. (SAS).

b) Approuvées par l'assemblée générale

Les conventions autorisées par le conseil d'une société anonyme française et, par la suite, approuvées par l'assemblée générale continuent à produire leurs effets tout simplement, aussi bien entre les parties que vis-à-vis des tiers. En effet, cette approbation peut intervenir à tout moment, soit au début de l'exécution de la convention, soit vers la fin de cette exécution. Il ne serait pas surprenant qu'elle intervienne même après la consommation des obligations mises à la charge des parties dans la convention. Des conventions de vente de marchandises ou d'articles ou celles de fourniture de services peuvent très bien être exécutées par les parties contractantes après avoir été autorisées par le conseil bien avant leur soumission à l'assemblée générale et donc bien avant la décision de l'assemblée qui les concerne. En l'absence de fraude, cette soumission tend à être une simple formalité, le plus souvent inutile.

La décision d'approbation d'une *related party transaction* par l'assemblée générale d'une société américaine laisse une convention réglementée produire ses effets à l'égard de tous, en l'absence de fraude. Cette absence étant considérée comme réalisée par le seul fait que la personne intéressée, partie ou non à la convention, a fait à l'avance toutes les révélations (*disclosures*) concernant l'intérêt personnel en conflit avec l'intérêt social, avec tous les détails permettant aux actionnaires jouissant du droit de vote d'exercer ce vote en connaissance de cause¹.

B. Effets en cas de fraude

Le traitement des conventions et leurs effets en cas de fraude est différent. En effet, ce vice met en cause les délibérations non éclairées de l'organe social, portant sur l'autorisation ou l'approbation d'une convention. C'est un des rares cas qui permettent la remise en question de la validité d'une convention déjà autorisée ou approuvée.

Le texte en droit libanais est clair; ce sont seulement les « conventions autorisées qui peuvent être attaquées en cas de fraude »². Le droit français réserve à ces conventions conclues par une société anonyme un sort semblable³.

Par contre, les conventions conclues par une société à responsabilité limitée ou une société par actions simplifiée française avec des dirigeants visés ou un associé, qui n'ont pas de conséquences préjudiciables à la société, semblent, en l'absence de précisions, continuer à

1. § 8.63 (a) RMBCA, p. 51.

2. Art. 158, al. 3, C.com.lib.

3. Art. L. 225-41, al. 1, C.com.fr. (SA); art. L. 225-89, al. 1, C.com.fr. (SACS).

produire leurs effets même en cas de fraude¹. Cette interprétation assez étroite ne doit toutefois pas être admise car en dépit du silence du texte, « la fraude corrompt tout ».

La détermination de l'existence ou non d'une fraude dans la conclusion d'une convention réglementée est une question de fait (1.). Une fois que la preuve de la fraude est apportée, des conséquences négatives s'ensuivent (2.).

1. Question de fait

Une fraude ne se présume point. L'existence ou non d'une fraude dans la conclusion d'une convention est une question de fait dont l'appréciation revient aux juges de fond.

Il n'y a pas de définition précise de la fraude. La jurisprudence s'est chargée de la définir à la lumière des cas qui se sont présentés. Par exemple, un administrateur, « usant d'artifices ou de moyens fallacieux pour tromper le conseil, et après l'assemblée, sur la nature et l'importance des avantages qu'il retire de la convention passée avec la société, et grâce à ses manœuvres ou réticences, surpris la bonne foi de ses collègues pour extorquer un vote d'approbation à l'assemblée générale » est considéré avoir commis une fraude².

Serait un cas de fraude également la dissimulation d'une convention³, ou d'éléments importants la concernant. En effet, il s'agit de la fraude qui a « entaché l'autorisation préalable du conseil d'administration »⁴, que les administrateurs en soient responsables eux-mêmes ou dont le conseil a été victime.

2. Les conséquences

Le droit libanais est explicite. Dans le cas de fraude, les conventions préalablement autorisées par l'assemblée générale peuvent être attaquées en vue de les faire annuler⁵.

En France, qu'il y ait fraude ou non, à défaut de l'annulation d'une convention désapprouvée, celle-ci produit ses effets et les conséquences préjudiciables à la société qui en résultent sont mises à la charge de l'intéressé⁶ et, le cas échéant, de ses complices au sein du conseil d'administration, si ces derniers ont été responsables d'avoir approuvé par complaisance

1. Art. L. 223-19, al. 4, C.com.fr (SARL); art. L. 227-10, al. 3, C.com.fr. (SAS).

2. Cass. com., 22 mai 1970: Rev. soc., 1971, p. 51.

3. CA Versailles, 15 mai 1985, préc.; v. infra, Nullité de la convention en cas de fraude, pp. 376 et 377.

4. I. Balensi, Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, op. cit., n° 230, p. 169.

5. Art. 158, al. 3, C.com.lib.

6. Art. L. 225-41, al.2, C.com.fr. (SA); art. L. 225-89, al.1, C.com.fr. (SACS); art. L. 227-10, al. 3, C.com.fr. (SAS); CA Versailles, 28 juin 1990, préc.; Cass. com., 15 juin 1993, préc.

une convention contraire à l'intérêt social¹ ou s'ils ont concouru à sa conclusion².

Aux Etats-Unis, la société a le choix de *rescind* (annuler) ou de confirmer les conventions conclues par un intéressé visé avec sa société, même celles qui ont été autorisées, si elles sont viciées par le *trickery* ou *fraud* (tricherie ou fraude) et priver le tricheur ou fraudeur du profit qu'il en tire³.

§2 Conventions non autorisées ou non approuvées

Les conventions non autorisées par l'assemblée générale (au Liban) ou non approuvées par l'assemblée (en France), si elles sont quand même conclues, se trouvent dans une situation précaire, sans aucune garantie de survie et, en tout cas, si elles ont des conséquences préjudiciables à la société, elles risquent d'être annulées. Qu'on se situe en droit libanais, en droit français ou en droit américain, les conséquences du défaut d'autorisation, d'approbation ou bien d'une décision de désapprobation par l'assemblée générale ou du refus de ratification, sur les effets que produisent les conventions, dépendent de l'existence ou non de fraude.

Comme pour les conventions autorisées ou approuvées, les effets des conventions non autorisées ou non approuvées en l'absence de fraude (A) sont différents de ceux qui sont produits en cas de fraude (B).

A. Effets en l'absence de fraude

Il s'agit de distinguer les effets, en l'absence de fraude, des conventions non autorisées préalablement par le conseil (1.) de celles qui, après avoir été autorisées par le conseil, n'ont pas obtenu l'approbation de l'assemblée (2.).

1. Effets des conventions non autorisées préalablement par le conseil

Les conventions non autorisées préalablement par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance sont soit celles qui, après avoir été soumises au conseil, n'ont pas reçu d'autorisation (a), soit celles desquelles il n'a pas été saisi (b), soit celles qui ont reçu l'autorisation mais alors d'une manière irrégulière (c).

1. P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 757, p. 509.

2. I. Balensi, *Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants*, n° 236, p. 173.

3. J. Choper et M. Eisenberg, *Corporations*, §§ 284-288, pp. 53 et 54.

a) Effets des conventions dont l'autorisation a été refusée par le conseil

En principe, les conventions que le conseil d'administration d'une société française a jugé qu'elles sont préjudiciables à l'intérêt social, ne seront pas autorisées, et ne doivent pas être passées par la société. Leur conclusion serait irrégulière. De ce fait, de telles conventions n'ayant pas été autorisées à l'avance par le conseil, le commissaire aux comptes n'a pas à en être avisé et, en conséquence, n'est pas censé en tenir compte dans son rapport spécial. Dans ce cas, il n'y a pas de conventions à soumettre à l'assemblée générale à moins, bien entendu, qu'elles n'aient été conclues malgré le refus d'autorisation. Dans ce dernier cas, et même en l'absence de fraude, elles ne devraient pas en principe produire leurs effets, car l'autorisation préalable du conseil est une condition de validité de ces conventions. Ces conventions produisent néanmoins leurs effets à l'égard des tiers. Comme nous le verrons avec plus de détails plus loin dans cette thèse, ces conventions peuvent être annulées, aux dépens de l'intéressé, et leur nullité peut être couverte dans des conditions déterminées par la loi¹.

Dans les sociétés à responsabilité limitée françaises, l'approbation préalable d'une convention par l'assemblée, notamment quand elle est à conclure par la société avec un gérant non associé², en l'absence d'un commissaire aux comptes, vaut autorisation. Le défaut d'une telle approbation n'empêche pas les conventions non approuvées de produire leurs effets³. Cette solution s'applique également aux conventions conclues par les sociétés par actions simplifiées avec leurs dirigeants⁴.

En principe, rien n'empêche en droit américain les intéressés à une convention, qui n'a pas été autorisée par le conseil, de la soumettre à l'assemblée générale. En effet, toute décision régulièrement prise par l'un ou l'autre de ces deux organes sociaux peut approuver une convention. L'assemblée générale peut aussi très bien la ratifier après coup⁵. Des intéressés à une convention peuvent la conclure indépendamment de la décision d'autorisation du conseil ou de l'assemblée, si cette convention est considérée *fair* pour la société. Cette dernière ne pourrait être annulée, ou ses effets gelés, ou faire l'objet d'une réclamation de dommages ou autres sanctions, si son caractère *fair* est établi⁶.

1. Art. L. 225-42, al. 1 et 3, C.com.fr. (SA) ; art. L. 225-90, al. 1 et 3, C.com.fr. (SACS).

2. Art. L. 223-19, al. 2, C.com.fr.

3. Idem, al. 4, C.com.fr.

4. Art. L. 227-10, al. 3, C.com.fr.

5. §§ 8.61, 8.62 et 8.63 RMBCA, pp. 50 et 51.

6. § 8.61 (b) (3) RMBCA, p. 50.

b) Effets des conventions ayant fait l'objet d'une autorisation irrégulière

C'est le cas des autorisations accordées d'une façon irrégulière en violation des conditions de fond ou de forme que nous avons déjà traitées¹. Par exemple, si une décision est prise sans délibération, ou d'une manière générale sans préciser une convention particulière²; ou, en droit américain, si une décision d'autorisation est prise par des administrateurs sans réunion et délibérations formelles³. Des autorisations données de la sorte équivalent à une absence d'autorisation et les conventions qui les ont reçues sont considérées comme ayant été conclues sans autorisation.

c) Effets des conventions approuvées par l'assemblée générale sans avoir été soumises préalablement au conseil

Les textes sont clairs, une convention qui n'a pas été autorisée par le conseil n'a pas à être soumise à l'assemblée générale⁴. La non soumission d'une convention à l'autorisation préalable du conseil d'administration ou de surveillance équivaut à un refus d'autorisation par le conseil. La convention n'est pas toujours annulable dans ce cas. Sa nullité peut-être couverte par un vote de l'assemblée générale intervenant sur rapport spécial des commissaires aux comptes exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'actions n'a pas été suivie⁵. Ce qui revient à dire que, même dans les cas où une convention dans laquelle l'intérêt personnel ne présente pas vraiment de danger pour l'intérêt social, si l'occasion n'a pas été donnée au conseil de l'apprécier, la prudence exige qu'on considère comme si le conseil lui a refusé l'autorisation.

La non soumission d'une convention au conseil peut résulter soit d'un défaut de révélation de l'intérêt personnel par l'intéressé, soit d'une erreur de qualification, la convention ayant été considérée comme courante et conclue à des conditions normales, donc ne nécessitant pas d'autorisation préalable. Si cette erreur de qualification est commise par le conseil, cela équivaut à une autorisation (même non requise)⁶. En outre, et par respect de la compétence et de la spécialité des organes sociaux et de l'hierarchie déterminée par la

1. V. supra, Décision d'autorisation, pp. 255 et s.

2. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, Les contrats entre les administrateurs et la société, op. cit., n° 93, p. 20.

3. Lewis v. Fuqua, Del. Ch., 12 novembre 1985, préc.

4. Art. L. 225-40, al. 2, C.com.fr. (SA): « Le président du conseil d'administration donne avis aux commissaires aux comptes de toutes les conventions autorisées et soumet celles-ci à l'approbation de l'assemblée générale » ; v. aussi texte identique, art. L. 225-88, al. 2, C.com.fr. (SACS).

5. Art. L. 225-42, al. 3, C.com.fr. ; v. infra de plus amples détails sur la couverture de la nullité d'une convention, pp. 398 et s.

6. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault ; Les contrats entre les administrateurs et la société, op. cit., n° 60, p. 14.

procédure de contrôle spécial des conventions, on ne saurait permettre le « court-circuitage » du conseil par la soumission directe d'une convention à l'assemblée générale.

Si, au Liban, ce problème n'existe pas, parce que la loi ne prescrit qu'une procédure à un seul temps, l'assemblée générale étant chargée de la tâche d'autoriser les conventions réglementées, le rôle du conseil n'est ignoré que si une assemblée générale statue sans le rapport spécial du conseil. La délibération qui s'ensuit est annulable.

Par contre, aux Etats-Unis le problème ne se pose pas du tout, parce que rien n'empêche qu'une convention soit soumise directement à l'assemblée générale. Comme nous l'avons déjà mentionné, la procédure de contrôle des conventions aux Etats-Unis n'est pas aussi formaliste qu'en droit français. L'un ou l'autre du conseil d'administration ou de l'assemblée est habilité à apprécier le *fairness* d'une convention pour la société. Les principes de la hiérarchie des organes sociaux et de leur spécialité ne jouent pas pour les *related parties transactions*. Le premier organe social qui est saisi d'une convention règlementée peut trancher sans risque d'être accusé d'avoir empiété sur les prérogatives de l'autre.

2. Effets des conventions autorisées par le conseil mais non approuvées / ratifiées par l'assemblée générale

Les conventions qui ont été autorisées par le conseil mais n'ont pas été soit approuvées soit ratifiées par l'assemblée produisent néanmoins leurs effets à l'égard des tiers (a), mais sont annulables si elles sont préjudiciables à la société (b).

a) Ces conventions produisent leurs effets à l'égard des tiers

Les conventions désapprouvées par l'assemblée générale d'une société anonyme française produisent néanmoins leurs effets à l'égard des tiers¹, toujours en l'absence de fraude et, semble-t-il, à l'égard de tous dans les sociétés à responsabilité limitée², et dans les sociétés par actions simplifiées³, comme si elles avaient été approuvées.

La loi ne prévoit aucune sanction pour le défaut de soumission d'une convention à l'assemblée générale⁴. Cette omission de la part du président du conseil d'administration, du

1. Art. L. 225-41, al.1, C.com.fr. (SA); art. L. 225-89, al.1, C.com.fr. (SACS) ; v. Cass. soc., 8 juillet 2009, préc.

2. Art. L. 223-19, al. 4, C.com.fr; Cass. com., 28 juin 1988: Bull. Joly, juillet – août – septembre 1988, § 227, p. 688 ; v. aussi Cass. com., 10 décembre 1996: Bull. Joly, avril 1997, § 124, p. 311, note J.-J. Daigre.

3. Art. L. 227-10, al. 3, C.com.fr.

4. Trib. com. Lyon, 4 janvier 1951 : JS, 1954, art. 5836, p. 230.

président du conseil de surveillance ou du commissaire aux comptes n'est pas de nature à affecter la production par une convention de ses effets. Comme les effets des conventions ne sont pas entamés par leur désapprobation par l'assemblée, elles ne doivent pas subir en cas d'absence de demande d'autorisation un sort plus sévère¹.

Les conventions soumises à la réglementation qui sont conclues au sein des sociétés à responsabilité limitée et qui ne sont pas approuvées par l'assemblée produisent quand même leurs effets². L'absence de consultation des associés d'une société à responsabilité limitée a les mêmes conséquences que le refus d'approbation³. En mettant les conséquences préjudiciables d'une convention désapprouvée dans les SARL à la charge de l'intéressé, le législateur opte pour le maintien de la convention, préservant ainsi la sécurité des transactions.

Le législateur a voulu épargner aux tiers (de bonne foi) les conséquences négatives de l'annulation d'une convention désapprouvée par l'assemblée et conclue à la suite de l'autorisation préalable du conseil⁴. L'intérêt social semble ici être relégué au second plan, cédant sa place à l'intérêt des tiers. Ce que cela veut dire, en d'autres termes, c'est que l'intérêt social, dans son sens étroit, n'est pas toujours la seule préoccupation du législateur et que d'autres intérêts sont aussi à prendre en considération. La sécurité des transactions est primordiale, les parties étrangères à la société n'étant pas censées voir leurs propres intérêts compromis, rien que parce qu'une procédure interne n'a pas été suivie par les représentants de la société avec qui ils contractent. Il nous semble que la loi, dans une vision maximaliste de l'intérêt social, englobe les intérêts de tous les acteurs dans la sphère sociale. C'est l'intérêt de l'entreprise au sens large qui doit être pris en considération. Une position que nous supportons d'ailleurs sans aucune réserve⁵.

La prépondérance du conseil d'administration aux Etats-Unis, comme organe dirigeant, est confirmée à chaque occasion par les lois en vigueur. Si une convention a été dûment et régulièrement approuvée par le conseil d'administration, l'intéressé s'abstenant de voter, ou dont le vote n'a pas été déterminant pour la décision d'approbation, les associés ne peuvent que soit la ratifier soit, en cas de doute sur son *fairness*, recourir aux tribunaux pour trancher. Ils ne peuvent prononcer automatiquement son annulation. La règle du jugement d'affaires

1. Cass. com., 17 octobre 1967, préc.

2. Art. L. 223-19, al. 4, C.com.fr.

3. CA Paris, 3 Juillet 1976, préc.

4. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, Les contrats entre les administrateurs et la société, op. cit., n° 87, p. 17.

5. V. supra, pp. 69 - 72.

(*Business Judgment Rule*) permet au conseil d'échapper à tout contrôle interne et, même si la convention n'est pas équitable pour la société, ou est conclue aux dépens de l'intérêt social, la décision du conseil semble rester infaillible, sans que l'assemblée ne puisse l'annuler, à moins qu'à l'initiative des associés un tribunal n'en décide autrement¹.

En outre, contrairement à ce qui a cours en France, l'assemblée n'a pas à approuver une convention déjà autorisée par le conseil. L'indépendance de ces deux organes sociaux est nette à cet égard. Il n'y a pas une véritable hiérarchie dans ce sens.

b) Ces conventions sont annulables si elles sont préjudiciables à la société

C'est seulement si la convention autorisée par le conseil n'est pas approuvée par l'assemblée, que les conséquences préjudiciables² à la société sont mises à la charge de l'intéressé et, éventuellement, des autres membres du conseil d'administration³ ou du directoire⁴. De même, dans les sociétés à responsabilité limitée, le gérant et, s'il y a lieu, l'associé contractant, supportent individuellement et solidairement les conséquences de la convention qui sont préjudiciables à la société⁵.

Nous soulignons que le texte régissant la responsabilité en cas de conséquences préjudiciables dans les sociétés à responsabilité limitée est plus précis que dans les sociétés anonymes. En effet, l'art. 225-41, al.2, C.com.fr. dispose: « Même en l'absence de fraude, les conséquences, préjudiciables à la société, des conventions désapprouvées peuvent-être mises à la charge de l'intéressé et, éventuellement, des autres membres du conseil d'administration». L'utilisation des termes « des autres membres du conseil » laisse croire que l'intéressé visé est forcément un membre du conseil, alors qu'il peut très bien n'être qu'un actionnaire ou un directeur général ou une autre personne visée par la réglementation.

-
1. 8 § 144 DCLA, note p. 34 ; Oberly v. Kirby, 4 juin 1991 : 1991 Del. LEXIS 179 ; A. 2d 445 (1991) ; une consécration du principe de la spécialité des organes sociaux qui n'est qu'une consécration des pouvoirs du conseil d'administration en droit français. A notre sens, et plus spécialement dans le domaine des conventions réglementées, puisque le droit américain ne réserve pas seulement au conseil d'administration le pouvoir d'autoriser une convention, mais aussi à l'assemblée le pouvoir de l'approuver (sans nécessairement avoir été autorisée à l'avance par le conseil), ce principe ne devrait pas jouer jusqu'à cette limite.
 2. V. infra, Préjudice causé à la société, p. 378, pour le moment d'appréciation du préjudice.
 3. Art. L. 225-41, al. 2, C.com.fr. (SA); Cass. soc.: 8 juillet 2009, préc., p. 827.
 4. Art. L. 225-89, al. 2, C.com.fr. (SACS).
 5. Art. L. 223-19, al. 4, C. com.fr. (SARL).

B. Effets en cas de fraude

Le droit libanais est silencieux en ce qui concerne les conventions non autorisées¹ par l'assemblée générale et qui sont conclues quand même par l'administrateur avec sa société, moyennant des manœuvres ou des agissements frauduleux. La jurisprudence est aussi silencieuse sur cette question. Cela ne veut point dire que des conventions pareilles ne peuvent pas être attaquées. A notre sens, que la victime de la fraude soit le conseil d'administration, les commissaires de surveillance en ce qui a trait aux rapports spéciaux sur lesquels statue l'assemblée générale ou toute autre personne ou organe social ou de gestion, la convention doit pouvoir être attaquée en cas de fraude.

Les conventions non autorisées ou non approuvées dans une SA ou une SACS française cessent de produire leurs effets si elles sont annulées dans le cas de fraude². Ici, l'intérêt social reprend sa place de premier plan, quitte à contrarier les intérêts des tiers par l'annulation des conventions. Nous pensons que ce même traitement doit être réservé aux conventions réglementées dans les sociétés à responsabilité limitée et sociétés par actions simplifiées, en dépit du silence des textes qui laisse croire que le maintien de la convention est indifférent à l'existence de la fraude³.

* * *

La loi, nous venons de le voir, encadre la décision des organes sociaux relative aux conventions en posant des conditions strictes de fond et de forme à la prise de cette décision. Il s'agit de s'assurer que la décision de ces organes est vraiment une décision qui favorise l'intérêt social. C'est pourquoi le rôle des commissaires aux comptes, surtout de leur rapport spécial sur les conventions, est prédominant dans la procédure de contrôle. Ce rapport confère à cette procédure une certaine indépendance et une crédibilité. Les associés statuent en pleine connaissance de cause. Hélas, à défaut d'un agissement frauduleux, la décision d'autorisation ou d'approbation peut très bien être irrégulière sans que cette irrégularité n'affecte la convention concernée qui continue à produire ses effets. L'intérêt social nous paraît parfois être élastique et compromettant pour servir l'entreprise dans sa globalité.

1. Art. 158, al. 3, C.com.lib. est silencieux sur ce point, puisqu'il ne mentionne que les « conventions autorisées ».

2. Art. L. 225-41, al. 1, C.com.fr. (SA); art. L. 225-89, al.1, C.com.fr. (SACS).

3. Art. L. 223-19, al. 4, C.com.fr. (SARL) ; et art. L. 227-10, C.com.fr. (SAS), n'évoquant pas le cas de fraude.

Nous avons vu dans ce chapitre comment l'intérêt social est apprécié et quels rôles le conseil d'administration, le conseil de surveillance et l'assemblée des associés jouent dans la procédure de contrôle des conventions. Nous avons déploré les complications de la procédure actuelle en droit français, lourde par son exigence, entre autres, d'un processus à deux temps : une autorisation par le conseil et une approbation ultérieure par l'assemblée et préconisé l'instauration d'une Commission aux conventions, indépendante du conseil, pour alléger la procédure et la rendre plus expéditive. Nous avons aussi souligné que l'intervention de l'assemblée générale dans toute sa souveraineté ne présente pas une menace sérieuse aux conventions qu'elles désapprouvent.

L'intitulé du Titre 1 de cette deuxième partie suggère qu'il y a un moyen de « prévenir » les conflits d'intérêt dans le sens de les empêcher de surgir. Ce n'est pas toujours une tâche facile. Les tentations sont très fortes et les dirigeants qui manipulent les biens sociaux peuvent y succomber à tout moment. La procédure de contrôle devient plutôt un procédé de gestion des conflits pour éviter que les intérêts personnels ne prennent le dessus et mettent l'intérêt social en péril. Même si un intéressé honnête révèle l'intérêt personnel qu'il a dans une convention, cette révélation ne résulte pas forcément en une prévention d'un conflit entre l'intérêt personnel révélé et l'intérêt social.

* * *

Nous venons de traiter la protection de l'intérêt social sur le plan de la prévention des conflits d'intérêts, à la lumière de l'initiative des intéressés et la réaction des organes sociaux chargés de contrôler les conventions réglementées. Il s'agit maintenant d'étudier dans le titre suivant (Titre 2) le dispositif légal qui assure l'application de la réglementation des conventions réglementées conformément à ses dispositions et garantit par ce fait même la primauté de l'intérêt social.

TITRE 2

GARANTIES DE LA PRIMAUTÉ DE L'INTÉRÊT SOCIAL

La prévention des conflits d'intérêts dans les rapports entre les personnes visées par les trois réglementations des conventions réglementées et leurs sociétés n'est pas facile, car ces conflits surgissent en dépit de tout. Il faut donc essayer d'amortir leur impact sur la société.

La primauté de l'intérêt social est le plus souvent assurée moins par la prévention des conflits que par la prévention des préjudices que peut lui porter une convention visée, qui a été conclue dans un intérêt personnel. L'intéressé doit supporter les conséquences préjudiciables à la société d'une telle convention.

Le législateur a instauré des garanties légales en faveur de cette primauté, des garanties qui, comme nous le verrons, posent des limites à l'application de certains principes fondamentaux du droit et qui ont été renforcées par la jurisprudence, cette dernière disposant d'une marge importante pour rétablir l'équilibre contractuel qu'une convention aurait rompu. Ces garanties législatives et jurisprudentielles (Chapitre 1) font peser sur les personnes visées par la réglementation des obligations précises.

Mais si en dépit de cela la personne visée manque à ses obligations et viole les dispositions légales prescrites pour mettre en œuvre ces garanties, portant ainsi atteinte à l'intérêt social, l'imposition de sanctions devient inéluctable. Ces sanctions mettent en cause non seulement la convention litigieuse elle-même, mais aussi la responsabilité de tous ceux qui ont joué un rôle dans sa conclusion, son approbation ou son contrôle (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

GARANTIES LÉGISLATIVES ET JURISPRUDENTIELLES

L'évolution de la législation, dictée par les nécessités pratiques d'une meilleure protection de l'épargne publique, surtout en France, celle du Liban étant au point mort et, aux Etats-Unis, stable depuis des décennies dans le sens de la promotion de la transparence dans la vie des sociétés (surtout commerciales) et la protection de l'intérêt social, a été accompagnée d'une jurisprudence assez dense, révélatrice de cette nouvelle orientation.

Le dispositif de protection de l'intérêt social doit se placer au niveau de l'appréciation de cet intérêt en essayant de réduire le risque qui peut être créé par l'intervention de l'intéressé dans le processus d'appréciation d'une convention visée. Cette intervention est le plus souvent non seulement permise par la loi, mais constitue surtout l'exercice d'un droit attaché à la fonction même ou à la qualité même de l'intéressé, qu'il soit dirigeant ou associé. Ce droit lui permet de remplir sa mission de dirigeant ou jouir des droits inhérents à sa participation au capital de la société. Il faut absolument que ce droit soit suspendu ne serait-ce que pour éviter que l'intéressé visé n'en abuse personnellement en faisant payer le prix à la société.

Cela dit, cette évolution ne va pas sans s'attaquer à des principes généraux du droit, considérés comme de véritables axiomes, en y posant des exceptions (Section 1) revitalisées par l'inspiration des règles anglo-saxonnes du *Corporate Governance* ou gouvernement d'entreprise (Section 2).

Section 1. Exceptions aux principes généraux du droit

Le droit civil réserve dans son Code une place au contrat de société et / ou aux principes généraux du droit des sociétés; ce qui vient confirmer ou compléter les Codes de commerce au Liban¹ et en France². Ceux-ci régissent, entre autres, certains aspects des sociétés commerciales.

L'intention du législateur étant de protéger la société contre les abus de ses dirigeants et même de ses associés, cette entreprise ne saurait toutefois réussir sans poser un certain nombre de limites à l'exercice de certains droits fondamentaux. Ces limites constituent aussi bien des exceptions aux principes généraux du droit civil (§ 1), que des exceptions aux principes généraux du droit des sociétés (§ 2).

1. Art. 42 C.com.lib.; art. 823 et s. COCL.

2. Art. 1832 et s. C.civ.fr.

§ 1 Exceptions aux principes généraux du droit civil

C'est dans le but de garantir la primauté de l'intérêt social que la loi et la jurisprudence ont voulu limiter, exceptionnellement, en matière de conventions réglementées, l'exercice par les personnes visées de leurs droits contractuels, en limitant le principe de la liberté contractuelle (A) et le pouvoir de contracter (B).

A. Limites au principe de la liberté contractuelle

En droit libanais, le droit des contrats est dominé par le principe de la liberté contractuelle, les contractants réglant leurs rapports juridiques à leur gré sous réserve des exigences de l'ordre public, des bonnes mœurs et des dispositions légales y relatives qui ont un caractère impératif¹.

De même en droit français, où le texte va, en apparence du moins, jusqu'à considérer « les conventions légalement formées » comme étant « la loi » des contractants². Cela démontre l'importance accordée à la volonté des parties, dont l'autonomie risque en matière de conventions réglementées d'attirer l'appétit des profiteurs aux dépens de la société.

Les limites au principe de la liberté contractuelle sont posées en fonction d'un certain dirigisme contractuel (1.) et aussi pour répondre à certaines exigences de l'ordre public (2.).

1. Dirigisme contractuel et autonomie de la volonté

Le dirigisme contractuel est une intervention dans la volonté des parties à une convention, sans laquelle, faisant jouer leur autonomie à plein, ces parties seraient en mesure de disposer comme bon leur semble, et sans égard à un intérêt supérieur, celui de la société. En d'autres termes, ce dirigisme neutralise, dans une certaine mesure, la volonté des parties. Les impératifs de la protection de l'intérêt social ramènent le contrat, selon un éminent civiliste, à « un procédé technique des échanges économiques, qui obéirait à des justifications ne tenant pas compte de la volonté contractuelle »³.

1. Art. 166 COCL.

2. Art. 1134, al.1, C.civ.fr. ; cette notion n'a jamais été aussi absolue qu'on le laisse croire et, contrairement à ce que l'on pense, la force obligatoire des dispositions contractuelles n'est pas sans limites.

3. Ch. Larroumet, Droit civil, tome 3, 3^e éd., Economica 1996, n° 120, p. 105.

Effectivement, en réglementant les conventions, sous plus d'un seul aspect, le législateur se substitue aux contractants, transformant ainsi le contrat en un « contrat dirigé »¹, et le libéralisme économique, dans le sens étroit du terme, en un dirigisme économique.

Aux Etats-Unis, la notion de liberté contractuelle est aussi accentuée. Le *meeting of the minds*² (littéralement, « réunion des esprits »), ou la rencontre des volontés pour la formation d'un contrat, suppose l'existence d'un *mutual assent*, ou consentement mutuel, qui est le résultat d'une offre acceptée par son destinataire³. La volonté des parties est en principe autonome. Cela ne veut pas dire du tout qu'en exerçant sa liberté contractuelle, un contractant peut frauder ou causer un préjudice. Les conventions qui ont pour conséquence d'amener une personne à violer une obligation privée à l'égard d'autres est illégale et non exécutoire « *cause a person to violate a private duty he owes to others are illegal and unenforceable* »⁴. La liberté contractuelle en droit américain connaît donc des limites semblables à celles des droits libanais et français. En particulier, une personne qui est redevable à la société et à ses actionnaires d'une obligation fiduciaire (de loyauté), tel un dirigeant, ne peut utiliser « *his position and influence* » (sa position et son influence) pour contracter avec la société d'une manière qui puisse contrarier son obligation⁵.

L'intervention du législateur vise à poser des critères régulateurs de la liberté contractuelle, qui sont des règles impératives⁶. Le dirigisme contractuel dans le droit des contrats s'est surtout manifesté dans le contexte, non limitatif, des baux commerciaux ou civils, des contrats de travail, d'assurance, de représentation commerciale, et autres. Si, pour réglementer ces derniers, ce dirigisme a été explicite à travers des textes exceptionnels précis, qui portent directement atteinte à la liberté contractuelle, dans le domaine des conventions réglementées, l'intervention du législateur, quoique timide en surface, est également efficace dans sa limitation de l'autonomie de la volonté des personnes visées contractant avec la société.

On ne conçoit toutefois pas que de telles limites soient imposées sans justifications solides. C'est, au fond, la protection de la société en tant qu'une institution qui permet de les tolérer. On peut penser que la société, personne morale, est à la merci de ceux qui la personnifient, qu'ils soient des associés ou des dirigeants. Cette personne morale, qui fait

1. Idem, p. 106.

2. L. Fuller et M. Eisenberg, *Basic Contract Law*, West publishing Co., 1972, p. 257.

3. L. Simpson, *Handbook of the Law of Contracts*, 2^e éd., 1965 West Publishing Co., n° 9, p. 8.

4. Idem, n° 216, p. 438.

5. *Old Dominion Copper Mining and Smelting Co. v. Bigelow*, 14 septembre 1909, préc..

6. M. Aougeh, *Droit civil*, vol.1, *Le contrat*, éd. « Al Halabi Al Houkookiah », 2003, p. 111.

partie du cadre économique national, est dans cette formule la partie la plus faible qui a besoin d'une protection de la part de l'Etat, agissant par voie de législations. Il y va d'un intérêt plus général qui ne peut être préservé si l'intérêt social est lésé.

C'est ainsi qu'un dirigeant ne peut pas contracter avec sa société, aux dépens de cette dernière, sans suivre une procédure de contrôle impérativement imposée pour garantir que son contrat ne lèse l'intérêt social, sous le prétexte que sa volonté est autonome. De même, un associé prépondérant dans une société ne peut pas en invoquant sa liberté contractuelle tirer un profit injuste d'une convention qu'il passe avec sa société.

Cette approche est résumée en droit américain par les raisons avancées pour justifier le dirigisme contractuel imposé par l'intervention de la loi dans un domaine privé, normalement réservé aux contractants. Les lois qui interdisent la conclusion d'un contrat sont celles qui réglementent « *a particular trade, business, or profession, or regulating dealing in particular articles of commerce* »¹ (un commerce déterminé, des affaires ou professions ou le commerce de certains articles).

2. Ordre public

Les raisons pour lesquelles le principe de la liberté contractuelle est en quelque sorte écarté sont donc de nature à faire prévaloir un intérêt plus important et plus général que l'intérêt privé et personnel que pourrait avoir des contractants visés avec la société. Cet intérêt est généralement encadré dans l'appellation « ordre public ». Les lois qui intéressent l'ordre public sont impératives et on ne peut y « déroger par des conventions particulières »² (*Privatorum conventio juri publico non derogat*).

Le Code des obligations et des contrats libanais contient une disposition similaire puisqu'il interdit les transactions sur des questions d'ordre public³.

Le « *public policy* » ou « *policy of the law* » est le terme utilisé en droit américain pour désigner l'ordre public. Il est défini comme étant les « *principles and standards regarded by the legislature or by the courts as being of fundamental concern to the state and the whole of society* »⁴ (les principes et normes considérés par le législateur ou par les tribunaux comme

1. L. Simpson, Handbook of the Law of Contracts, op.cit., n° 219 (a), p. 447.

2. Art. 6 C.civ.fr.; cet article est aussi applicable aux lois qui intéressent les bonnes mœurs. Typiquement, les dispositions d'ordre public couvrent les matières concernant la dignité de l'être humain, la liberté matrimoniale, la liberté du travail et d'établissement, la limitation des clauses d'exclusivité, les règles déontologiques posées pour l'exercice des professions libérales, etc....

3. Art. 1037 COCL.

4. B. Garner, Black's Law dictionary, op. cit., définition (1), p. 1245.

étant une préoccupation fondamentale de l'Etat et de la société toute entière). « *A person should not be allowed to do anything that would tend to injure the public at large* »¹ (On ne peut permettre à une personne d'accomplir un acte susceptible de causer un dommage au public, en général). Nous trouvons là une expression assez significative de l'extension de la protection de l'intérêt social dans les conventions réglementées au-delà de l'intérêt étroit de la société elle-même pour couvrir le *public*, donc non seulement la société ou les associés mais aussi les tiers. Cette position vient confirmer la définition de l'intérêt social en droit américain comme étant celui de l'entreprise².

Donc, quelle que soit la volonté des parties à une convention, son autonomie passe au second plan quand il s'agit d'une matière réglementée par des règles ou lois d'ordre public. La conséquence principale est la nullité de la convention particulière conclue en violation de cette règle ; d'où la primauté de l'ordre public.

La notion d'ordre public, tout en étant plutôt rigide, n'est pas d'application égale dans tous les cas. Tout dépend de l'ordre à protéger (a) et l'identification de cet ordre n'est pas sans intérêt pratique (b).

a) L'ordre public à protéger

Il s'agit de voir qui sont les parties à protéger dans le contexte de la réglementation des conventions, pour en déduire la nature de l'ordre public qui justifie l'intervention du législateur dans le domaine contractuel. On sait tout d'abord qu'il s'agit d'un ordre public économique, facilement différenciable de l'ordre public politique³. Mais, de quel ordre public économique s'agit-il ? Est-ce un ordre public de direction ? ou bien de protection⁴, les deux ayant un caractère impératif.

1. Idem, définition (2).

2. V. supra, p. 70.

3. « L'ordre public dans la vie des affaires », Colloque USJ – Beyrouth 1998, Rapporteur F. Hage Chahine, p. 15. L'ordre public politique est celui qui veille à ce que, par le jeu contractuel, ne soient ébranlées les colonnes de la cité ; l'Etat, la famille et l'individu. L'ordre public économique est celui par lequel le législateur intervient pour réaliser des objectifs économiques présentant une utilité sociale.

4. Nous passons outre, dans les développements qui suivent, les difficultés théoriques qui se posent aux appellations « direction » et « protection » pour qualifier un ordre public; les deux qualificatifs ayant essentiellement une vocation protectrice de quelque intérêt. Nous nous prononcerons encore moins sur le principe adopté par certains auteurs que toute loi qui n'est protectrice que de simples intérêts privés n'est pas d'ordre public. A notre sens, l'adjectif « public » ne veut pas toujours dire, du moins dans notre contexte, « intérêt public », l'ordre public (de protection, et non de direction dans ce cas), est bel et bien existant comme une norme directrice qui encadre une activité privée.

La doctrine libanaise a donné deux interprétations à la portée de l'ordre que l'art. 158 C.com.lib. tend à protéger. Certains ont vu dans cet article des dispositions impératives dont l'objectif n'est pas seulement de protéger la société, en tant que personne morale, ou les associés, mais aussi, dans un intérêt plus général, de protéger l'économie nationale. Ils se sont basés sur l'art. 2 du décret n° 9798 du 4 mai 1968, qui a modifié l'art. 158 C.com.lib., et qui dispose que les statuts d'une société ne peuvent pas écarter l'application de cet article¹. L'opinion opposée préconise que l'intérêt protégé est un intérêt purement privé, celui de la société et de ses associés. La jurisprudence semble avoir retenu cette dernière position², en promouvant le rééquilibrage contractuel au profit de la partie socialement ou économiquement faible, plutôt que l'annulation du contrat.

En France, la doctrine est également divisée sur le régime de la nullité sanctionnant les conventions conclues sans autorisation préalable: est-ce une nullité relative? ou bien une nullité absolue? Trancher cette question en faveur de l'une ou de l'autre permet de dégager la nature de l'ordre public à protéger. La Cour de cassation française semble se prononcer en faveur de la protection des intérêts privés de la société et de ses associés, rejoignant ainsi la majorité de la doctrine³. En effet, ceux qui sont en faveur de l'opinion contraire, celle de la protection de l'intérêt général, défendent leur thèse en faisant prévaloir une interprétation large de la loi. Pour eux, elle vise à assainir les sociétés commerciales dans un intérêt général⁴, celui de l'entreprise.

Aux Etats-Unis, les contrats conclus en violation du *public policy* sont en principe illégaux⁵. L'intention du législateur qui a déclaré cette illégalité n'est pas claire. A-t-il voulu protéger l'intérêt général de la société ? celui de l'entreprise ? La définition de l'ordre public donnée plus haut suggère que la loi tend à protéger « l'Etat et la société toute entière ». C'est la protection de l'intérêt de l'entreprise au sens large. Ce qui *a priori* nous laisse déduire que

1. C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann., op. cit., commentaire de l'art. 158, note 1.

2. Cass. lib., 3^e ch.civ., 15 mai 1996 : RJL, 1996, n° 1077, p. 18.

3. I. Balensi, Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, op. cit., n° 173, p. 125.

4. Une opinion pareille ne doit pas à notre sens s'appliquer à toutes les sociétés commerciales, indépendamment de leur taille et surtout du nombre de leurs associés, et du fait si elles sont ou non cotées en bourse. L'assainissement des sociétés commerciales en général, en protection de l'épargne publique et de l'économie nationale, est une utopie dans les sociétés de famille, de petite taille, et qui ne sont pas normalement cotées en bourse.

5. M. Eisenberg, Contracts, Gilbert Law Summaries, 13^e éd., Harcourt Professional Education Group, Inc., Chicago, Ill., USA, 2000, § 584, p. 157. Nous soulignons que dans le « common law » des contrats sont illégaux pour immoralité et nuls quand leur exécution entraîne un dommage social ou économique; v. C. Newton, General Principles of Law, Sweet and Maxwell 1972, p. 250.

l'ordre public que le droit américain entend protéger est un ordre public de direction. La réalité est différente.

Le droit du Delaware exige des dirigeants une loyauté non partagée¹ au nom de la *public policy*; leur *undivided loyalty* supposent l'élimination de tout conflit entre leurs obligations et leur *self interest* (intérêt personnel)². En conformité avec le climat général favorable aux dirigeants des sociétés américaines, les prohibitions relatives aux conventions entre la société, d'une part, et ses associés ou dirigeants de l'autre, semblent être destinées à protéger les sociétés et les associés dans un sens étroit, et leur violation ne constitue donc pas une atteinte à un ordre public de direction. Ces conventions ne sont pas nulles ou annulables rien que parce qu'une personne visée par la réglementation a conclu une convention avec la société, tant qu'un certain nombre de conditions n'ont pas été satisfaites ; particulièrement, en relation avec l'obligation de révélation, l'autorisation préalable du conseil ou de l'assemblée générale donnée par une majorité non intéressée à la convention et surtout son *fairness* pour la société.

Cela dit, il est remarquable de constater que les termes mêmes des textes en droit américain suggèrent une acceptation de principe d'une convention réglementée et de sa validité. Le texte de base au Delaware commence par « *No contract or transaction between a corporation and one or more of its directors and officers... shall be void or voidable...* »³ (Aucun contrat ou transaction entre une société et un ou plusieurs de ses administrateurs ou dirigeants n'est nul ou annulable...). La règle semble être la validité de telles conventions et leur annulabilité l'exception.

b) Intérêt de l'identification de l'ordre public à protéger

La détermination du régime de la nullité sanctionnant les conventions conclues, sans avoir reçu l'autorisation préalable prévue par la loi, est l'intérêt principal de l'identification de la nature de l'ordre public à protéger. Est-ce un ordre public de direction ? (1) ou de protection? (2).

(1) Ordre public de direction – Nullité absolue

Les conventions interdites de plein droit, celles qui sont liées au crédit et la société, présentent pour le législateur une préoccupation très importante. Leur conclusion est une menace à l'intérêt de la communauté des épargnants qui dépasse l'intérêt privé de la société

1. V. infra, « Obligation de loyauté à la charge des dirigeants », pp. 363 - 366.

2. 8 § 141 DCLA, note p. 33.

3. 8 § 144 (a) DCLA, p. 42.

ou des actionnaires¹. Elles sont nulles de plein droit. La violation de cette prohibition est sanctionnée d'une nullité absolue ; l'ordre public que cette prohibition défend étant un ordre public de direction.

Cette nullité absolue est donc invocable par tout intéressé. Elle n'est pas susceptible de couverture ou de confirmation et est imprescriptible.

(2) Ordre public de protection – Nullité relative

Par contre, la violation des prohibitions défendant un ordre public de protection d'intérêts privés n'est sanctionnée que de nullité relative. En droit libanais, la doctrine fléchit en faveur de cette option². Les adeptes de cette solution pensent également que faire de l'inobservation des formalités lourdes et rigides une cause de nullité absolue, ouverte à tout intéressé et non susceptible de confirmation, affecte la stabilité et le développement des relations commerciales³. En effet, le droit à l'exercice d'une action en nullité n'a pas été reconnu à un étranger à la société, d'où une reconnaissance implicite de la nature relative de la nullité⁴.

Les dispositions de l'art. L. 225-42 C.com.fr. (SA) et de l'art. L. 225-90 C.com.fr. (SACS), tant au niveau de l'annulabilité des conventions qui sont conclues sans autorisation préalable, qu'au niveau de la prescription triennale, et à celui de la couverture de la nullité, confirment la tendance jurisprudentielle déjà établie, surtout quant aux titulaires de l'action en nullité⁵. Ces notions seront détaillées plus loin⁶.

On est donc en présence d'une nullité qui ne peut être prononcée qu'en cas de conséquences préjudiciables de la convention pour la société ; c'est une nullité relative qui revêt un caractère facultatif. Etant une nullité relative, elle ne peut donc être invoquée que par la société ou, le cas échéant, en cas de carence de cette dernière, par les actionnaires. Elle est donc susceptible de couverture par confirmation ou ratification⁷.

Il n'en demeure pas moins que les limites au principe de la liberté contractuelle restent une exception et ne doivent pas être interprétées d'une façon extensive⁸.

1. Gh. Mahmassani, Les contrats des administrateurs de sociétés anonymes de leurs sociétés suivant l'article 158 nouveau de Code de commerce libanais, op. cit., p. 67.

2. Idem, p. 68.

3. Idem, p. 69.

4. TPI com., Beyrouth, n° 840, 25 novembre 1963 : RJL, 1963, p. 1213.

5. CA Amiens, 1^{er} décembre 1966, préc..

6. V. infra, Titulaires de l'action en nullité, pp. 393 et s.

7. V. infra, Extinction de l'action en nullité par une décision sociale, pp. 398 et s.

8. P. Le Cannu, Les conventions règlementées après la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, op. cit..

Aux Etats-Unis, la nullité de la violation de la réglementation est forcément une nullité relative. Cette déduction est logique puisque les conventions en question ne sont pas nulles de plein droit. Ces conventions ne sont annulables qu'« *at the option of the corporation or any shareholder...* »¹ (à l'option de la société ou de tout actionnaire...). La nullité de plein droit est rejetée d'office puisqu'elle constitue une entrave pour les administrateurs, redoutant de contracter avec leur société, et privant cette dernière d'une occasion quand d'autres alternatives ne sont pas disponibles. L'invocation de la nullité absolue a même été jugée douteuse².

B. Limites au pouvoir de contracter

La réglementation ne s'est pas limitée à s'attaquer au principe général de la liberté contractuelle dans son esprit théorique ; pour parfaire l'efficacité des limites posées, elle les a poussées au pouvoir de contracter.

Ces limites ont été imposées quant aux parties contractantes (1.) et aussi quant à l'objet de la convention (2.).

1. Limites quant aux parties contractantes

La liberté contractuelle suppose que les parties qui désirent s'engager individuellement ou l'une à l'égard de l'autre ou des autres, dans un rapport de droit, aient la liberté de se choisir mutuellement. Deux cas se présentent ; le premier concerne les conventions conclues entre des parties non membres d'un même groupe de sociétés (a) et le deuxième concerne les conventions conclues entre sociétés appartenant à un même groupe (b).

a) Conventions hors groupe de sociétés

Pour contracter, la comparaison des trois systèmes juridiques le confirme, il faut être au moins deux³; on ne peut contracter avec soi-même. En assimilant les dirigeants et les associés prépondérants à la société elle-même, situation qui se rapproche du « contrat avec soi-même »⁴, la réglementation en France dispose que les conventions entre ces personnes visées et la société, si elles ne sont pas interdites, donc nulles de plein droit, doivent être autorisées à

1. N. P. Beveridge, *Interested Director Contracts at Common Law*, op. cit., p. 130.

2. *Idem*, p. 131.

3. Condition essentielle de formation d'un contrat : art. 178, COCL : « concours de deux ou plusieurs volontés » ; Ch. Larroumet, *Droit civil*, op. cit., n° 73, p. 70 ; L. Simpson, *Handbook of the Law of Contracts*, op. cit., n° 8, p. 7.

4. Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, op. cit., n° 398, p. 469 ; v. CA Paris, 7 octobre 1997 : RTDC, avril-juin 1998, p. 350, obs. C. Champaud et D. Danet.

l'avance à peine d'être annulées si elles ont eu des conséquences dommageables pour la société.

Certains ont estimé qu' « en théorie, il n'existerait en effet aucun obstacle légal à ce que la convention soit souscrite par une seule et même personne physique, agissant d'une part en son nom personnel, et d'autre part, ès qualités de représentant de la société. La validité des « contrats avec soi-même » ne semble plus aujourd'hui être sérieusement discutée...¹. D'autres ont considéré que dans le contrat avec soi-même il n'y a pas de rencontre évidente de volontés et que cette appellation correspond en fait au cas où la même personne agit en double qualité, moyennant le mécanisme de la représentation². Est-on toujours en présence d'un contrat puisqu'il ne s'agit que d'une seule volonté ?

La position doctrinale dominante est que même si une seule personne agit en double qualité, des rapports de droit peuvent être noués et la validité de principe du contrat avec soi-même est admise³. En effet, « la possibilité » du contrat avec soi-même ne fait aucun doute en droit français. L'exemple d'une convention réglementée est avancé comme preuve d'une telle possibilité⁴. La doctrine reconnaît les dangers pour les intérêts distincts que pose leur détermination par une seule volonté. La prohibition de certains « contrats avec soi-même » et la non reconnaissance de la validité de ces contrats sont précisées dans les textes de loi d'une manière limitative. Ces prohibitions sont édictées dans l'intérêt de la personne physique ou morale représentée. Ces personnes sont les tuteurs quand ils contractent avec eux-mêmes pour le compte de mineurs⁵, ou bien les mandataires, les administrateurs des biens publics, les officiers publics, les curateurs, etc.⁶ Cette prohibition est assouplie par la nécessité d'une autorisation préalable par les dirigeants ou associés des sociétés commerciales quand ils contractent avec eux-mêmes, pour le compte de leurs sociétés. En tout cas, comme on l'a justement souligné, la reconnaissance des contrats avec soi-même est la concrétisation de la prépondérance de la notion d'intérêt sur celle de la volonté des parties⁷.

Aux Etats-Unis, par définition, le *self dealing* est le « *conduct of trustee, as attorney, a corporate officer, or other fiduciary that consists of taking advantage of his position in a transaction and acting for his own interests rather than for the interests of the beneficiaries*

-
1. Escarra et Rault, Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales, op. cit., n° 1425, p. 100.
 2. Ch. Larroumet, Droit civil, op. cit., n° 256 et s., p. 238.
 3. M. Vanhaecke, Les groupes de sociétés, op. cit., n° 325, p. 320.
 4. M. Planiol et G. Ripert, par P. Esmein, Traité pratique de droit civil français, LGDJ, 1952, n° 75.
 5. Art. 450, al.3, ancien C.civ.fr.; un principe assoupli par la suite: art. 508 et art. 509 (4°) nouveaux C.civ.fr.
 6. Art. 378 COCL.
 7. M. Vanhaecke, Les groupes de sociétés, op. cit., n° 327, p. 323.

of the trust, corporate shareholders, or his clients »¹ (la conduite d'un fidéicommissaire, d'un mandataire, d'un dirigeant de société, ou d'autre personne agissant en qualité de fiduciaire qui consiste à abuser de sa position dans une transaction en agissant dans un intérêt personnel plutôt que dans l'intérêt des bénéficiaires du *trust*, des associés personnes morales, ou de ses clients).

Le droit américain des sociétés est suspicieux envers les conventions conclues en *self dealing*, la nature humaine favorisant les intérêts personnels aux dépens de l'intérêt social ; les conventions ne sont pas pour autant prohibées si leurs conséquences sont *fair* pour la société². On assimile les *self dealing on unfair terms*, ou contrats avec soi-même conclus à des conditions inéquitables pour la société, à un *embezzlement* (détournement). Les normes *standards* posées par la jurisprudence pour la reconnaissance des *self dealing* (contrats avec soi-même), sont plutôt incertaines, les textes de loi adoptent les *safe harbor tests* (littéralement, tests de havre sauf), entendre des tests pour s'assurer, sans risque, de la validité d'un contrat avec soi-même quand il a été dûment *approved* (approuvé)³. Ces tests consistent essentiellement à vérifier si une convention conclue, par exemple, par un administrateur avec sa société a été révélée et approuvée par une majorité d'administrateurs, ou d'associés qui sont « *qualified* » (entendre, jouissant du droit de vote), ou si cette convention est *fair* pour la société, même si elle n'a pas été révélée avant sa conclusion⁴. Les principes de *corporate governance* sont un peu plus sévères puisqu'ils requièrent, pour la validité de telles conventions, qu'elles soient complètement révélées (*full disclosure*), avant toute autorisation ou ratification⁵. Les contrats conclus par d'autres dirigeants, *officers and senior executives*, sont aussi considérés comme passés en *self dealing* et sont soumis au même traitement que ceux conclus par les *directors* (administrateurs)⁶.

La tendance jurisprudentielle est en faveur de l'approche du RMBCA, à savoir l'approbation du *self dealing* même si la convention n'a pas été régulièrement approuvée par

-
1. The Free Dictionary by Farlex : Encycloedia; the free dictionary.com/self-dealing; v. aussi HMG/ Courtland Properties, Inc. v. Gray, 12 juillet 1999: 1999 Del. Ch. LEXIS 149, HN2 ; 749 A. 2d 94, 117 (Del. 1999).
 2. L. Solomon et A. Palmiter, Corporations, op. cit., § 13.2, p. 224 ; comp. pour un rapprochement dans ce sens entre les dispositions de l'art. L. 225-42 C.com.fr. (SA) et art. L. 225-90 C.com.fr. (SACS) d'une part et la position du droit américain de l'autre en ce que toute conséquence préjudiciable à la société lui est « unfair » (inéquitable), et entraîne en conséquence l'annulation de la convention.
 3. Idem, § 13.4, p. 231.
 4. § 8.61 (b) RMBCA, p. 50.
 5. § 5.02 (a) ALI PCG., vol.1, partie V, p. 209.
 6. Idem.

l'organe social compétent, à condition qu'elle soit *fair* pour la société¹. L'indépendance des parties qui négocient est le critère principal du *fair dealing*.

Comme nous l'avons mentionné plus haut, dans les cas de *self dealing*, l'obligation qui pèse sur les dirigeants se transforme d'une obligation de diligence (*duty of care*) en une obligation de loyauté (*duty of loyalty*), entraînant un renversement de la charge de la preuve².

b) Conventions intra-groupe de sociétés

L'application des principes généraux du droit civil aux personnes morales concrétise la personnification de cette personne morale et constitue en quelque sorte une garantie complémentaire d'une meilleure protection de l'intérêt social. Les conventions requièrent la rencontre de deux volontés au moins. Mais qu'en est-il de la volonté des personnes morales quand deux sociétés appartenant à un même groupe sont appelées à contracter ensemble ? Est-ce que leur liberté est appréciée de la même manière que dans le cas de deux personnes physiques ?

Il serait inexact de dire que la volonté d'une filiale à part entière, dont le capital est détenu à 100% par une société mère, ou celle d'une filiale contrôlée par cette société mère, ou celle de deux sociétés sœurs appartenant à une même société mère, ou ayant une majorité de dirigeants en commun, qui a chacune une personnalité morale distincte, est en réalité totalement indépendante de celle de l'autre. Autrement, on commettrait un abus de la théorie de l'autonomie de la personnalité morale et de son indépendance (ou autonomie fictive dans ce cas), pour défendre une distinction entre les volontés respectives des personnes morales en question. En effet, chacune de ces sociétés serait dans une situation de contrat avec soi-même.

Encore plus, l'un des effets fondamentaux de la liberté contractuelle est qu'on n'est pas obligé de contracter ; nul ne peut être forcé à s'engager dans un rapport contractuel s'il ne le veut pas. Or, les relations économiques qui sont nouées au sein d'un groupe font que, dans beaucoup de cas, des sociétés du groupe sont obligées de contracter, indépendamment de leur volonté et de l'intérêt que porte une convention à la société concernée. C'est l'intérêt du groupe qui compte en définitive. La volonté est le «complément nécessaire de l'intérêt»³. En d'autres termes, une personne qui n'a pas un intérêt dans la conclusion d'une convention

1. S. Emanuel, Corporations, op. cit., p. 197; HMG/ Courtland properties Inc. v. Gray, préc., HN6; Hadden v. Krevit, 30 mars 1982: 1982 Conn. LEXIS 479; 186 Conn. 587; 442. A. 2d 944 (1982).

2. Cookies Food Products, Inc. v. Lakes Warehouse Distributing, Inc., 19 octobre 1988: 1988 Iowa Sup. LEXIS 269; 430 N.W. 2d 447 (Iowa 1988).

3. M. Vanhaecke, Les groupes de sociétés, op. cit., n° 321, p. 314.

particulière ne devrait pas la conclure. Dans les groupes de sociétés, cet intérêt peut très bien n'exister que dans le groupe vu en tant qu'entité économique, même dépourvue d'une personnalité morale propre.

Aux Etats-Unis, les conventions entre une société mère et une filiale sont considérées comme des contrats avec soi-même, qui peuvent mettre les intérêts des actionnaires minoritaires en péril. Leur *fairness* doit être établi selon des critères plus stricts que ceux adoptés si une obligation fiduciaire n'existait pas. Cette obligation, c'est celle des actionnaires majoritaires (la société mère) à l'égard des actionnaires minoritaires de la filiale¹. Il s'agit, pour cet exemple de contrat avec soi-même, de prouver que la transaction a eu lieu comme si l'influence de la société mère n'existait pas (*arm's length dealing*)², et que les actionnaires majoritaires n'ont pas tiré un *benefit* (avantage) de la convention au détriment des actionnaires minoritaires³.

2. Limites quant à l'objet de la convention

Dans leur énumération des conditions de validité des contrats, les droits libanais, français et américains requièrent que l'objet du contrat soit licite⁴ (*lawful*). En principe, et sous cette unique réserve, les parties contractantes sont libres de conclure des conventions pour la réalisation de tout objet qu'elles jugent opportun. En interférant dans les conventions réglementées, la loi a justement posé de nouvelles conditions à l'exercice normal de cette liberté contractuelle.

La situation ne se présente pas de la même manière selon que les conventions sont conclues hors groupe de sociétés (a) ou intra-groupe de sociétés (b).

a) Conventions hors groupe de sociétés

L'exemple le plus frappant de la prohibition d'une convention ayant un objet parfaitement licite est bel et bien celui des conventions interdites ou prohibées⁵. Le législateur, toujours soucieux de préserver l'intérêt social, est allé jusqu'à créer, quoique par déduction, une certaine présomption que des opérations liées au crédit de la société et portant sur des

1. Sterling v. Mayflower Hotel Corp., 18 novembre 1952: 1952 Del. LEXIS 123; 93 A 2d 107 (Del. 1952); Merritt H. v. Colonial Foods, Inc.: 1986 Del. Ch. LEXIS 364; Del. Ch. 505 A. 2d 757 (1986).

2. S. Emanuel, Corporations, op. cit., p. 463.

3. Sinclair Oil Corp. v. Levien, 18 juin 1971; préc.

4. Art. 189 COCL ; art. 1832 C.civ.fr; L. Simpson, Handbook of the Law of Contracts, op. cit., § 8, p. 7: « The object of the contract must be a lawful one ».

5. Art. 158, al.5, C.com.lib.; art. L. 225-43, al. 1 et 3, C.com.fr. (SA); art. L. 225-91, al. 1. et 2, C.com.fr. (SACS); art. L. 223-21, al. 1 et 2, C.com.fr. (SARL), et art. L. 227-12, C.com.fr. (SAS).

emprunts ou des découverts, des cautions ou d'avals consentis par la société à ses associés, ou à ses dirigeants, sont toujours préjudiciables à la société et doivent par là-même être prohibées. Ces limites au pouvoir de contracter, assouplies dans des cas précis¹, sont une preuve vivante de la primauté qu'accorde la loi à l'intérêt social sur la volonté des parties contractantes. La licéité de l'objet d'une convention ou sa moralité n'est pas suffisante pour valider une convention interdite.

Aux Etats-Unis, où les conventions à caractère purement financier ne sont pas interdites de plein droit², la loi ne semble pas avoir posé des limites au pouvoir de contracter pourvu que l'objet de la convention ne soit pas illicite.

b) Conventions intra-groupe de sociétés

Les parties contractantes sont normalement libres de choisir les dispositions et, en particulier, l'objet de leur convention. Dans un processus de négociation, ces parties jouissent du droit d'équilibrer leur convention en tenant compte de leurs volontés et intérêts respectifs. La situation est différente dans les groupes de sociétés où ce droit leur est souvent interdit par la volonté de la société prédominante du groupe, normalement la holding commune, qui fait des filiales lui appartenant de simples instruments juridiques pour réaliser un objectif suprême aux dépens, bien entendu, de l'autonomie et des intérêts de ces filiales. La liberté de contracter de ces dernières, dans le choix de l'objet et même de l'opportunité d'une convention, se trouve fortement restreinte.

Les conventions à caractère financier qui sont en principe interdites quand elles interviennent entre la société et l'un de ses associés prédominants ou dirigeants, sont valables quand elles sont conclues entre des sociétés membres du groupe ou sociétés-administrateurs et les sociétés de référence, en raison de leur importance pour la viabilité des filiales. Ces dernières sont aussi normalement étroitement dépendantes de la trésorerie centrale du groupe. Ces conventions sont aussi normalement concentrées au sein de la société mère holding, ou dans une société spécialisée du groupe qui gère sa trésorerie et celle de ses filiales, mais qui est totalement tributaire de la politique de gestion au niveau de la direction générale du groupe.

-
1. Quand la société dont l'intérêt à protéger est une banque et que l'opération rentre dans le cadre de ses opérations habituelles. (art. 158, al. 5, C.com.lib.); quand la société dont l'intérêt à protéger est un établissement de crédit et quand les opérations sont courantes et conclues à des conditions normales ou quand elles sont justifiées par une loi (art. L. 313-1 Code de la construction et de l'habitation fr.) ; art. L. 225-43, al. 2 et 4, C.com.fr. (SA) et art. L. 225-91, al. 3 et 4, C.com.fr. (SACS), et art. L. 223-21, al. 3, C.com.fr. (SARL).
 2. V. supra, Conventions interdites, pp. 133 - 135.

Les opérations financières en compte courant entre sociétés d'un même groupe sont fréquentes et nécessaires ; de même les conventions de « gestion d'un pool de trésorerie, cautions, avals ou garanties, lettres d'intention et de confort, abandons de créances, ...prêts sans intérêt »¹.

§2 Exceptions aux principes généraux du droit des sociétés

Le principe de la liberté contractuelle et statutaire est aussi un principe de base dans le droit des sociétés. Ce principe a quand même été déploré comme n'étant plus qu'une « ruine »².

Les limites posées à la liberté contractuelle et au pouvoir de contracter auraient été insuffisantes et incomplètes si elles n'avaient pas été complétées par des exceptions à des principes généraux du droit des sociétés. Ces exceptions tracent des limites à certains pouvoirs des organes sociaux (A) et à l'exercice par les dirigeants et les associés de certains de leurs droits (B).

A. Limites aux pouvoirs des organes sociaux

Les organes sociaux ont des compétences et une hiérarchie bien déterminée ; ils exercent les pouvoirs que leur confèrent leurs attributions. La réglementation des conventions réglementées impose des limites aux attributions des dirigeants (1.) et aux pouvoirs des associés (2.).

1. Limites aux attributions des dirigeants

Les attributions des dirigeants et les pouvoirs qui y sont attachés constituent l'outil de travail de l'organe social qui en est titulaire. La loi prescrit le plafond de ces pouvoirs dans un respect de la hiérarchie des organes sociaux et du principe de la spécialité de chacun de ces organes. De plus, quand l'occasion se présente, dans le cas des conventions réglementées par exemple, des contraintes particulières viennent limiter provisoirement l'exercice des attributions reconnues aux membres de ces organes, associés ou dirigeants. Cette limitation, de nature exceptionnelle, disparaît une fois l'acte, fut-il une délibération ou une convention, en fonction duquel elle a été édictée, est conclu. Les associés ou les dirigeants reprennent l'exercice de leurs attributions aussitôt après.

Nous allons étudier ces limites dans les sociétés anonymes (a) et dans les sociétés à responsabilité limitée (b).

1. Ph. Merle, Les conventions au sein des groupes, op. cit., p. 49.

2. CA Paris, 17 septembre 1993: JCP, 1994, I, 3795, n° 1, p. 447, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain.

a) Sociétés anonymes

Le conseil d'administration dans les sociétés anonymes libanaises et françaises est l'organe social dirigeant le plus puissant; il l'est encore plus aux Etats-Unis¹.

Le droit libanais confère au conseil d'administration les pouvoirs les plus étendus pour exécuter les décisions de l'assemblée générale et faire toutes les opérations que comporte le fonctionnement normal de l'entreprise et qui ne sont pas à considérer comme des affaires courantes. Ces pouvoirs n'ont d'autres limitations ou restrictions que celles édictées par la loi ou les statuts sociaux². Ces dispositions prêtent aux deux interprétations suivantes, dans le cadre de l'appréciation des pouvoirs du conseil d'administration en matière de conventions réglementées qui, à notre sens, sont permises, en dépit du principe de la spécialité des organes sociaux. Il est vrai que l'art. 158 C.com.lib., consacré aux conventions réglementées, a expressément réservé à l'assemblée générale la tâche d'autoriser les conventions. Ces interprétations sont faites pour une meilleure comparaison avec la situation en droit français et en droit américain, sans que l'auteur de cette thèse ne change son avis quant à l'inopportunité de la procédure française de contrôle à deux temps.

La première est que le conseil d'administration en droit libanais est, bien que la loi ne fasse peser sur lui aucune obligation spécifique d'autoriser une convention réglementée à l'avance, habilité à autoriser la conclusion d'une convention entre un administrateur et la société, parce qu'une telle convention n'est pas une opération courante et de ce fait, ne peut être autorisée par les mandataires sociaux, autres dirigeants exécutifs ou titulaires de pouvoirs sociaux.

La deuxième interprétation, plus restrictive, est inspirée de la limitation des pouvoirs du conseil, exprimée par la dernière phrase de l'art. 157 C.com.lib., et qui ne permet pas au conseil de conclure ou faire conclure une convention si des limitations ou restrictions sont édictées par la loi ou les statuts sociaux. Or, l'article 158 C.com.lib. ne prévoit aucun rôle pour le conseil d'administration dans le processus d'autorisation d'une convention, autre que la préparation d'un rapport spécial sur les conventions à soumettre à l'approbation de l'assemblée. Le droit libanais ne semble pas considérer l'autorisation d'une convention comme un acte de gestion qui entre dans la compétence du conseil d'administration.

1. Où le pouvoir de l'assemblée semble être limité, du moins en ce qui concerne sa participation à la gestion sociale.

2. Art. 157, al.1, C.com.lib.

L'art 157 C.com.lib. ouvre donc la voie à une protection statutaire supplémentaire de l'intérêt social contre les abus des administrateurs en matière de conventions réglementées. Les statuts peuvent prévoir, par exemple, qu'une convention à conclure entre un administrateur et la société doit être autorisée au préalable par le conseil et interdire que cette question soit portée à l'ordre du jour d'une réunion de l'assemblée générale avant d'avoir été autorisée par le conseil¹. Les statuts peuvent aussi suppléer la carence du droit libanais, qui ne désigne comme personnes visées par la réglementation que les administrateurs, faisant ainsi échapper les associés et les autres dirigeants au contrôle spécial des conventions.

En droit français, les attributions du conseil d'administration sont larges et de portée étendue. Le conseil « détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre... »². Quant au conseil de surveillance, il « exerce le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire »³ et est doté d'attributions particulières qui permettent son intervention dans la « gestion interne » de l'entreprise⁴.

Le président du conseil d'administration d'une société française, avec son statut redéfini par la loi NRE du 15 mai 2001, est désormais le représentant et le porte-parole du conseil d'administration et, si sa fonction est cumulée avec celle d'un directeur général, il dispose, en sus de ses pouvoirs de représentation, des pouvoirs de direction du directeur général⁵. De même, les directeurs généraux sont investis « des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société »⁶ et les directeurs généraux délégués par le conseil d'administration, en accord avec les directeurs généraux⁷.

En droit français, contrairement au droit libanais, l'autorisation d'une convention réglementée semble être considérée comme un acte de gestion, la loi confiant expressément au conseil la tâche de la donner. La soumission de la convention à l'approbation de l'assemblée générale, intervenant le plus souvent après sa conclusion, et ne constituant qu'une approbation *a posteriori* ne semble être prescrite que pour parer contre l'abus éventuel du conseil. Cette soumission est en soi une limite aux attributions du conseil dans ce domaine, bien que l'intervention de l'assemblée ne soit pas tellement intimidante.

1. Prière de noter que l'opinion de l'auteur de cette thèse reste de ne donner aucun rôle décisive au conseil d'administration en matière de conventions réglementées. Cette remarque n'est faite ici que dans l'esprit d'un rapprochement comparatif avec le droit français.

2. Art. L. 225-35, al. 1, C.com.fr.

3. Art. L. 225-68, al. 1, C.com.fr.

4. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 452, p. 552.

5. G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain, Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales, op. cit., n° 1688, p. 492.

6. Art. L. 225-56 I, al.1, C.com.fr.

7. Art. L. 225-56 II, al.1, C.com.fr.

Aux Etats-Unis, le conseil d'administration est omnipotent¹. Les pouvoirs de supervision, de direction et de contrôle lui sont attribués². Bien que les administrateurs³ doivent leur existence à l'assemblée générale des actionnaires, ils ne sont pas pour autant les *agents* de ces derniers ; ils ont un statut *sui generis*⁴. L'assemblée générale d'une société anonyme américaine se trouve souvent incapable de résister aux tendances du conseil et à ses décisions. Les conflits qui surgissent entre ces deux organes sociaux sont souvent résolus par recours à la justice, surtout en cas de révocation d'un ou de plusieurs administrateurs. Les *officers* gèrent les affaires *day-to-day* de la société (affaires quotidiennes), ce sont des dirigeants qui remplissent des fonctions exécutives précises.

Tous ces organes de direction ou d'administration de la société sont dotés de pouvoirs d'étendues diverses qui se trouveront limités par la réglementation des conventions.

b) Sociétés à responsabilité limitée

Le gérant d'une société à responsabilité limitée libanaise dispose de « tous les pouvoirs nécessaires pour mener à bien les affaires de la société, sauf stipulation contraire des statuts de la société »⁵. Comme les conventions entre un gérant de SARL et la société ne sont nullement réglementées au Liban, une limitation statutaire peut freiner la cupidité des gérants désireux de s'octroyer un avantage aux dépens de l'intérêt social. L'opposabilité aux tiers de bonne foi d'une telle limitation statutaire reste quand même douteuse.

Le gérant d'une société à responsabilité limitée française dispose dans les rapports avec les tiers des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société, sous réserve des pouvoirs que la loi attribue expressément aux associés⁶... Il a « quasiment les mêmes prérogatives que le directeur général d'une SA »⁷. Ses rapports avec la société et les associés sont déterminés par les statuts. Si les statuts sont silencieux, le gérant peut faire tous actes de gestion dans l'intérêt de la société⁸. Ce qui limite la possibilité pour le gérant de faire

1. 8 § 141 (a) DCLA, p. 26, « The business and affairs of every corporation organized under this chapter shall be managed by or under the direction of a board of directors ».

2. Idem, note B, p. 30.

3. Certains pensent qu'en droit américain les « directors » n'administrent pas, mais dirigent (v. A. Tunc, Le droit américain des sociétés anonymes, op. cit., n° 59 p. 99) ; c'est pourquoi ils traduisent le terme « directors » par « directeurs ». Il nous semble que cet éminent auteur confond avec le statut des « directors » des « limited liability companies » en droit anglais où ceux-ci ont effectivement une certaine autonomie comparé au rôle de l'organe collégial qu'est le conseil d'administration d'une société anonyme.

4. H. Henn et J. Alexander, *Laws of Corporations and Other Business enterprises*, op. cit., n° 207, p. 562.

5. Art. 16, al.2, du décret législatif n° 35 du 5 août 1967.

6. Art. L. 223-18, al. 5, C.com.fr.

7. M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 1045, p. 527.

8. De Juglart et Ippolito, par E. du Pontavice et J. Dupichot, *Traité de droit commercial*, 2^e vol., 2^e partie, n° 888-1, p. 1118.

conclure par la société une convention à laquelle il est personnellement intéressé et qui est préjudiciable à la société.

En droit français, ce n'est que le gérant non associé qui voit sa capacité de conclure une convention avec la société limitée et conditionnée par une autorisation préalable de l'assemblée générale et cela seulement si la société n'a pas un commissaire aux comptes¹. Nous comprenons mal pourquoi le législateur français considère que le gérant associé présente moins de risque pour l'intérêt social, pour qu'il soit ainsi écarté du contrôle *a priori* que constitue l'autorisation préalable de la convention par l'assemblée des associés. Comme nous avons déjà souligné, si la raison est qu'un tel gérant ne peut se permettre de léser l'intérêt social à cause des incidences négatives sur la valeur de ses parts, nous ne pensons pas qu'une telle raison soit solide. Naturellement, si le gérant associé détient une forte majorité du capital, côtoyant son intégralité, il n'a en principe aucun intérêt à conclure des conventions qui pourraient réduire les bénéfices sociaux à moins que des avantages fiscaux, résultant de la défalcation des paiements faits en vertu de la convention, ne viennent réduire substantiellement le bénéfice imposable. Dans d'autres cas, cette justification ne tient pas.

De ce qui précède on déduit qu'en sus des limites générales légalement tracées aux pouvoirs et aux attributions des dirigeants, empêchant le non dépassement de l'objet social, et la violation de la hiérarchie des organes sociaux, ainsi que la violation des statuts, des limites précises sont posées aux attributions des dirigeants, pour protéger l'intérêt social contre les conventions auxquelles les dirigeants peuvent être intéressés.

Cette même préoccupation est valable pour les associés qui sont intéressés à une convention à conclure avec leur société.

2. Limites aux pouvoirs des associés

Les associés exercent leurs attributions et leurs pouvoirs au sein des assemblées générales. Cet organe social prend des décisions collectives et exécutoires, dans la mesure où la tenue des assemblées et la prise des décisions ont été régulières. Les attributions des assemblées générales sont définies². En outre, l'assemblée générale jouit dans certains domaines d'attributions spéciales qui dépassent la compétence du conseil d'administration ;

1. Art. L. 223-19, al. 2, C.com.fr.

2. Art. 193 C.com.lib. (pas très détaillé, assemblée constitutive); art. 196, al. 1, C.com.lib. (assemblée ordinaire); art. 201 C.com.lib. (assemblée extraordinaire); art. L. 225-7, C.com.fr. (assemblée constitutive); art. L. 225-96, al. 1, C.com.fr.(assemblée extraordinaire); art. L.225-98, al. 1, C.com.fr. (assemblée ordinaire).

l'autorisation des conventions entre un administrateur et sa société en droit libanais et son approbation (finale) en droit français en est une¹.

Les principes de démocratie sociale veulent que les associés qui sont titulaires de la majorité du capital social puissent prendre les résolutions qu'ils jugent utiles et nécessaires. Ce principe est tempéré par le souci de ne pas voir la majorité des associés dans une société abuser de son pouvoir aux dépens de la minorité. Pour ce faire, des limites ont dû être mises aux pouvoirs de la majorité quand, par exemple, une décision sur une convention réglementée est soumise à l'assemblée générale. Quant aux actionnaires minoritaires, auxquels la loi reconnaît le pouvoir de dire non, ils ne peuvent non plus abuser de ce pouvoir. C'est la loi et la jurisprudence qui sont venues limiter leur faculté de bloquer des décisions qui sont autrement bénéfiques à la société.

La limitation du pouvoir de la majorité (a), ainsi que celle de la minorité de blocage (b) seront successivement analysées.

a) Pouvoir de la majorité

En principe, c'est la loi de la majorité qui régit le fonctionnement de l'assemblée générale des associés. Les associés sont invités à assister aux réunions de ces assemblées, à participer aux délibérations et à voter sur des projets de résolutions. La conception théorique de la société peut être envisagée comme étant un contrat, où le droit de vote est considéré comme « un droit subjectif destiné à défendre les intérêts propres de son titulaire », ou bien une institution, où « le droit de vote sera essentiellement perçu comme une fonction, visant à satisfaire l'intérêt du groupement »².

Nous favorisons la conception institutionnelle des sociétés de capitaux qui à notre avis s'adapte mieux à la théorie dite maximaliste de la nature juridique de l'intérêt social, étant celui de l'entreprise vue dans sa globalité et au sein de laquelle les actionnaires

1. E. Tyan, *Droit commercial*, Tome 1, op. cit., n° 656, p. 752 ; art. 158, al.1, C.com.lib.; art. 225-40, al. 2, C.com.fr. (SA) ; art. 225-88, al. 2, C.com.fr. (SACS).

2. P. Ledoux, *Le droit de vote des actionnaires*, op. cit. Cet auteur se prononce en faveur de la théorie contractuelle de la société et trouve que l'exercice du droit de vote étant facultatif, ce droit s'apparente plus à la catégorie des droits subjectifs exercés dans l'intérêt individuel d'un associé en plus du fait que la conception contractuelle a été prévue par le Code civil : art. 1832, al. 1, C.civ.fr. D'autres auteurs ont adopté l'approche institutionnelle parce qu'ils trouvent qu'il « est difficile d'admettre que la loi de la majorité se fonde sur le contrat » puisqu'elle permet, entre autres, de modifier le pacte social contre la volonté des associés minoritaires », chose qui n'est pas possible dans un contrat dont la modification requiert l'unanimité des contractants : v. P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 267, p. 172 ; Ruellan, *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, thèse, Paris 2, 1997, dir. F. Terré.

« contractants », au sens des adeptes de la théorie contractuelle, ne sont qu'une des composantes.

Normalement, les votes exprimés par une majorité des associés, qualifiée ou non, l'emportent, réserve faite des cas très limités où une unanimité des votes est requise. C'est le cas du changement de la nationalité d'une société¹ ou de l'augmentation des engagements des associés².

Les fonctions de l'assemblée générale aux Etats-Unis, dans la vie normale d'une société de grande taille, ne semblent pas être proportionnelles à la souveraineté de cet organe. Elles ont été jugées comme « extrêmement modestes »³. La question de savoir si la majorité des associés d'une société américaine peut augmenter les charges des actionnaires n'est pas tranchée⁴. La réglementation des conventions apporte une importante variante à cette notion de majorité en limitant son pouvoir dans des cas précis, notamment dans le cas où le titulaire du droit au vote est intéressé à une convention soumise à l'approbation de l'assemblée. Cette majorité se trouve alors diminuée, comme nous le verrons un peu plus loin⁵, puisqu'elle ne peut plus être composée de tous les actionnaires qui l'auraient formée en l'absence d'une convention réglementée. En effet, la propriété de la fraction prépondérante du capital social par les actionnaires majoritaires n'équivaut plus dans ce cas au pouvoir de décision déterminant dans une assemblée générale. La majorité requise pour l'approbation d'une convention réglementée est différente de la majorité du capital social.

Les actionnaires aux Etats-Unis interviennent dans la vie sociale, en agissant collectivement en assemblée générale, sur deux plans essentiels : le premier, en *electing and removing directors* (élisant et révoquant des administrateurs) ; et le second, quand il s'agit d'approuver des *fundamental or non-ordinary changes* (changements fondamentaux ou non ordinaires)⁶. Les pouvoirs des actionnaires se manifestent dans la sélection des administrateurs, les modifications des statuts, les opérations de réorganisation ou de restructuration du capital, les fusions, les actes de disposition d'une partie substantielle du

-
1. Art. 201 C.com.lib.; v. E. Tyan, Droit commercial, tome 1, op. cit., n^{os} 663 et 664, pp. 759 et 760 ; art. L. 223-30, al.1, C.com.fr. (SARL) ; art. L. 225-97 C.com.fr. (SA). Ce dernier ne mentionne pas expressément la condition de l'unanimité ; seulement la doctrine le déduit ; v. P. Le Cannu et B. Dondero, Droit des sociétés, op. cit., n^o 429, p. 274 ; quand le pays d'accueil a conclu une convention à cette fin ; Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n^o 87, p. 120. En droit américain, l'unanimité n'est pas prévue par la loi mais peut l'être dans les statuts.
 2. M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, Droit des sociétés, op. cit., n^o 327, p. 186 ; Ph. Merle, Droit commerciale, Sociétés commerciales, op. cit., n^o 489, pp. 591 et 592.
 3. A. Tunc, le droit américain des sociétés anonymes, op. cit., n^o 72, p. 142.
 4. H. Lepargneur, Les sociétés commerciales aux Etats-Unis d'Amérique, op. cit., p. 234
 5. V. infra, Interdiction de voter – Dans les réunions de l'assemblée, pp. 343 et s.
 6. S. Emanuel, Corporations, op. cit., p. 49.

fonds social et, dans certains Etats, la ratification des conventions conclues entre un dirigeant et la société.

Les limites à l'exercice des pouvoirs des actionnaires majoritaires en droit américain sont posées dans l'intérêt de la société. Les actionnaires dominants ou *controlling shareholders* sont définis comme étant « ... *an individual or a parent corporation* » ayant « *enough voting shares to determine the outcome of shareholder voting* »¹ (une personne physique ou une société mère disposant d'actions à droit de vote qui sont suffisantes pour déterminer le résultat d'un vote d'actionnaires). Les principes de gouvernement d'entreprise, *ALI Principles of Corporate Governance*, donnent des actionnaires dominants une définition plus large. A « *controlling shareholder* » est l'associé qui, seul ou en concert avec une ou plusieurs autres personnes, dispose de droits de vote supérieurs à 50% du total des votes ; ou celui qui exerce une influence contrôlante (*controlling influence*) sur la gestion ou sur les politiques de la société. Cette *controlling influence* est présumée quand cette personne, seule ou en concert avec d'autres, dispose de plus de 25% des droits de vote, à moins qu'un autre associé ne dispose d'une fraction plus grande².

b) Pouvoir de la minorité de blocage

Si la loi offre aux actionnaires minoritaires une protection contre les décisions intempestives des majoritaires, en leur permettant de bloquer des décisions sociales, elle les empêche toutefois d'abuser de ce droit en recourant à des oppositions abusives dans un intérêt autre que celui de la protection de l'intérêt social et leurs propres intérêts légitimes. Comment tracer la frontière entre l'exercice légitime par un associé minoritaire de son droit et les limites de cette légitimité au-delà desquelles un abus est commis. Les actionnaires minoritaires acquièrent un pouvoir de décision véritable quand il s'agit d'une résolution soumise à l'assemblée générale qui requiert une majorité renforcée qui ne peut être obtenue sans leur vote affirmatif; ou si les actionnaires majoritaires sont privés momentanément de l'exercice du droit de vote en raison de l'intérêt personnel qu'ils ont dans la résolution à voter, tel le cas des conventions à conclure avec la société auxquelles ils peuvent être intéressés.

Qui dit pouvoir dit tout naturellement possibilité d'abus. En effet, il convient de poser des limites à l'exercice par une minorité d'actionnaires de son pouvoir au sein d'une assemblée générale quand leur opposition lèse l'intérêt social. Ainsi, quand un ou plusieurs associés

1. L. Solomon et A. Palmiter, *Corporations*, op. cit., § 17.1, p. 279.

2. § 1.10 (a) *ALI PCG*, vol.1, partie I, p. 14.

minoritaires votent contre une résolution¹, ou s'abstiennent de voter en sa faveur, quand elle est soumise à l'assemblée générale (en général, une modification des statuts)², dans un but « purement obstructif, étranger à la considération de l'intérêt social »³, la décision qu'ils prennent est annulée. En effet, quand un associé minoritaire vote contre une résolution pour satisfaire un intérêt personnel opposé à l'intérêt commun des actionnaires, on est en présence d'une opposition abusive⁴. Ces oppositions à des opérations qui sont essentielles pour la survie ou la prospérité de la société⁵ mettent les intérêts personnels des actionnaires minoritaires opposants face à face avec l'intérêt social lésé. La qualification d'opérations comme étant des opérations essentielles est faite d'une manière relativement stricte afin de conserver aux minoritaires une marge de manœuvre acceptable. En effet, l'opposition systématique n'est considérée comme abusive que si elle est faite par un minoritaire dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de ceux de la société⁶, en leur permettant de s'opposer à la majorité des résolutions que les majoritaires entendent prendre. Pour éviter que les associés minoritaires ne profitent injustement de leur pouvoir de vote, quand les associés majoritaires intéressés ne peuvent pas voter sur une convention soumise à l'assemblée, les associés majoritaires peuvent se retirer de la séance, provoquant un défaut de quorum empêchant ainsi les associés minoritaires de voter. L'art. L. 225-38 C. com. fr. ne frappent pas les actionnaires intéressés d'une interdiction du calcul dans le quorum, ce qui rend leur présence indispensable à la prise régulière d'une décision sur une convention réglementée. Une autre solution serait de prévoir dans les statuts de la société des critères précis pour l'identification des « opérations essentielles », faisant ainsi échapper cette question à l'interprétation arbitraire des associés minoritaires.

Il semble que les SARL, « sociétés fermées », présentent des occasions fréquentes à la pratique de l'opposition abusive par des associés minoritaires⁷. Ces derniers ne sont toutefois pas tenus de voter pour l'adoption d'une résolution qui est contraire à leur intérêt personnel. Même si l'attitude du minoritaire est issue d'un certain égoïsme, il n'en reste pas moins qu'elle est légitime tant que l'intérêt social est préservé⁸.

1. C'est la cas de l'abus positif ; v. Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, op. cit., n° 581, p. 722.

2. *Idem* : abus négatif.

3. E. Tyan, *Droit commercial, Tome 1*, op. cit., n° 655, p. 751.

4. D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, op. cit., n° 390, p. 381.

5. Cass. com., 9 mars 1993 : Bull. Joly, janvier 1993, § 152, p. 537, note P. Le Cannu ; v. aussi D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, op. cit., n° 393, p. 384.

6. M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, n° 386, p. 218 ; Cass. com., 18 juin 2002 : JCP E, 2002, n° 1556, p. 1728, note A. Viandier.

7. P. Le Cannu et B. Bondero, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 1343, p. 865.

8. D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, op. cit., n° 400, p. 393.

Dans des cas rares, la jurisprudence aux Etats-Unis est allée aussi loin que de faire peser une obligation fiduciaire sur les associés minoritaires d'une société envers les autres associés, quand les premiers jouissent de droits de vote suffisants pour leur permettre de bloquer des décisions sociales. Le pouvoir de ces associés minoritaires peut être neutralisé si un vote particulier s'opposant aux orientations des associés majoritaires est dicté non dans l'intérêt social mais pour des considérations personnelles, rejoignant ainsi le droit français, et même le dépassant en retenant les cas où le vote des minoritaires manifeste une hostilité à l'égard des autres associés¹. Cette position, comparable à celle du droit français, en est légèrement différente quant aux parties à protéger contre l'abus des minoritaires. Une opération litigieuse peut être conforme à l'intérêt social sans qu'elle le soit nécessairement à l'intérêt commun des associés².

B. Limites à l'exercice de certains droits

Les dirigeants, notamment les administrateurs de sociétés anonymes, ainsi que les associés, agissant collectivement en tant qu'organes sociaux, prennent des décisions collectives. La prise de ces décisions nécessite que des réunions soient tenues, que des délibérations aient lieu et qu'au final, des résolutions soient soumises au vote. Ce processus nécessite, pour aboutir, la réunion de deux conditions importantes et indispensables pour qu'une résolution soit considérée comme régulièrement prise.

La première condition, c'est le quorum, ou le nombre minimum d'administrateurs, dans les réunions du conseil d'administration, ou des membres du conseil de surveillance ou, dans les réunions des assemblées générales, d'actions/ parts avec droit de vote, requis pour que la tenue d'une réunion de l'organe social délibérant concerné soit considérée comme régulière. Le droit qui revient à un administrateur d'assister à la réunion du conseil et, par ce fait, de contribuer à la constitution du quorum légal, fait partie intégrante de son statut. Etant membre d'un organe social collégial, sa présence aux réunions du conseil et sa participation au vote sont d'un grand intérêt pour la société. De même, pour les associés titulaires d'actions ou de parts sociales, leur présence aux réunions de l'assemblée générale et leur vote sur les résolutions soumises à cette dernière est un droit inhérent à leur qualité d'associé. La deuxième condition c'est celle de la majorité, ou le nombre minimum de voix exprimées lors d'une réunion de l'organe social pour qu'une décision puisse être prise.

1. S. Emanuel, *Corporations*, op. cit., p. 164; *Smith V. Atlantic Properties, Inc.*: 422 N.E. 2d 798 (App. Ct. Mass. 1981).

2. D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, op. cit., n° 14, p. 22.

Le droit de vote est la garantie de l'intérêt pécuniaire d'un associé dans la société¹, un des aspects de sa participation à la vie sociale. L'exercice des droits susmentionnés, à savoir être présent à une réunion de l'organe social, être calculé dans le quorum et voter connaît, sous la réglementation des conventions, des limites précises qui, tout en constituant des exceptions légales au droit des sociétés, présente l'avantage d'être une garantie pour la protection de l'intérêt social et la prévention des conflits avec les intérêts personnels des dirigeants ou associés intéressés à une convention.

En effet, les dirigeants intéressés et les actions et parts des associés intéressés à une convention ne sont pas comptés pour le calcul du quorum légal (1). De même, une interdiction de voter frappe ces dirigeants et associés quand il s'agit d'une convention à laquelle ils sont intéressés (2).

1. Interdiction du calcul dans le quorum

Cette interdiction est donc prescrite aussi bien pour les réunions du conseil (a) que pour les réunions de l'assemblée générale (b).

a) Dans les réunions du conseil

L'art. 158 C.com.lib., qui n'accorde aucun rôle d'autorisation des conventions au conseil d'administration, n'a pas évoqué la question du calcul de l'administrateur intéressé dans le quorum, peut-être à cause de l'absence de ce rôle. Cette carence dans le texte n'est pas justifiée; et la loi a expressément confié au conseil d'administration un autre rôle relatif aux conventions, à savoir la soumission à l'assemblée générale d'un rapport spécial sur les conventions². Or, la préparation de ce rapport suppose la réunion du conseil pour le rédiger ou du moins pour approuver son texte, si sa rédaction est confiée à d'autres personnes.

Comme l'administrateur intéressé peut assister à la réunion, il peut facilement exercer son influence au cours des délibérations du conseil sur le rapport spécial. C'est pourquoi le législateur libanais aurait dû interdire à l'administrateur intéressé d'être compté dans le quorum de la réunion³ qui statue sur le rapport spécial.

Le droit français est silencieux sur le point du calcul de l'administrateur intéressé à une convention dans le quorum de la réunion du conseil. L'interdiction ne semble frapper que le droit de vote⁴. Ceux qui sont visés par l'interdiction sont soit l'actionnaire, soit l'actionnaire

1. A. Tunc, Le droit américain des sociétés anonymes, op. cit., n° 87, p. 153

2. Art. 158, al. 3, C.com.lib.

3. V. projet de refonte de l'art. 158. C.com.lib., à l'annexe n° 2.

4. Art. L. 225-40, al. 1, C.com.fr. (SA); art. L. 225-88, al. 1, C.com.fr. (SACS).

qui est aussi un administrateur de la société, et non pas l'administrateur qui n'est pas actionnaire. En d'autres termes, ce texte semble du moins tolérer que l'administrateur intéressé soit compté dans le quorum. De ce qui précède, nous déduisons que le calcul de l'administrateur intéressé dans le quorum n'affecte ni la régularité de la réunion du conseil ni celle de la décision d'autorisation de la convention qui lui est soumise. Certains auteurs ont toutefois estimé qu'en dépit du silence du texte, l'administrateur intéressé ne doit pas être compté dans le calcul ni du quorum ni de la majorité¹.

Par contre, aux Etats-Unis, cette interdiction est nuancée. La présence d'un administrateur à une réunion du conseil (ou d'un comité du conseil) appelée à statuer sur une convention à laquelle il est intéressé, ou même son calcul dans le quorum légal de la réunion, n'entraîne pas la nullité de plein droit de la convention autorisée ou approuvée, ou ouvre la voie à son annulation de ce seul fait, si l'intérêt personnel a été révélé ou est déjà connu du conseil ou du comité du conseil et est établi dans le procès-verbal de la réunion. Cette position constitue un revirement de l'ancienne position du *common law* qui ne permettait pas aux administrateurs ayant un intérêt dans une convention d'être compté dans le calcul du quorum de la réunion du conseil qui doit l'autoriser. Des décisions comptant l'administrateur dans le quorum étaient annulées et déclarées irrégulières et sans effets².

De nos jours, les « *Common or interested directors may be counted in determining the presence of a quorum at a meeting of the board of directors or a committee which authorizes the contract or the transaction* »³ (administrateurs communs ou intéressés peuvent être comptés pour la détermination de la présence d'un quorum à une réunion du conseil d'administration ou d'un comité qui autorise le contrat ou la transaction). Le quorum légal ou statutaire pour la réunion du conseil n'est donc pas applicable puisque même si la majorité des membres qui constituent ce quorum est intéressée à la convention⁴, la réunion peut avoir lieu. En d'autres termes, même si un administrateur intéressé est présent à une réunion, son calcul dans le quorum n'affecte pas la régularité de la décision, si les autres administrateurs non intéressés sont suffisamment nombreux pour constituer un quorum.

1. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 401, p. 476.

2. Weiss Medical Complex, Ltd v. Kim, 25 juin 1980: 1980 Ill. App. LEXIS 3387; 408 N.E. 2d 959 (Ill. 1980).

3. 8 § 144 (b) DCLA, p. 43.

4. 8 § 144 (a) (1) DCLA, p. 42.

b) Dans les réunions de l'assemblée

Aucune disposition en droit libanais ne restreint le droit d'un associé, quand bien même intéressé à une convention soumise à l'autorisation de l'assemblée générale, de faire calculer ses actions dans le quorum de la réunion de cette assemblée. Par contre, les actions ou parts d'un associé ne sont pas comptés pour le calcul du quorum de la réunion d'une assemblée générale qui statue sur l'approbation de la convention conclue à laquelle cet associé est intéressé¹, ou sur la couverture de la nullité d'une telle convention conclue sans avoir respecté la procédure d'autorisation préalable². Le texte réglementant les conventions réglementées dans les sociétés par actions simplifiées³ ne semble pas interdire le calcul des associés dans le quorum de l'assemblée qui statue sur le rapport des commissaires aux comptes sur les conventions. A notre avis et à moins que la société ne soit une SAS unipersonnelle, il faut qu'une telle interdiction s'applique.

Aux Etats-Unis, la situation pour l'actionnaire intéressé est similaire à celle de l'administrateur intéressé. Les actions détenues par un actionnaire intéressé ne sont pas des « *qualified shares* » pour les besoins du calcul du quorum dans une assemblée générale et sa présence à la réunion n'affecte pas ce quorum tant que d'autres actionnaires non intéressés présents le constituent⁴. En outre, l'actionnaire, qui est aussi administrateur, et qui a un *conflicting interest* dans la convention doit, avant la réunion, informer le secrétaire de l'assemblée (ou toute autre personne chargée de compter les scrutins) du nombre et de l'identité des personnes titulaires de droits de vote attachés aux actions que cet administrateur détient⁵.

Les associés des *limited liability companies* (SARL) aux Etats-Unis, n'étant pas soumis aux mêmes contraintes que les actionnaires de sociétés anonymes, à moins que les statuts ne limitent leur faculté d'agir et de contracter avec leur société, peuvent très bien conclure avec elle tous genres de conventions. De même, si les statuts prévoient la nécessité d'une autorisation préalable de ces conventions par l'assemblée des associés, sans pour autant interdire le calcul des parts des associés intéressés dans le quorum de la réunion de l'assemblée concernée, ces parts seront alors comptées dans ce quorum⁶.

1. Art. L. 225-40, al. 4, C.com.fr. (SA); art. L. 225-88, al.4, C.com.fr. (SACS); art. L. 223-19, al. 1, C.com.fr. (SARL).

2. Art. L. 225-42, al. 3, C.com.fr.

3. Art. L. 227-10, C.com.fr. (SAS).

4. § 8.63 (b) et (c) RMBCA, p.51.

5. Idem, § 8.63 (d), p. 51.

6. 6 § 18-107 DCLA, p. 395.

2. Interdiction de voter

Le législateur n'a pas hésité à défendre l'intéressé de participer au vote sur l'autorisation ou l'approbation d'une convention qu'il compte conclure avec la société. Cette interdiction frappe aussi bien l'administrateur dans les réunions du conseil d'administration, le membre du conseil de surveillance dans les réunions de ce conseil (a), que l'associé dans les réunions de l'assemblée (b).

a) Dans les réunions du conseil

L'interdiction de voter imposée aux dirigeants intéressés en droit français, et plus particulièrement aux administrateurs, est « destinée à empêcher qu'ils influencent la décision du conseil dans un sens défavorable aux intérêts sociaux »¹.

Comme dans le cas du quorum, cette question ne se pose pas au Liban, le conseil d'administration n'ayant pas à se réunir pour voter sur l'autorisation d'une convention. Notre commentaire sur la réunion du conseil pour préparer ou approuver le rapport spécial, avant sa soumission à l'assemblée générale, est valable ici. Nous pouvons imaginer des cas où l'administrateur d'une société anonyme libanaise, forcément actionnaire, en raison de l'obligation de détenir au moins les actions de garantie imposée par la loi², est tenu de s'abstenir de prendre part au vote, non pas par ce que le texte de l'art. 158 C.com.lib. l'exige, ce dernier étant silencieux sur ce point, mais en vertu de l'art. 187. C.com.lib. qui lui, nous le verrons sous peu, prive l'actionnaire du droit de vote quand il s'agit de lui attribuer un «avantage particulier »³.

Un administrateur ou un membre du conseil de surveillance d'une société anonyme française ne peut prendre part au vote sur l'autorisation d'une convention à laquelle il est intéressé⁴. Contrairement à ce qui est prévu pour le gérant d'une SARL⁵, le texte relatif aux SA n'évoque pas la question du calcul de la majorité requise pour la prise d'une décision. C'est apparemment le seul cas où l'administrateur est privé de son droit de vote⁶.

Dans le cas où tous les administrateurs sont intéressés à une convention, ils sont tous frappés par l'interdiction de voter et, en conséquence, il n'y a pas de sens à ce qu'une réunion

1. I. Balensi, Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, op. cit., n° 165, p. 119.

2. Art. 147 C.com.lib.

3. L'auteur de cette thèse se prononce pour l'assimilation de l'avantage particulier à l'intérêt personnel, infra, pp. 344 et s., en une prise de position qui n'est pas actuellement partagée par la doctrine libanaise.

4. Art. L. 225-40, al. 1, C.com.fr. (SA); art. L. 225-88, al. 1, C.com.fr. (SACS).

5. Art. L. 223-19, al. 1, C.com.fr. (SARL).

6. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 393, p. 460.

du conseil soit tenue pour autoriser une telle convention, puisque toute délibération y relative aurait été impossible. Dans ce cas, le commissaire aux comptes établit son rapport spécial à l'assemblée évoquant la situation¹. C'est un cas type où la procédure d'autorisation par le conseil, suivie d'une approbation par l'assemblée, est réduite à une autorisation par cette dernière. Dans ce cas, et à cause de la nullité théorique de la convention conclue sans autorisation préalable du conseil, l'assemblée doit apporter son «approbation» couvrant indirectement cette nullité².

Un cas fréquent de l'impossibilité pour les administrateurs de statuer sur une convention se retrouve quand des sociétés appartiennent à un même groupe et ont les mêmes administrateurs en commun ; aucun n'étant alors en droit de voter. Il est inévitable que l'assemblée générale se saisisse de la convention et « l'autorise » *a posteriori*, ou en confirme la validité³ dans les conditions légales prévues⁴.

Le *common law*, adoptant une politique classique, ne permettait pas à un administrateur de prendre part au vote sur l'autorisation de la convention à laquelle il est intéressé⁵. Les tendances actuelles sont plus ou moins partagées. Cette interdiction persiste pour certains, car l'administrateur qui a un *conflicting interest* ne peut pas voter même s'il n'est pas partie à la convention. Il ne doit jouer, ni directement ni indirectement, aucun rôle dans les délibérations ou votes⁶. Et même si un certain texte suggère que l'administrateur qui se trouve dans une situation de conflits d'intérêts peut quand même voter, il s'empresse d'ajouter que la résolution du conseil ne doit pas être « *affected* » (affectée) par ce vote. Ce vote ne sera donc pas compté dans le calcul de la majorité⁷. En outre, « *Directors' action that otherwise complies with this section is not affected by the presence or vote of a director who is not a qualified director* »⁸ (la décision des administrateurs qui est autrement conforme à cette section n'est pas affectée par la présence ou le vote d'un administrateur qui n'est pas un administrateur qualifié). Cela dit, un administrateur intéressé qui est présent à la séance de la réunion du conseil qui statue sur les conventions auxquelles il est intéressé, même s'il n'a pas

1. A. Mercier, Ph. Merle, Cl. Flahaut-Jasson et S. Besnard, *Audit et commissariat aux comptes, 2009-2010*, op. cit., n° 52680, p. 794.

2. CA Paris, 21 janvier 1981 : D., IR, p. 69, note J.-Cl. Bousquet.

3. M. de Juglart et B. Ippolito, par E. du Pontavice et J. Dupichot, op. cit., p. 464.

4. Art. L. 225-42, al.3, C.com.fr. (SA); art. L. 225-90, al.3, C.com.fr. (SACS); v. infra, Couverture de la nullité, pp. 398 et s.; v. aussi Rép. min, RTDC 1975, n° 19, p. 546.

5. Weiss Medical Complex, Ltd v. Kim, préc.

6. § 8.62 (b) RMBCA, p. 50.

7. Idem, § 8.62 (c).

8. § 8.62 (c) RMBCA, p. 50. D'après § 8.62 (d) RMBCA, p. 51 ; le « *qualified director* » est celui qui n'a pas un conflit d'intérêts avec la société en raison de la transaction ou qui n'a pas une relation familiale, financière, professionnelle, ou d'employé avec un autre administrateur qui est intéressé à la transaction, laquelle relation est, en raison des circonstances, susceptible d'influencer le jugement de l'administrateur.

participé au vote, son abstention « *did not nullify the influence and predominance that he had exerted in arranging the contracts* » (n'a pas annulé l'influence et la prédominance qu'il a déployées pour arranger la conclusion des conventions)¹.

D'autres textes du droit américain, notamment au Delaware, prévoient la possibilité pour un administrateur intéressé de prendre part au vote et fait échapper une convention à la nullité du seul fait de la participation de cet administrateur au vote², si des administrateurs non intéressés approuvent la convention, après révélation de l'intérêt personnel et des éléments pertinents de la convention ou si ces éléments sont déjà connus ; ou si les associés l'approuvent, dans les conditions susmentionnées ou si la convention était *fair* pour la société au moment où elle a été autorisée, approuvée ou ratifiée par le conseil, un comité du conseil ou les associés³.

En somme, la doctrine américaine considère que l'administrateur, en raison de sa relation fiduciaire avec la société, doit agir « *fairly and honestly with it* » (équitablement et honnêtement avec elle) et que, par conséquent, il serait « *improper* » (incorrect) qu'il vote sur une convention dans laquelle il est « *involved* » (impliqué)⁴. Le défaut de révélation de l'intérêt personnel constitue en soi une raison pour annuler la convention même si l'administrateur intéressé ne participe pas au vote sur elle⁵.

b) Dans les réunions de l'assemblée

Le droit de vote aux assemblées des associés est au Liban un des droits propres conférés par l'action à son titulaire⁶ et en France une prérogative essentielle de l'associé, un droit « inhérent à la qualité d'associé »⁷. Mais est-il toujours « un des attributs essentiels de l'action »⁸. La doctrine s'interroge sur ce point⁹; elle découvre même un « recul du droit de vote individuel d'un membre du groupement au profit de celui de la collectivité », ne laissant qu'un des droits intangibles des associés, l'interdiction d'augmenter les engagements de ces

1. Globen, Woolen co. V. Utica Gas & Electric Co., 19 novembre 1918, préc.

2. La majorité d'Etats américains a suivi ce modèle. Les Etats sont divisés : rendre la transaction annulable à l'initiative de la société, seulement en cas de « conflicting interest » et c'est l'école la plus dominante, si l'intéressé n'arrive pas à prouver la bonne foi et la « fairness » de la convention pour la société ; et enfin, dans très peu de cas, rendre la convention nulle de plein droit. W. Knepper et D. Bailey, Liability of Corporate Officers and Directors, op. cit., vol.1, § 4.05, p. 4 - 15.

3. 8 § 144 (a) DCLA, p. 42.

4. R. Stevens et H. Henn, Law of Corporations and Other Business Enterprises, op. cit., p. 711: commentaire de Wiberg v. Gulf Coast Land and Development Co.: 360 S.W. 2d 563 (Tex. Civ. App. 1962).

5. Globe Woolen Co. V. Utica & Electric Co., 19 novembre 1918, préc.

6. Art. 105 C.com.lib.

7. M. Jeantin, Droit des sociétés, op. cit., n° 199, p. 104.

8. J. Moliérac, Manuel des sociétés, op. cit., n° 1209, p. 255.

9. P. Ledoux, Le droit de vote des actionnaires, op. cit., p. 3.

derniers¹. Ce droit de vote peut quand même être valorisé, grâce à la valeur intrinsèque qu'il possède. Cette valeur est constatée dans les sociétés cotées, où la valeur de l'action à dividende, sans droit de vote, est inférieure à celle des actions ordinaires. Elle est aussi constatée par le démembrement des droits attachés à l'action : un droit à caractère financier et un droit de vote, et par la prime du contrôle versée à l'occasion du rachat d'une société². La participation aux décisions collectives reste un droit fondamental reconnu aux associés³.

Le droit de vote est tellement important pour un associé qu'il ne peut en être privé que dans des cas vraiment exceptionnels. La protection de l'intérêt social en cas de conflit potentiel avec l'intérêt personnel et privé de l'associé en est un, car le votant ne peut « être à la fois juge et partie »⁴.

L'art. 158 du Code de commerce libanais ne mentionne guère que l'actionnaire intéressé à une convention ne peut pas prendre part au vote sur l'approbation de la convention⁵. A notre sens, l'intérêt personnel que peut avoir un actionnaire dans une convention est bel et bien un « avantage particulier »⁶, au sens de l'art. 187 du C.com.lib., qui interdit à l'actionnaire de voter lorsqu'il s'agit de lui attribuer un tel avantage. Il serait parfaitement logique de penser que ce dernier article doive combler la lacune de l'art. 158 C.com.lib., et cela pour empêcher un actionnaire, le plus souvent prédominant, d'abuser de sa position privilégiée pour profiter de la société, ou rompre l'égalité entre ses associés⁷.

Il est vrai que la doctrine libanaise interprète les termes « avantages particuliers » comme étant des « avantages ou bénéfices accordés par les statuts à des associés ou à des tiers, en

1. Idem, n° 224, p. 197.

2. Idem, n° 432 et s. et pp. 359 et s.

3. Art. 1844, al. 1, C.civ.fr.; art. L. 223-28, al. 1, C.com.fr. (SARL).

4. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 311, p. 374.

5. En dépit de cette non-interdiction, tout vote sur une convention amenant à la méconnaissance de l'intérêt évident de la société risque de la faire annuler pour fraude ; v. C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann. op. cit., commentaire des art. 187 et 188, note 7.

6. Ce terme semble avoir en droit français un autre sens. v. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit.; n° 262, pp. 300 et 301. Nous trouvons que dans la mesure où un associé en contractant avec sa société obtient un avantage non obtenu par les autres associés, en violation du principe de l'égalité des associés, il s'attribue de ce fait un avantage particulier ; v. pour une excellente étude de cette notion, D. Schmidt, les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op. cit., n° 88, p. 95.

7. C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann., op. cit., commentaire des art. 187 et 188, note 8. Pour justifier l'impossibilité de l'interdiction non prévue par la loi, un auteur, E. Tyan, Etudes de droit libanais, op. cit., p. 373, avance que, comme l'art. 158, al.3, C.com.lib. prévoit le cas de fraude comme cause pour attaquer une convention, quand l'intérêt de la société est lésé, il s'agit de ne pas étendre l'interprétation de l'al.1 de cet article pour instaurer une interdiction non prévue par la loi. Ce même auteur a proposé de considérer que dans le cas d'une opposition d'intérêts, créée quand un actionnaire a un intérêt dans une action en justice sur un différend entre lui et la société, l'interdiction de vote de l'art. 187, C.com.lib. s'applique. Nous pensons que cette assimilation est exagérée car le terme « différend » ne saurait être interprétée d'une manière aussi large.

rémunération de services rendus lors de la constitution de la société »¹, relatifs surtout aux apports en nature. Cette interprétation ne semble pas être compatible avec la suggestion faite plus haut de se baser sur l'art. 187 C.com.lib. pour combler la lacune de l'art. 158 C.com.lib. Nous ne partageons pas l'interprétation étroite que semble adopter la doctrine de l'art. 187 C.com.lib. pour les raisons suivantes:

- 1- L'interprétation en question est certainement influencée par celle de la doctrine française qui se base sur un texte plus précis. En effet, l'art. L. 225-14, al. 2, C.com.fr. dispose que « si des avantages particuliers sont stipulés, la même procédure est suivie ». L'alinéa 1 de cet article dispose que « les statuts contiennent l'évaluation des apports en nature. L'art. 225-8, al.1, C.com.fr. dispose qu'« en cas d'apports en nature comme en cas de stipulation d'avantages particuliers au profit de personnes associées ou non... à la demande des fondateurs ou de l'un d'entre eux ». Les avantages particuliers visés par ces deux articles sont donc clairement ceux qui sont mentionnés dans les statuts. L'art. 187 C.com.lib. est bien plus général. Il dispose comme suit: «Il est interdit à l'actionnaire de voter en son nom personnel ou en qualité de mandataire, lorsqu'il s'agit de lui attribuer un avantage particulier, ou de faire prendre par l'assemblée une décision relative à un différend entre lui et la société». Nous voyons bien que ce texte ne limite pas l'interdiction aux avantages particuliers attribués dans les statuts comme en droit français. L'extension de l'interprétation pour englober les avantages attribués à tout moment, dans les statuts, dans des actes distincts, au moment de la constitution de la société ou après, ne peut qu'être bénéfique pour la société.
- 2- Les articles L. 225-8 et L. 225-14 C.com.fr. se trouvent dans la section du Code de commerce intitulée «De la constitution des sociétés anonymes», suggérant que tous les articles inclus dans cette section concernent la phase constitutive d'une société anonyme; alors que l'art. 187 C.com.lib ne se trouve pas dans une partie du Code de commerce libanais qui est réservée à la phase constitutive et ne fait aucune référence aux apports en nature. Cela veut dire que l'interprétation de cet article de la même manière restrictive qu'en droit français n'est pas justifiée.
- 3- La définition qui est donnée de l'avantage particulier par la doctrine française, et de ses implications sur l'égalité entre associés, est similaire à celle adoptée pour l'attribution d'un intérêt personnel au sens large. «Ces avantages, qui doivent s'entendre de toute faveur,

1. E. Tyan, Droit commercial, tome premiers, n° 479, p. 530.

généralement de nature pécuniaire, attribuée à titre personnel à un associé ou à un tiers, entraînent une rupture d'égalité entre actionnaires»¹.

- 4- La jurisprudence française elle-même n'a pas hésité à qualifier une retraite complémentaire consentie à un président-directeur général d'« avantage particulier »² et de considérer que des montants versés à un directeur général partant constituent une convention qui doit être soumise au contrôle spécial, bien que tous les dirigeants sortants avaient droit à de tels paiements qui ne constituaient pas un avantage particulier»³. Elle a récemment utilisé le terme « avantage » pour qualifier un complément de retraite octroyé au président de conseil d'administration d'une société⁴.

C'est pourquoi, à notre avis, au cas où un actionnaire d'une société anonyme libanaise a l'intention de passer une convention avec sa société, il est tenu de ne pas participer au vote de l'assemblée générale sur l'autorisation de cette convention, non en application de l'art. 158 C.com.lib., qui est muet sur cette question, puisqu'il ne vise que les administrateurs, mais en vertu de l'art. 187 C. com. lib. qui interdit le vote de l'intéressé susceptible de rompre l'égalité entre actionnaires. Cette interdiction permet à l'assemblée constituée alors d'actionnaires non intéressés de prendre une décision impartiale en pleine connaissance de cause. Dans ce cas, cette décision ne requiert pas en principe de rapport spécial du commissaire de surveillance ou du conseil d'administration pour que l'assemblée statue sur elle.

En outre, cet article 187 C.com.lib. interdit à l'actionnaire intéressé de voter non seulement en son nom personnel, mais aussi en sa qualité de mandataire d'autres actionnaires, ou d'une personne interposée⁵.

Cela dit, et en dépit de l'interprétation large que nous avons voulu lui donner, l'art. 187 C.com.lib. ne peut en aucun cas être considéré comme ayant instauré une procédure de contrôle des conventions réglementées quand elles sont conclues par les actionnaires d'une société anonyme que la réglementation de l'art. 158 C.com.lib. a ignorés. Ce texte ne prévoit ni une obligation pour l'actionnaire intéressé de soumettre la convention en vertu de laquelle cet avantage est consenti à l'autorisation de l'assemblée générale, ni une autorisation

1. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 262, p. 301.

2. CA Paris, 24 octobre 1960, préc.

3. CA Paris, 18 octobre 1977: Bull. Joly 1977, § 324, p. 663 ; v. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, n° 400, p. 472.

4. Cass. com., 10 novembre 2009 : recherche sur internet, site www.Légifrance.gouv.fr, « avantage particulier », consulté le 27 décembre 2010.

5. Cette prohibition est édictée dans le même esprit de celle de l'art. 378 COCL, le mandataire ne pouvant acheter les biens qu'il est chargé par son mandant de vendre ; v. C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann., op. cit., commentaire des art. 187 et 188, note 18.

préalable de l'avantage particulier qu'un actionnaire entend s'attribuer. Le mécanisme qui peut mettre l'art. 187 C.com.lib en mouvement est simple. Quiconque prend connaissance de l'existence d'une convention qu'un actionnaire entend conclure avec la société peut, quand ce droit lui est reconnu par la loi ou les statuts, demander d'inscrire cette question sur l'ordre du jour de la prochaine réunion de l'assemblée générale, provoquant ainsi le vote des actionnaires sur elle, l'actionnaire intéressé s'abstenant d'y prendre part en raison de l'interdiction qui le frappe. L'intérêt social ne peut que profiter d'un tel stratagème.

En droit français des sociétés anonymes, l'intéressé ne peut prendre part au vote sur l'approbation sollicitée »¹. En d'autres termes, le droit de vote de l'actionnaire, dans une société anonyme, est suspendu quand l'assemblée générale statue sur l'approbation de la convention dans laquelle il a un intérêt personnel. Cette interdiction n'est pas prévue dans les SAS. Le texte de l'art. L. 227-10 C.com.fr. est silencieux sur ce point. Nous estimons que, nonobstant cette carence législative, cette interdiction doit être appliquée et il serait souhaitable que les statuts des SAS stipulent une telle interdiction.

De même, l'associé d'une société à responsabilité limitée française ne peut voter sur la question de l'autorisation d'une convention à laquelle il est intéressé². Les actions ou les parts des intéressés ne sont pas non plus prises en considération pour le calcul de la majorité. Cette interdiction est imposée, nous le répétons, pour éviter que les intérêts personnels des intéressés n'entrent en conflit avec l'intérêt social. Quand ce conflit d'intérêts n'existe pas, comme par exemple dans le cas d'une société mère contractant avec une filiale à 100%, le vote de la société mère dans l'assemblée générale de la filiale est presque superflu ; le résultat étant connu d'avance. L'exigence d'une abstention de vote dans ce cas ne serait pas réaliste. Il en serait autrement dans le cas où la société mère n'est que majoritaire dans le capital de la filiale ou, bien entendu, minoritaire ; mais, dans ce dernier cas, son vote ne peut de toute façon être déterminant. L'abstention de vote dans ce cas rend l'approbation de la convention tributaire de la volonté des minoritaires.

1. Art. L. 225-40, al.4, C.com.fr. (SA); art. L. 225-88, al. 4, C.com.fr. (SACS).

2. Art. L. 223-19, al. 1, C.com.fr. (SARL). Dans un arrêt récent, Cass. com., 7 juillet 2009, Rev. soc n°4/ 2009, p. 801, note B. Saintourens, la Cour de cassation française a admis qu'un associé intéressé à une convention avec une SARL puisse voter sur l'autorisation préalable d'une telle convention du moment que sa conclusion ait lieu postérieurement à ce vote, au motif que la procédure de contrôle des conventions réglementées pour les SARL (art. L. 223-19, C.com.fr.) ne prévoit qu'un contrôle a posteriori et, qu'en conséquence, la décision d'autorisation de l'assemblée qui précède la conclusion de la convention n'est pas prise dans le contexte du processus de contrôle de l'art. L. 223-19, C.com.fr. qui impose l'interdiction de vote seulement sur l'approbation de la convention une fois qu'elle est conclue. La validation de cette convention, postérieurement à sa conclusion, exige que l'intéressé ne participe pas au vote.

La généralité de l'interdiction que « l'intéressé ne peut prendre part au vote » frappe l'actionnaire-individu, indépendamment de la qualité en vertu de laquelle il aurait pu participer au vote. Qu'il agisse en son nom personnel ou en tant que mandataire, l'interdiction est la même ; « elle frappe la personne »¹. « L'expression est assez large pour inclure le vote avec les actions qui lui appartiennent et avec les pouvoirs qu'il détient »².

La question se pose avec une acuité particulière dans les groupes de sociétés, où la société mère et autres sociétés qui lui sont liées (filiales ou sociétés sœurs), sont toutes actionnaires d'une filiale, et sans que l'une soit mandataire de l'autre, elles se font représenter à l'assemblée générale qui doit statuer sur une convention à conclure par la société mère et la filiale. Faut-il ou non permettre aux sociétés liées de voter ? La doctrine a cru bon, pour une plus parfaite protection de l'intérêt social de la filiale, d'interdire aux personnes liées à la personne directement intéressée de voter. Ces personnes liées étant celles « placées sous la domination de l'intéressé »³. Toujours dans le même esprit de protection de l'intérêt social, quand un intéressé détient une part dans des actions indivises, ces dernières ne sont pas admises au vote⁴.

L'extension statutaire de l'interdiction légale de voter à des personnes liées, oubliées ou ignorées par la réglementation des conventions, comme les époux, ascendants ou descendants, a été rejetée au motif que le droit de vote revêt un caractère d'ordre public, ce qui ne permet pas aux associés de supprimer ce droit au-delà des dispositions légales⁵. Nous ne partageons pas cette position ; car la carence de la loi qui, à notre sens, et sans aucune justification, a omis de considérer comme visées des personnes qui peuvent actuellement être interposées pour éviter la réglementation, doit pouvoir être ainsi comblée par les associés dans les statuts de leur société⁶.

L'actionnaire d'une société américaine n'est pas tenu, dans l'exercice de son droit de vote dans les assemblées générales, de favoriser l'intérêt social aux dépens de ses intérêts personnels. Il a le loisir de voter comme bon lui semble et même de faire prévaloir ses motifs *selfish* (égoïstes), à condition qu'il ne profite pas au détriment des autres actionnaires⁷. Cette

-
1. D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op. cit., n° 120, p. 130 ; CA Paris, 25 janvier 1972 : Rev. soc., 1972, 688, note D. Schmidt.
 2. G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain, Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales, op. cit., n° 1650, p. 457.
 3. D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op. cit., n° 125, p. 134.
 4. CA Versailles, 28 juin 1990, préc.
 5. Cass. com., 9 février 1999 : Rev. soc., janvier-mars 1999, 81, note P. Le Cannu ; JCP E, 1999, 724, note Y. Guyon.
 6. V. supra, Interposition de personnes physiques, pp. 184 et s.
 7. 8 § 212 DCLA, note p. 84.

liberté n'est toutefois pas aussi étendue qu'elle ne le semble, surtout quand il s'agit d'une convention conclue entre l'actionnaire intéressé et sa société. Effectivement, dans un cas pareil, les actions détenues par l'actionnaire intéressé ne sont pas considérées comme des « *qualified shares* » ayant un droit de vote¹. La décision approuvant une telle convention est valable si elle est votée par une majorité d'actions à droit de vote (*qualified shares*), à condition que l'information concernant les détails de la convention ait été dûment communiquée. Cette communication consiste en un avis donné aux actionnaires du conflit d'intérêts émanant de la convention. Cet avis doit avoir fait une révélation complète surtout aux actionnaires non intéressés qui ont voté en faveur de la résolution d'autorisation ou de ratification, au secrétaire de l'assemblée ou à toute autre personne responsable du calcul des scrutins et de l'établissement du nombre et de l'identité des personnes titulaires du droit de vote ou le contrôlant, et des actions appartenant à l'administrateur ou à une personne liée à l'administrateur.

Le texte de 8 § 144 du DCLA n'est pas clair sur la question de l'interdiction de vote des actions de l'actionnaire qui est intéressé à la convention ; sont-elles ou non comptées pour le calcul de la majorité ? 8 § 144 (a) (2) et (3) DCLA, lus conjointement, laissent comprendre que si les actionnaires connaissent, ou sont suffisamment informés des éléments pertinents de la convention, ils peuvent l'approuver par un vote de bonne foi si la convention est *fair* pour la société au moment de son autorisation, son approbation ou sa ratification par le conseil d'administration, un comité du conseil ou les actionnaires. Aucune référence n'est faite ici à l'obligation d'abstention de l'actionnaire intéressé. En effet, on ne trouve à l'alinéa (2) de l'art. 8 § 144 (a) aucune référence aux *disinterested shareholders* comme c'est le cas des « *disinterested directors* » de l'alinéa (1) de ce même article.

Section 2. Obligations inspirées des règles de gouvernement d'entreprise

On pourrait penser qu'en présence d'une réglementation spécifique des conventions réglementées, le recours pour une meilleure assimilation du sujet à des principes et règles de gouvernement d'entreprise est inutile. En réalité, ce recours s'impose pour le besoins de la comparaison des trois systèmes juridiques que nous étudions, car en droit américain les obligations fiduciaires constituent le cœur de la réglementation des « *self-dealing transactions* » (contrats avec soi-même), générateurs de conflits d'intérêts dans les « *related parties transactions* » (conventions avec des parties liées). Les développements qui suivent

1. § 8.63 RMBCA, p. 51.

traiteront moins la portée générale de ces obligations que leur application spécifique dans la réglementation spéciale des conventions réglementées. Ils nous montreront comment ces notions sont asservies pour constituer des garanties à la préservation de l'intérêt social que les transactions et conventions en question menacent.

En effet, la question des « *conflicts of interest in corporate transactions* »¹ (conflits d'intérêts dans les transactions sociales ou du « *Business Dealing with Corporations* »² (traitement d'affaires avec les sociétés), sont évoqués en droit américain en association avec les obligations fiduciaires et surtout le « *duty of fair dealing* »³, qui est l'appellation générique du *duty of loyalty*⁴ (devoir de loyauté). Le devoir de loyauté est l'obligation principale qui pèse sur les administrateurs, dirigeants exécutifs (*officers*) et associés quand ils sont en *self dealing* avec leur société. La pertinence du traitement dans cette thèse, qui est avant tout une thèse de droit comparé, des obligations fiduciaires dans le contexte des conventions réglementées en droit américain, nous semble donc être évidente.

Notre sujet appartient, en vertu de la nature des obligations qui pèsent sur les intéressés, au monde de la *confiance*, du *trust*. Cette notion, constitue la pierre angulaire de ce qui est devenu comme une institution : La *Corporate Governance*, ou le gouvernement d'entreprise, ou, selon certains, la gouvernance d'entreprise⁵. Les règles de cette dernière ont inspiré les obligations des dirigeants et associés des sociétés commerciales et sont venues seconder les tendances législatives et jurisprudentielles visant à la protection la plus complète possible de l'intérêt social. Les règles de la *Corporate Governance* visent à assainir le cadre général au sein duquel fonctionnent les sociétés ; plus particulièrement, celles qui sont cotées en bourse, et dont le capital est détenu par un grand nombre d'épargnants.

Si l'instauration de la *Corporate Governance* a fait du chemin aux Etats-Unis, suivis par la France, elle ne connaît au Liban que des débuts timides, mais assez prometteurs quand même.

1. J. Choper et M. Eiseinberg, *Corporations*, op. cit., § 256, p. 48.

2. Idem § 257, p. 48.

3. ALI PCG., Partie V, pp 199 et s.

4. S. Emanuel, *Corporations*, op. cit., pp. 194 et s.

5. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 435, définit le terme « gouvernance » comme étant un « terme de prestige aujourd'hui en faveur, ... véhiculant un concept anglo-saxon, actuellement étranger en droit positif français mais qui, interférant avec les notions de pouvoir dans l'Etat et au sein de l'entreprise, nourrit une réflexion en vogue sur une certaine façon de prendre les décisions et d'harmoniser les intérêts, moyennant un renforcement de la concertation et de la négociation entre partenaires sociaux et, pour le bien commun, de la transparence et du contrôle ».

En effet, The Lebanese Transparency Association¹, ou Association libanaise de transparence, a publié « The Lebanese Code of Corporate Governance », ou Code libanais de gouvernement d'entreprise. Ce Code traite des droits et obligations des actionnaires, des responsabilités et des attributions des administrateurs, du contrôle des comptes et des aspects de la transparence sociale qui y sont rattachés. Ce Code comprend un certain nombre d'annexes (A à H). Il constitue une base solide qui, dans la mesure où elle est adoptée et entérinée dans les statuts d'une société commerciale, offre un complément valable aux dispositions légales et comble un certain nombre de lacunes dans le Code de commerce libanais, surtout celles de l'art. 158 C.com.lib. qui régit les conventions réglementées².

La France ne semble pas encore avoir atteint le niveau requis pour « faire face à la gravité de la situation, le droit serait donc encore en retrait par rapport aux nécessités de l'économie »³. On relève également qu'aux « Etats-Unis où les règles juridiques sont en général empreintes d'un grand réalisme économique, les lois économiques sont souvent à la source des lois juridiques »⁴. La corporate governance est vue comme un « sursaut salutaire »⁵. L'évolution en France a été progressive en dehors de la pression d'un quelconque scandale jusqu'à récemment où les lois se sont succédées avec une fréquence remarquable⁶.

Aux Etats-Unis, ce sont l'*American Law Institute* et l'*American Bar Association* qui ont produit en 1994 les « *Principles of Corporate Governance* », principes du gouvernement d'entreprise « *Analysis and Recommendations* »⁷ (analyses et recommandations), arrêtés en 1993. Les britanniques avaient déjà en 1992 émis le *Code of Best Practices* du comité

-
1. Une association libanaise à but non lucratif, fondée le 7 novembre 2006 (Déclaration du Min. de l'intérieur n° 489 AD), pour combattre la corruption (entre autres objets) afin d'assainir l'environnement des affaires avec une concentration sur les sociétés anonymes libanaises. Cette association a signé un protocole d'entente avec l'IFC (International Financial Corporation) portant sur la création d'un institut de gouvernance des entreprises au Liban (Le quotidien Annahar du 22/12/2007) ; Commerce du Levant, novembre 2007, p. 22 ; v. www.transparency-Lebanon.org.
 2. Des initiatives privées continuent de mettre à jour la prise de conscience au Liban de la nécessité d'adhérer aux principes d'intégrité dans la gestion des sociétés. La Lebanese Corporate Governance Task Force (LCGTF) a pour mission principale de suivre de près l'exécution des principes de gouvernement d'entreprise de la Lebanese Transparency Association. Elle fut fondée en 1999 comme un modèle de coopération entre le secteur public, privé et la société civile et surtout pour combattre la corruption à un moment où des dossiers concernant des sociétés exploitant un service public ou autres impliquaient leurs dirigeants dans des affaires de corruption.
 3. F. Peltier, La Corporate Governance, au secours des conseils d'administration, op. cit., p. 3.
 4. Idem.
 5. Idem, p.14.
 6. V. supra, évolution législative, pp. 16 et s.
 7. ALI PCG, op. cit., Ouvrage en 2 volumes et 7 parties ; vol.1 (parties I à VI), §§ 1.01- 6.02, pp. I à 432, et vol.2 (partie VII), §§ 7.01-7.25, pp. I à 477.

Cadbury, connu aujourd'hui, après avoir subi des modifications, sous le nom de *Combined Code of Corporate Governance*.

Les *ALI PCG* traitent essentiellement des *Functions and Powers of Directors and Officers*; de l'Audit Committee¹ (Comité de contrôle ou d'audit) dans les sociétés cotées en bourse ; du *Duty of care and the Business Judgment Rule*² (Devoir ou obligation de diligence et la règle du jugement d'affaires) ; du *Duty of Fair Dealing*³ (Devoir ou obligation de traitement équitable) ; du rôle des *Directors and Shareholders in Transactions in Control and Tender Offers*⁴ (administrateurs et actionnaires dans les opérations portant sur le contrôle et les offres d'achat) ; et des « *Remedies* » (réparations)⁵.

Les *ALI PCG* sont une source reconnue de droit des sociétés aux Etats-Unis. Tout en n'occupant pas, dans l'ordre, une place privilégiée, venant seulement après le *Historical*, ou accumulation de concepts juridiques acquis à travers l'histoire, le *Modern State Business Corporation Statutes* (Lois modernes étatiques sur les sociétés d'affaires), le *Judge – Made Law*⁶ (droit jurisprudentiel), la plupart des législations étatiques s'en sont inspirés. Certains tribunaux se sont alignés sur ces principes et les ont cités dans leurs décisions; d'autres, les ont soit rejetés soit leur ont accordé une faible importance⁷.

Nous ne manquerons pas d'évoquer Le *Sarbanes-Oxley Act* du 30 juillet 2002 ; une loi fédérale qui a été passée à la suite du scandale Enron. Cette loi a renforcé l'emprise des organes de contrôle des marchés financiers, et des sociétés cotées en bourse⁸, en instaurant également un *scrutiny* (contrôle) public très intense et minutieux des administrateurs de ces sociétés. En ce qui concerne notre sujet, elle est venue poser des restrictions inconnues jusque-là par les lois étatiques comme, pour ne citer qu'une seule, la limitation de la liberté de conclure des conventions se rapportant au crédit de la société entre cette dernière et l'un de ses *directors* ou *officers*⁹.

L'obligation de transparence (§ 1) et les obligations fiduciaires (§ 2) seront traitées tour à tour.

1. *ALI PCG*, op. cit., partie III.

2. *Idem*, Partie IV.

3. *Idem*, partie V.

4. *Idem*, partie VI.

5. *Idem*, partie VII.

6. L. Solomon et A. Palmiter, *Corporations*, op. cit., § 1.2, p. 7.

7. *Idem*, § 1.2.4, p. 10.

8. § 403 de cette loi a modifié, entre autres, la sous-section 16 (a) de la *Securities Exchange Act* de 1934 et a accéléré la révélation et dépôt électronique (filing) des opérations d'initiés (insider transactions).

9. § 402 SOA ; ces conventions interdites de plein droit dans les systèmes juridiques libanais et français et non interdites dans les sociétés américaines d'après les lois de la plupart des Etats, le sont désormais dans toutes les sociétés cotées en bourse.

§1 Obligation de transparence

Du fait de l'apport d'une « gouvernance transparente », un auteur aurait souhaité qu'on intitulât la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 « Loi de transparence financière »¹. La loi NRE de 2001 avait déjà entamé ce processus en visant à assurer plus de transparence concernant la qualité de l'information mise à la disposition des actionnaires. Une transparence pourtant « raisonnable », qui aboutit à un renforcement des conventions entre sociétés et dirigeants². En d'autres termes, quand l'intérêt personnel n'est pas occulte, les conventions sont transparentes et leurs chances d'être maintenues sont plus grandes.

Les dirigeants sont tenus d'une obligation de transparence, non seulement vis-à-vis des organes sociaux internes, dont l'exécution constitue une révélation de l'intérêt personnel en application du droit d'information (A), mais aussi vis-à-vis de l'organe de contrôle externe qui jouit également d'un tel droit (B).

A. La révélation de l'intérêt personnel est une des applications du droit d'information des organes sociaux internes

Les dirigeants et intéressés à une convention sont tenus d'une obligation de transparence reflétée par leur obligation de révéler, de communiquer ou d'aviser les organes sociaux internes de l'existence d'une convention abritant un intérêt personnel à laquelle la réglementation s'applique. Ces organes sont les dirigeants (1.) et les associés (2.).

1. Droit d'information des dirigeants

L'administrateur d'une société anonyme, en sus de sa qualité de membre constituant de l'organe collégial social qu'est le conseil d'administration, est un sujet responsable personnellement des décisions du conseil. Sur ce, chaque administrateur doit être informé des détails des questions sur lesquelles il sera appelé à voter en conseil d'administration³. La Cour de cassation lui reconnaît un droit individuel à l'information⁴. Il doit se tenir « parfaitement au courant de la situation de l'entreprise »⁵.

-
1. F. Peltier, *La Corporate Governance, au secours des conseils d'administrations*, op. cit., p. 84.
 2. L. Athlan, *La transparence au travers des principes de la « Corporate Governance » et de la loi NRE*, article sur internet, www.afje.org, p. 1.
 3. Art. L. 225-36, al. 3, C.com.fr.
 4. Cass, com., 24 avril 1990, (arrêt Cointreau): Bull Joly 1990, § 134, p. 511, note, P. Le Cannu. Ce droit à l'information a été consacré par la loi NRE : Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, op. cit., n° 388, pp. 446 et 447.
 5. A. Najjar, *L'administration de la société anonyme libanaise*, op. cit., n° 101, p. 71.

Au Liban, la loi impose à « l'intéressé » l'obligation de révéler sa situation et son intérêt personnel au conseil. « L'administrateur se trouvant dans l'un de ces cas doit en aviser le conseil... »¹ ; et, encore plus, en droit français, il doit communiquer l'intégralité des conventions portant sur des opérations courantes conclues à des conventions normales, entendre une copie de ces conventions, au président du conseil. Ce dernier, à son tour, communique la liste et objets de ces conventions aux membres du conseil². Certains auteurs ont déploré la « lourdeur » entraînée par « cette volonté de transparence » ; une lourdeur d'ordre pratique, voire logistique³.

Les dirigeants de sociétés américaines sont tenus d'une *duty of candor* (obligation de sincérité), principe élémentaire du *fair dealing* (traitement équitable). Cette obligation, imposée aux dirigeants (*directors* et *officers*), mais aussi à tous ceux qui, dans la représentation des *corporate interests* (intérêts sociaux), sont amenés à posséder des informations essentielles, de révéler ces informations et de ne pas utiliser des *superior information* (informations occultes, parce que non révélées) ou connaissances pour induire d'autres en erreur dans l'exercice de leurs obligations fiduciaires, en s'abstenant de les divulguer⁴. C'est le cas où les administrateurs comptent pour la prise de décisions sur des informations, rapports, opinions et autres communications qui doivent être fournis de bonne foi par des *officers* et autres dirigeants⁵. Si de telles informations sont incorrectes, et que la décision est prise par les administrateurs en violation d'une obligation fiduciaire, ces derniers sont protégés des conséquences d'une telle violation. Les auteurs de la communication plutôt que les destinataires sont considérés comme ayant violé eux-mêmes l'obligation de *candor* (sincérité).

C'est aussi la situation des dirigeants tenus de l'obligation de *candor* (sincérité) envers l'organe social qu'ils sollicitent d'autoriser ou d'approuver une convention, par exemple, sur la base d'information qu'eux-mêmes lui avaient fournies⁶.

-
1. Art. 158, al. 2, C.com.lib ; v. Gh. Mahmassani, Les contrats des administrateurs de sociétés anonymes avec leurs sociétés suivant l'article 158 nouveau du Code de commerce libanais, op. cit., p. 57 ; art. L. 225-40, al.1. C.com.fr. (SA) ; art. L. 225-88, al.1, C.com.fr. (SACS).
 2. Sauf lorsqu'en raison de leur objet ou de leurs implications financières elles ne sont significatives pour aucune des parties: art. L. 225-39, al.2, C.com.fr. (SA) ; art. L. 225-87, al. 2, C.com.fr. (SACS).
 3. Ph. Merle, Les conventions au sein des groupes, op. cit., p. 53, parle de « lourdeurs excessives pour un résultat qui paraît faible ».
 4. Mills Acquisition Co. V. Macmillan, Inc., 3 mai 1989 : 1989 Del. LEXIS 149 ; Del. Supr. 559 A. 2d 1261 (Del. 1989).
 5. Comp. avec l'obligation à la charge du président ou du directeur général d'une société anonyme française de communiquer à chaque administrateur des documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission : art. L. 225-35, al. 3, C.com.fr.
 6. 8 § 141 (e) DCLA, p. 28.

2. Droit d'information des associés

C'est un des droits politiques les plus importants attachés à la propriété d'une fraction du capital de toute société. Le renseignement des actionnaires d'une société anonyme libanaise sur les questions soumises à leur délibération est une condition essentielle de la prise de décision puisque la loi permet à des actionnaires représentant le quart du capital social de demander le report de la réunion de l'assemblée au cas où les informations qu'ils ont ne sont pas suffisantes¹.

Les administrateurs sont tenus de fournir aux actionnaires d'une manière ponctuelle, périodique et permanente, selon les cas, un certain nombre d'informations qui permettent aux actionnaires d'être mis au courant des développements et évolution de l'activité sociale. L'information requise avant la tenue de l'assemblée annuelle² en est un exemple. La communication par le conseil d'administration de son rapport spécial sur les conventions projetées est avant tout une mesure d'information³, et un témoignage de transparence de la part des dirigeants, qui donnent aux actionnaires les éléments nécessaires pour pouvoir statuer.

L'obligation d'information des associés est aussi sacrée en droit français⁴. Les associés jouissent du droit de communication de cette information⁵ d'une manière permanente ou occasionnelle, avant la tenue des assemblées, pour pouvoir se prononcer en connaissance de cause. Le défaut de communication des informations requises peut entraîner l'annulation de l'assemblée⁶. Le rôle de l'Autorité des marchés financiers, l'ancienne Commission des opérations de bourse (COB), a été prépondérant pour l'amélioration de l'information des actionnaires de sociétés cotées⁷.

Les associés de sociétés à responsabilité limitée ont également droit à l'information par les dirigeants, une information continue ou occasionnelle, et spécifique en ce qui concerne les

1. Art. 190 C.com.lib.

2. Art. 197, al.1, C.com.lib., communication de l'inventaire, du bilan, du compte profits et pertes, de la liste des actionnaires, du rapport du conseil d'administration, du rapport des commissaires de surveillance, etc.

3. Art. 158, al.3, C.com.lib.

4. V. pour un traitement d'ensemble de cette question, G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain, *Traité de Droit commercial, Les sociétés commerciales*, op. cit., n^{os} 1569 et s., pp. 380 et s ; M. Jeantin, *Droit des sociétés*, op. cit., n^o 194 et s., pp. 102 et s ; Y. Guyon, *Droit des affaires*, op. cit., n^{os} 294 et s., pp. 288 et s ; Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, op. cit., n^{os} 472 et s., pp. 576 et s.

5. Art. L. 225-117, C.com.fr.

6. Art. L. 225-121, al. 2, C.com.fr.

7. G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain, *Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales*, n^o 1569, p. 380.

conventions. En effet, le gérant est tenu de présenter à l'assemblée un rapport sur les conventions intervenues entre la société et l'un de ses gérants ou associés¹.

Le droit américain considère, à certains égards, que l'obligation de transparence, qui consiste en la communication d'informations par le conseil d'administration à l'assemblée générale, au sujet d'une question soumise au vote de cette dernière, est une obligation fiduciaire. Cette communication doit porter sur les éléments essentiels de la question, de manière à permettre à l'assemblée de statuer en pleine connaissance de cause². La qualification de « fiduciaire » provient du fait qu'elle intervient dans le contexte général de l'exercice par les actionnaires de leur droit de vote et des responsabilités fiduciaires du conseil à l'égard de ces derniers.

B. La communication des conventions au commissaire aux comptes est une des applications du droit d'information de l'organe de contrôle externe

Le président du conseil doit aviser le commissaire aux comptes des conventions autorisées par le conseil³, pour qu'il puisse établir son rapport spécial à l'assemblée générale⁴. Le gérant d'une société à responsabilité limitée est tenu de faire de même⁵. Cette communication est importante pour que le commissaire puisse procéder, s'il le faut, à une requalification de la convention au cas où, par exemple, une convention interdite a été autorisée, ou une convention portant sur des opérations non courantes ou non conclues à des conditions normales n'a pas été soumise à l'autorisation préalable du conseil.

La communication par les dirigeants et intéressés de l'information sur une convention réglementée au conseil, associés ou commissaires aux comptes relève de la bonne foi du communiquant, surtout quand il est lui-même intéressé. Cette bonne foi « engendre une obligation d'information » que le droit français « reconnaît désormais largement » dans le droit des contrats⁶. Dans le droit des sociétés, cette « communication de l'information procède d'une obligation fondée sur la communauté d'intérêt des associés »⁷. D'où le fondement de l'obligation de révélation en cas de conflits d'intérêts. La loi NRE « affirme

1. Art. L. 223-19, al. 1, C.com.fr.

2. 8 § 222 DCLA, p. 108, notes p. 109 ; S. Emanuel, *Corporations*, op. cit., p. 533.

3. Art. L. 225-40, al. 2, C.com.fr. (SA); art. L. 225-88, al.2, C.com.fr. (SACS) ; dans les SAS, comme le texte de l'art. L. 227-10 est muet sur ce point, on suppose que c'est le président qui avise le commissaire aux comptes des conventions.

4. Art. L. 225-40, al. 3, C.com.fr. (SA); art. L. 225-88, al.3, C.com.fr. (SACS), art. L. 227-10, al. 1, C.com.fr.

5. Art. R. 223-16 C.com.fr (SARL).

6. D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, op. cit., n° 27, p. 40 ; cette notion de bonne foi rejoint la conception du « good faith » en droit américain.

7. Idem.

que sa finalité est de prévenir les conflits d'intérêts par la communication ; une meilleure information devrait permettre, le législateur l'escompte, de juguler toute divergence d'intérêts »¹. La transparence par la communication d'informations protège les actionnaires de sociétés anonymes².

Aux Etats-Unis, où les règles de gouvernement d'entreprise sont nées, la transparence dans la conduite des organes sociaux est primordiale. Le *duty of disclosure*, ou le devoir de révélation, constitue le fondement de cette transparence. La protection de l'épargne publique impose aux dirigeants une *full disclosure* de « tout ce qui peut peser d'une manière appréciable sur les résultats de la société »³.

L'actionnaire majoritaire est tenu de révéler tous les éléments essentiels d'une convention surtout quand il sollicite l'approbation ou l'autorisation d'un organe social, ou quand il s'agit de la rémunération des dirigeants ou des conventions avec des *related parties* (parties liées) ; ces parties liées étant présumées être des personnes interposées⁴.

Plus particulièrement, les *proxy statements* (procurations / mandats) qui sont des *disclosure documents* (documents de révélation) imposée par la SEC américaine⁵ doivent donner des informations sur les conventions entre la société et des parties liées. La *Securities Exchange Act* (SEA) a récemment élargi le domaine d'application de cette obligation de révélation⁶, quant aux personnes et aux conventions visées. Désormais, le nom de la personne liée et sa relation avec la société, l'intérêt personnel, la valeur approximative de la convention, la valeur de l'intérêt personnel et toute autre information susceptible d'être essentielle ou substantielle pour la compréhension de l'investisseur doivent y être mentionnés⁷. Les comptes annuels doivent être également communiqués⁸.

§2 Obligations fiduciaires

Le concept anglo-saxon de *trust* est à la base de la définition des obligations fiduciaires. Son fondement repose sur la confiance conférée au *trustee* dont la bonne foi (*good faith*) est la mesure de ses actions visant à protéger l'intérêt social et, en conséquence, l'intérêt des

1. J.-F. Barbière et M.-H. Monserie-Bon, La loi NRE et le droit des sociétés, op. cit., n° 17, p. 50.

2. P. Le Cannu et B. Dondero, Droit des sociétés, op. cit., n° 929, p. 622.

3. A. Tunc, Le droit américain des sociétés anonymes, op. cit., n° 92, p. 182.

4. V. supra, Interposition de personnes physiques, pp. 184 et s.

5. Règle 14 a-3 (a) SEA.

6. § 404 SEA, Regulation S-K.

7. Idem.

8. § 16.20 (a) RMBCA, p. 97.

actionnaires. Deux obligations sont à retenir ici, l'obligation de diligence et l'obligation de loyauté.

Les américains tâtonnent toujours sur la nécessité de faire du *good faith* une obligation distincte et séparée des deux autres. Une décision de la Cour suprême de Delaware en 1993 a évoqué un « *triad* » d'obligations¹ : une obligation de bonne foi, une obligation de diligence et une obligation de loyauté, tout en spécifiant que l'obligation de bonne foi fait partie de l'obligation de loyauté. Cette position confirmait d'autres décisions prises antérieurement². Par la suite, un arrêt a décidé que l'obligation de bonne foi et l'obligation de loyauté sont identiques³. L'obligation de bonne foi n'existe pas indépendamment de l'obligation fiduciaire de loyauté, ni n'est doctrinalement séparée de cette dernière. C'est une exigence subsidiaire de l'obligation de loyauté⁴. Le fait reste que la bonne foi n'est pas exclusivement rattachée à l'exercice de l'obligation de loyauté, elle est à observer même dans les activités, agissements et conduites relevant de l'exercice de l'obligation de diligence ; c'est la vertu qui doit qualifier le comportement des dirigeants en général et dans tout ce qu'ils font.

Ces obligations fiduciaires sont aussi présentes dans les systèmes juridiques libanais et français, tant par les principes qu'elles soutiennent, que par les sanctions qui sont imposées en cas de violation.

L'art. 158 C.com.lib⁵, le fameux art. 40 de la loi française du 24 juillet 1867 sur les conventions réglementées, les divers articles sur les responsabilités des dirigeants sociaux, combinés avec les dispositions pertinentes du Code des obligations et des contrats libanais et du Code civil français, ainsi que d'autres dispositions légales dans les deux pays, ont traité ces notions avec des détails leur conférant une force assez persuasive. La jurisprudence française les a également évoquées⁶.

Le droit français présente, à certains égards, beaucoup plus de rigueur dans la réglementation des conventions que le droit américain, bien que ce dernier, surtout avec les principes de gouvernement d'entreprise, semble en être le pionnier. En effet, aussi bien la prévention que la sanction des conflits d'intérêts sont profondément incrustées dans le droit français des sociétés. Ce droit prescrit une procédure élaborée pour l'autorisation de la convention, décrit les étapes à suivre par l'intéressé, le conseil et l'assemblée générale. Il

1. Cede & Co. v. Technicolor, Inc. 22 octobre 1993, préc.

2. Barkan v. Amsted Industries, Inc: 567 A. 2d 1279 (Del. 1989).

3. Nagy v. Bistricher: 770 A. 2d 43, n° 2 (Del. Ch. 2000).

4. Orman v. Cullman, 26 février 2002 : 2002 Del. Ch. LEXIS 137, HN1; Del. Ch., 794 A. 2d 5 (Del. 2002).

5. Même avant sa modification par la loi promulguée par le décret n° 9798 du 4 mai 1968.

6. CA Paris, 18 juin 1991, Bull. Joly, mars 1992, p. 277, note A. Couret.

guide en quelque sorte le processus dans tous ses détails, comme si le législateur n'avait voulu laisser aucun prétexte d'ambiguïté permettant aux personnes visées d'échapper à la réglementation. Une procédure, certes lourde, mais beaucoup plus complète que celle prévue dans les systèmes juridiques libanais et américains; mais malheureusement bien moins flexible.

Les obligations fiduciaires ont été instaurées en faveur de la société et des associés¹. Elles sont, en général, à la charge des dirigeants d'une société, mais aussi des associés prédominants envers les autres associés, minoritaires.

L'obligation de diligence (A) et l'obligation de loyauté (B) trouvent leur application dans beaucoup de domaines dans le droit des sociétés mais nous ne retiendrons ici que les aspects de ces obligations qui concernent les conventions réglementées qui pèsent lourd sur les personnes visées par la réglementation des conventions.

A. Obligation de diligence

Le principe de l'obligation de diligence (1.) nous révélera une certaine intransigeance légale dans l'appréciation du comportement des dirigeants qui sont les débiteurs de cette obligation. Cela nécessite un assouplissement par le moyen de palliatifs qui atténuent la rigueur de ce principe (2.).

1. Principe

L'obligation de diligence est assumée par les dirigeants sociaux.

En droit libanais, aucun texte de portée générale ne trace des directives pour l'exercice par les administrateurs de leurs mandats de gestion. Des articles spécifiques engagent la responsabilité des administrateurs en cas de fraude, violation de la loi et des statuts² ou en cas de fautes de gestion³. C'est apparemment cette épée de Damoclès qui sert de menace contre la commission d'actes susceptibles d'engager leur responsabilité en vertu des textes en vigueur. Les auteurs de *LCCG* ont voulu combler cette lacune en prescrivant que les membres du conseil d'administration d'une société anonyme ont une obligation de diligence (*duty of care*) à l'égard de la société et qu'ils doivent tout le temps agir de bonne foi avec *candor* (sincérité), donc honnêtement, franchement et sincèrement, évitant tout conflit

1. Cass. com., 27 février 1996, préc.; Cass. com., 24 février 1998 : JCP G., 1999, II, 10003, note M. Keita ; elles bénéficient également au reprenneur d'une société en difficulté; CA Paris, 25 septembre 1996 : JCP E, 1996, p. 436.

2. Art. 166, al. 1, C.com.lib.

3. Art. 167, al. 1, C.com.lib.

d'intérêts potentiel ou actuel, dans l'intérêt social et en conformité avec les statuts sociaux, et les lois en vigueur¹. Ce Code préconise également l'adoption d'un « *Directors' Charter* » (charte d'administrateurs) aux termes de laquelle l'administrateur s'engage, en sus de ses autres obligations que nous venons de mentionner, à exercer la diligence de toute personne ordinaire et prudente se trouvant dans des circonstances pareilles² et d'entreprendre toutes les démarches raisonnables pour s'informer sur toutes les questions, même si cela implique la consultation d'experts indépendants, et de contrôler la gestion et les finances sociales³.

En France, la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 semble avoir ouvert la voie à l'amélioration du contrôle interne d'une société française, considérée comme « l'un des points clés du dispositif visant à responsabiliser le conseil d'administration au regard de son devoir de diligence »⁴. Les administrateurs « doivent accomplir leurs fonctions avec diligence et bonne foi »⁵. Ils sont aussi tenus d'une obligation générale de prudence⁶. Des décisions de justice en France « invoquent une obligation de vigilance, de perspicacité, de surveillance active et efficace de la direction de la société pour qualifier le devoir de diligence des administrateurs »⁷.

La bonne foi et la confiance sont deux notions essentielles de l'intégrité morale dans les sociétés commerciales aux Etats-Unis. Le *duty of care* ou *duty of due care*⁸ ou l'obligation de diligence, a été définie par ses composantes essentielles. L'administrateur est considéré comme ayant rempli son obligation de diligence s'il a agi de bonne foi et d'une manière qu'il croit raisonnablement être « *in the best interest* » (au mieux des intérêts) de la société⁹. C'est un *Standard of Conduct for Directors* (norme de conduite pour les administrateurs). Les administrateurs sont appelés à exercer leur mandat et assumer leurs devoirs « *with the care that a person in a like position would reasonably believe appropriate under similar circumstances* »¹⁰ (avec la diligence qu'une personne dans une position pareille considère raisonnablement comme appropriée dans des circonstances similaires).

1. Section II (B) (1) LCCG, p. 17.

2. Annexe G (1) (a) LCCG, p. 43 ; disposition empruntée à § 8.30 (II) RMBCA, p. 42.

3. Idem, G (1) (b)..

4. F. Peltier, *La Corporate Governance au secours des conseils d'administration*, op. cit., p. 19.

5. Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, op. cit., n° 388, p. 443. Cette combinaison de notions de bonne foi et de diligence rapproche la définition de l'obligation de diligence de celle adoptée en droit américain.

6. P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 713, p. 477.

7. F. Peltier, *La Corporate Governance au secours des conseils d'administration*, op. cit., p. 47.

8. H. Henn et J. Alexander, *Law of Corporations and other Business Enterprises*, op.cit., n°234, p. 621.

9. § 8.30 (I) RMBCA, p. 42.

10. Idem, § 8.30 (II).

ALI PCG ont été aussi explicites et détaillés dans leur définition de l'obligation de diligence que le *RMBCA*. Ils ont toutefois combiné en une seule disposition les conditions d'une bonne diligence, telle que posées par le *RMBCA*¹ sous un titre clair et significatif : « *Duty of Care of Directors and Officers* »² (Obligation de diligence des administrateurs et dirigeants exécutifs).

Des praticiens ont résumé cette obligation comme étant celle pour les dirigeants (*directors* et *officers*) de « *inform themselves, prior to making a business decision, of all material information reasonably available to them* » (s'informer, avant de prendre une décision d'affaires, de toutes les informations essentielles qui leur sont raisonnablement disponibles) et « *act with requisite care* » (agissent avec la diligence requise) dans l'accomplissement de leurs obligations³.

2. Palliatif à la rigueur de l'obligation de diligence

Les dirigeants, dans l'exercice au quotidien de leur mandat social, font face à maintes difficultés. Leurs choix balancent entre l'accroissement des bénéfices sociaux, qui ne va pas sans certains risques, et l'adoption conservatrice d'une stratégie traditionnelle. Certaines décisions les impliquant personnellement semblent aller à l'encontre de leur devoir de diligence. C'est le cas du *self dealing* ou contrats avec soi-même. L'esprit entrepreneur du réalisme économique américain a créé un palliatif à la rigueur de l'obligation de diligence. C'est le *business judgment rule* (Règle du jugement d'affaires). Nous avons eu l'occasion, au début de cette thèse⁴, de présenter cette règle comme étant la manifestation d'une présomption de l'existence d'une justification au conflit d'intérêts, qui peut survenir en raison de l'exercice du mandat social. Sans vouloir surcharger cette section par une répétition inutile, nous confirmons que, dans notre contexte d'obligation de diligence, la rigueur de cette dernière est fortement atténuée par le fait que les actes des dirigeants qui vont à l'encontre de cette obligation sont parfois justifiés par des impératifs supérieurs imposés par l'intérêt social.

Les dirigeants américains avaient besoin d'un *safe harbor* (havre sûr), genre de bouclier contre les attaques des actionnaires et l'éventuel recours à la justice pour engager leur responsabilité pour faute de gestion. La *business judgment rule* rend l'engagement de cette responsabilité plus difficile, car la preuve incombe à celui qui allègue que l'obligation de

1. V. § 8.30 (I) et (II) *RMBCA*, p. 42.

2. § 4.01 *ALI PCG*, vol.1, partie IV, p. 138.

3. Morrison & Foerster LLP., Boardroom Best Practices are Changing: The Need to Demonstrate « Good Faith », site internet, library, findlaw.com, 26 sept. 2003, consulté le 1 décembre 2007.

4. V. supra, Présomption de l'existence d'une justification au conflit – Règle du business judgment, pp. 66 et s.

diligence a été violée. Trois conditions doivent être simultanément remplies par un administrateur, ou un *officer* de bonne foi, pour que cette règle puisse être appliquée : (1) il ne faut pas qu'il soit intéressé à l'acte (2) ; il doit être suffisamment informé du sujet en fonction duquel il invoque la règle ; et (3) il doit croire d'une façon rationnelle que le jugement d'affaires qu'il porte est au mieux des intérêts de la société¹.

Cette notion est enracinée dans le corps des principes du droit des sociétés américaines, qui essentiellement prive les tribunaux de la faculté de *second guess* (repenser) les décisions des dirigeants ayant agi d'une manière convenable. Le motif étant que les administrateurs, non intéressés à une convention et bien informés, qui approuvent une décision soumise au conseil, sont présumés avoir agi de bonne foi et au mieux des intérêts de la société². Pour pouvoir invoquer la *business judgment rule*, l'administrateur doit avoir déployé les efforts nécessaires et exercé toutes les diligences raisonnables pour s'informer sur les données essentielles afin de pouvoir prendre une décision. A moins de faute lourde, l'administrateur ne peut être tenu personnellement responsable pour une simple erreur de jugement ou une imprudence³.

La responsabilité pour violation de l'obligation de diligence, quand cette dernière pèse sur un administrateur non intéressé, qui peut donc profiter de la protection de la *business judgment rule*, peut même être totalement éliminée. Le droit des sociétés du Delaware permet de disposer dans les statuts d'une société que la *personal liability* (responsabilité personnelle) d'un administrateur envers la société ou ses actionnaires, pour « *monetary damages* » (dommages et intérêts, ou réparation financière), à cause de la violation d'une obligation fiduciaire en tant qu'administrateur, est écartée, à l'exception des cas de violation, entre autres, du devoir de loyauté⁴.

En droit français, l'opération essentielle, ou la convention nécessaire à la survie de la société, est tolérée puisqu'il y va de l'intérêt social. Dans ce sens, le droit français va plus loin que le droit américain puisqu'il accepte que des intéressés concluent des conventions avec leur société, alors que l'application exonératoire du *business judgment rule* en droit américain n'est acceptée que si celui qui porte le jugement est non intéressé à la convention. Dans le cas contraire, il incombe à l'intéressé de prouver que la convention est *fair* pour la société.

1. § 4.01 (c) ALI PCG, Vol.1, Partie IV, p. 139; L. Solomon et A. Palmiter, Corporations, op. cit., § 11.3.1, p. 195.

2. Grobow v. Pevot: 539 A. 2d 180, 187 (Del. 1988).

3. Schlensky v. Wrigley: 237 N.E. 2d 776 (Ill. 1968).

4. 8 § 102 (b) (7) DCLA, p.5. Les autres conditions de l'exonération étant que l'administrateur doit avoir agi de bonne foi, sans avoir violé la loi en connaissance de cause ; ou avoir été responsable d'un « misconduct » (comportement répréhensible).

B. Obligation de loyauté

L'obligation de loyauté est aux Etats-Unis une création jurisprudentielle¹. Une très bonne définition de cette obligation est donnée dans un arrêt de la cour suprême de Delaware ; elle résonne parfaitement dans nos deux autres systèmes juridiques: « *The duty of loyalty mandates that the best interest of the corporation and its shareholders takes precedence over any interest possessed by a director, officer or controlling shareholder and not shared by the shareholders generally* »² (Le devoir de loyauté dicte que le meilleur des intérêts de la société (anonyme) et de ses actionnaires prévaut sur n'importe quel autre intérêt possédé par un administrateur, fonctionnaire exécutif, ou actionnaire contrôlant qui n'est pas partagé par tous les actionnaires).

Les obligations fiduciaires pèsent, *a priori*, sur les dirigeants (1.), auxquels les associés ont confié le destin de leur société. Mais elles pèsent aussi sur ces derniers. On exige tout aussi bien des associés majoritaires, ou prépondérants, d'une société (2.) d'agir avec une certaine loyauté envers les associés minoritaires et aussi envers les dirigeants.

1. Obligation de loyauté à la charge des dirigeants

Le Code de commerce libanais ne proclame aucun principe général concernant le devoir ou l'obligation de loyauté des dirigeants de sociétés commerciales. L'art. 158 C.com.lib., objet de notre thèse, est pourtant une des manifestations de la raison d'être de l'obligation de loyauté. Cette dernière visant avant tout à éviter que les dirigeants n'agissent d'une manière qui pourrait créer un conflit entre leurs intérêts personnels et l'intérêt social, au détriment de la société et de ses associés, est bel et bien, quoique implicitement, incorporée dans l'article en question dont la finalité est d'empêcher les administrateurs de contracter avec la société sans avoir reçu l'autorisation préalable de l'assemblée générale³. Le LCCG a voulu renforcer la disposition légale imposant aux administrateurs de subordonner leurs intérêts personnels à ceux de la société, agissant tout le temps de bonne foi ; et cela en s'abstenant de contracter avec elle quand une personne visée, un membre de sa famille, une de ses relations d'affaires ou toute autre partie qui lui est étroitement affiliée (*closely affiliated*), a un intérêt financier dans le contrat en question⁴.

1. Guth v. Loft, Inc., préc.

2. Cede & Co. v. Technicolor, Inc., préc.

3. Art. 158, al. 1, C.com.lib.

4. Annexe G (2) (a) LCCG. Cette annexe interdit aux personnes visées de participer à des activités qui entrent en concurrence avec l'activité sociale [(Annexe G (b)) ou d'usurper une chance commerciale [(Annexe G(c)) ; de conclure d'autres actes créant des conflits d'intérêts (Annexe G (d)) ; de bénéficier d'un prêt personnel non disponible aux autres [(Annexe G (e)) ; de commettre un délit d'initié ou de révéler des informations sociales confidentielles [(Annexe G (f)).

En droit français, et contrairement au droit américain, la loyauté pour un mandataire social ne se limite pas à la définition d'une droiture de comportement ; des règles impératives viennent encadrer les situations de conflit d'intérêts des dirigeants ou des administrateurs avec la société dans laquelle ils exercent leur mandat¹. On a parlé aussi d'une forme de conduite². Un dirigeant manque à son obligation de loyauté à l'égard de tout associé en dissimulant, par exemple, aux associés minoritaires une information relative à son intérêt personnel dans une convention³. L'obligation de loyauté pour un dirigeant consiste, en de termes simples, à ne pas faire prévaloir ses intérêts personnels sur ceux de la société qu'il dirige. Il doit se comporter d'une manière loyale envers la société et les associés. Cette obligation se traduit par l'interdiction de conclure une convention qui comporte ou a pour conséquences un abus de biens sociaux ; il n'est censé gérer que dans l'intérêt de la société.

C'est la jurisprudence en droit français qui a affirmé l'existence d'un devoir de loyauté des dirigeants à l'égard de tous les actionnaires⁴, et de la société⁵. Dans son appréciation de ce devoir, la jurisprudence mesure en quelque sorte l'intérêt social en fonction des circonstances de chaque espèce. C'est ainsi que, par exemple, la rémunération des administrateurs de sociétés cotées en bourse qui est plus élevée que celle versée par les sociétés qui ne le sont pas (sociétés de famille où l'administrateur exerce le plus souvent son mandat à titre gratuit), la jurisprudence, dans son appréciation du devoir de loyauté, est plus exigeante des premiers que des seconds⁶.

Aux Etats-Unis, l'obligation de loyauté est « plus qu'un devoir moral », les tribunaux y faisant « constamment appel »⁷. C'est un sujet qui prête de plus en plus à un contentieux lourd aux Etats-Unis⁸. Les dirigeants sont tenus d'un devoir de *loyalty and allegiance* envers la société ; une loyauté qui est *undivided* (entendre, non partagée) et une allégeance qui n'est influencée par aucune considération autre que le *welfare* (bien-être) de la société. La notion

-
1. F. Peltier, La Corporate Governance au secours des conseils d'administration, op. cit., p. 45 ; c'est l'incapacité d'un mandataire de contracter avec soi-même. Une notion similaire à celle adoptée aux Etats-Unis ; v. *Guth v. Loft*, (Del-1939) préc. ; cas d'usurpation de chance commerciale et non de conventions réglementées.
 2. A. Tunc, Le droit américain des sociétés anonymes, op. cit., n° 78, p. 137.
 3. Cass. com., 12 mai 2004: Bull. Joly, août-septembre 2004, § 218, p. 1114; cas de réticence dolosive.
 4. P. Le Cannu et B. Dondero, Droit des sociétés, op. cit., n° 792, p. 535; v. aussi n° 713, p. 477 ; Cass. com., 27 février 1996 : Bull. Joly, juin 1996, § 167, p. 492, note P. Le Cannu.
 5. Ph. Merle, Droit commercial, Société commerciales, op. cit., n° 388, pp. 445 et 446.
 6. Idem, p. 446
 7. H. Lepargneur, Les sociétés commerciales aux Etats-Unis d'Amérique, op. cit., n° 78, p. 137.
 8. N. P. Beveridge, Interested Director Contracts at Common Law : Validation under the Doctrine of Constructive Fraud, op. cit., p. 99.

de l'intérêt social est ici complétée ou plutôt qualifiée (avec ambiguïté d'ailleurs) par celle de *welfare social*¹.

Les conventions réglementées constituent l'exemple le plus fréquent de la violation par un dirigeant de son devoir fiduciaire de loyauté. Contracter avec sa société à des conditions *unfair*, comme dans le cas où il y a une disparité entre la *transaction fair value* (valeur équitable de la transaction), et la *transaction price* (prix de la transaction), est comparé au cas où la différence a été indûment accaparée ou détournée par le dirigeant². Comme nous l'avons déjà souligné, les administrateurs de sociétés anonymes américaines, qui se trouvent dans une situation de conflits d'intérêts avec leur société (*self dealing*), en violation de leur devoir de loyauté, ne peuvent pas invoquer le *business judgment rule* et sont soumis au test de l'*entire fairness*³.

En définissant les « *Standards of Liability for Directors* » (Normes de la responsabilité des administrateurs), le *RMBCA*⁴ adopte, comme la plupart des textes du droit des affaires et des sociétés américaines, une tournure négative pour poser les conditions de responsabilité des administrateurs. Ceux-ci « *shall not be liable* » (ne seront pas responsables) ou « *Unless the party assenting liability* » (à moins que la partie invoquant la responsabilité). Cette responsabilité ne se trouvant engagée que si l'administrateur n'agit pas de bonne foi⁵, ou s'il prend une décision qu'il n'a pas raisonnablement cru être au mieux des intérêts de la société ou qu'il n'a pas été suffisamment informé à son sujet et a pris quand même une décision s'y rapportant. Agissant de la sorte, l'administrateur, l'*officer* ou un autre dirigeant viole son devoir de loyauté et du *fair dealing* avec sa société⁶. Ce *fair dealing* exige que les administrateurs, les *senior executives* (cadres dirigeants) et les *controlling shareholders* (actionnaires dominants, contrôlants), quand ils sont intéressés à une convention à conclure avec la société révèlent l'intérêt et autres détails de la convention à l'organe social censé l'autoriser à l'avance ou la ratifier⁷. Cette révélation est une des conditions de son *fairness*.

Les notions de *fairness* et « au mieux des intérêts de la société » ne sont pas objectives. Elles doivent être appréciées dans le « *full business context of a transaction* » (le contexte d'affaires entier de la convention)⁸. L'obligation de loyauté veut que dans des conventions

1. H. Henn et J. Alexander, *Laws of Corporations and other Business Enterprises*, op. cit., § 235, p. 626.

2. L. Solomon et A. Palmiter, *Corporations*, op. cit., § 11.2.2, p. 195.

3. V. supra, Présomption de l'existence d'un conflit - Règle de l'intrinsic (entire) fairness, pp. 61 - 63.

4. § 8.31 *RMBCA*, p. 43.

5. Idem, 8.31 (1) (B) (1), p. 43.

6. § 5.01 *ALI PCG*, vol.1, partie V, p. 205.

7. Idem, § 5.02 (a) (1), p. 209.

8. L. Soderquist, L. Smiddy et L. Cunningham, *Corporations and Other Business Organizations, Cases, Materials, Problems*, op. cit., p. 584.

conclues par un dirigeant avec la société, ces conventions soient appréciées par comparaison à des conventions pareilles qui auraient pu être conclues avec un tiers non liés à la société (*unrelated third party*), à condition qu'elle soit « au mieux des intérêts de la société ».

2. Obligation de loyauté à la charge des associés

Il s'agit de distinguer, en ce qui concerne l'obligation de loyauté, le principe de la protection générale d'une société dominée dans un contexte libre, en dehors d'un groupe de sociétés (a) et les cas très fréquents où la société holding d'un groupe, ou bien la société d'investissement spécialisée d'un groupe chargée de prendre des participations pour son compte, intervient dans des conventions avec ses filiales aux dépens des associés minoritaires de ces dernières (b).

a) Hors groupe de sociétés

Le droit libanais n'impose aucune obligation spécifique, de nature fiduciaire ou d'une autre nature, sur les associés d'une société envers leurs coassociés, à part la responsabilité du droit commun qui peut être engagée contre eux pour abus de majorité.

Par contre, les droits français et américains ont défini avec clarté l'obligation de loyauté à la charge des associés majoritaires d'une société envers la société elle-même et leurs coassociés.

En droit français, l'associé a une obligation générale de bonne foi à l'égard de la société et de ses coassociés. On exigera plus de l'associé dirigeant que de l'associé non dirigeant¹. Pourtant, dans les sociétés à responsabilité limitée françaises, l'associé gérant peut conclure une convention avec sa société sans approbation préalable de l'assemblée générale, s'il n'existe pas un commissaire aux comptes². Ce qui déjoue en quelque sorte le principe général (et logique) étayé plus haut. La doctrine reconnaît aussi le devoir de loyauté des associés d'une SARL envers les autres associés, la société elle-même et « la gérance »³. « Les associés doivent avoir un comportement loyal, qui participe du principe général de bonne foi »⁴. En outre, en assimilant la relation juridique entre un dirigeant et la société qu'il dirige à celle

1. Y. Guyon, *Traité des contrats, Les sociétés*, op. cit., n° 36, p. 68.

2. Art. L. 223-19, al. 2, C.com.fr.

3. Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, op. cit., n° 207-1, p. 236.

4. *Idem*.

respectivement d'un mandataire et son mandant, l'obligation de loyauté exigée par la jurisprudence du mandataire à l'égard de son mandant¹ se trouve confirmée.

L'actionnaire qui contrôle la direction (*management*) d'une société américaine (Delaware) a une obligation fiduciaire (de loyauté) envers la société et les actionnaires² qui est comparable à celle d'un administrateur envers tous les actionnaires³. Les actionnaires dominants ou contrôlants sont normalement ceux qui disposent de droits de vote suffisants pour déterminer les résultats sur une question mise au vote de l'assemblée générale des associés. Bien entendu, la majorité, dans la démocratie sociale, a le droit de contrôler la société, par les dirigeants qu'elle désigne et aussi à travers les décisions de l'assemblée générale. Ce contrôle ne saurait toutefois être absolu. « *The majority has the right to control; but when it does so, it occupies a fiduciary relation toward the minority* »⁴ (la majorité a le droit de contrôler; mais quand elle le fait, elle occupe une position fiduciaire envers la minorité).

b) Dans les groupes de sociétés

Dans les relations entre « *parent* » et « *subsidiary* » (société mère et filiale) américaines, la société mère majoritaire a une obligation fiduciaire de loyauté envers sa filiale : « *Those exercising control through the medium of a holding company must be and have been recognized as standing in a fiduciary relationship toward the rest of the body of shareholders* »⁵ (Ceux qui exercent le contrôle par le moyen d'une société holding doivent, et ont été reconnus, être dans une relation fiduciaire envers le reste du corps des associés). L'existence de cette relation n'est pas pour autant suffisante pour invoquer l'application de l'*intrinsic fairness standard*. Nous rappelons que ce *standard* exige que la société mère prouve que la convention conclue avec sa filiale était *fair*, écartant par ce fait le *business judgment rule*, un test qui est plus favorable à l'intéressé et qui constitue une présomption de *sound business judgment*⁶ (jugement d'affaires sain).

1. Cass. civ., 12 décembre 2000 : JCP E, 2001, p. 2008, note C. Youego.

2. 8 § 141 DCLA, note p. 32 ; Harriman v. E.I. DuPont De Nemours & Co: 23 décembre 1975 : 1975 US. Dist. LEXIS 14646 ; 411 F. Supp., 133, 142 (D. Del. 1975).

3. 8 § 212 DCLA, note p. 84 ; Allied Chem. & Dye Corp. v. Steel & Tube Co. of Am: 14 Del. Ch. 1; 120 A. 486 (1923).

4. Zahn v. Transamerica Corp., 30 juin 1947: 1947 US App. LEXIS 293 ; 162 F. 2d 36 (3rd cir. 1947); Locati v. Johnson, 21 avril 1999: 1999 Or. App. LEXIS 618; 160 Or. App. 63.

5. R. Stevens, Handbook on the Law of Private Corporations, op. cit., § 124, p. 563.

6. Sinclair Oil Corp. v. Levien, 18 juin 1971, préc. Cet arrêt de principe porte sur la distribution de dividendes jugés excessifs par le demandeur, et non sur une convention. Le principe qu'il établit est applicable à toutes les espèces où l'obligation fiduciaire de loyauté est imposée, y compris les conventions entre sociétés dominantes et sociétés dominées.

Toutefois, si la convention comporte un *self dealing* (contrat avec soi-même), en vertu duquel la société mère reçoit un *benefit* (avantage ou profit) de la filiale, qui n'est pas reçu par les actionnaires minoritaires, et a été conclue au *detriment* (détriment) de la filiale, le standard de l' *intrinsic fairness* est repris¹.

Les cas où une société mère contracte avec une filiale sont très fréquents. Comme nous l'avons déjà vu, de tels contrats ne sont pas toujours conclus *at arm's length*, à des conditions commercialement favorables à la filiale dominée, la société mère exécutant la politique du groupe et agissant dans son seul intérêt. Ces contrats peuvent facilement se solder par l'appauvrissement de la filiale et l'enrichissement de la société mère. Dans ce cas extrême, la société mère est considérée comme ayant violé son devoir de loyauté en recevant un avantage non partagé par les associés minoritaires de la filiale.

La situation est bien entendu différente dans le cas où le capital de la filiale est détenu entièrement par la holding. L'unicité de l'associé écarte toute possibilité que la société mère puisse profiter aux dépens d'autres associés (inexistants) de la filiale, dans une convention conclue entre ces deux sociétés. On ne peut parler dans ce cas d'obligation de loyauté ni de conflit d'intérêts. Cela dit, on relève qu'une obligation de loyauté reste due à travers la filiale à 100% à l'égard des créanciers de cette filiale, des futurs repreneurs² ou des futurs associés minoritaires, au cas où la société mère dispose de l'intégralité ou d'une fraction prépondérante du capital de sa filiale³. L'abus qui peut aboutir à la violation de l'obligation de loyauté consiste dans ce cas essentiellement à faire conclure des conventions entre les deux sociétés sous le couvert, bien entendu, de leurs personnalités morales respectives distinctes, dont le véritable but est de vider les caisses de la filiale au profit de la société mère.

* * *

Les législateurs dans les trois systèmes juridiques étudiés, nous venons de le voir, n'ont pas ménagé des droits dont jouissent normalement des dirigeants et les associés pour servir une plus grande cause, à savoir la prévention des conflits d'intérêts au sein des sociétés. La liberté contractuelle cède la place à un certain dirigisme pour une plus grande cause, celle de l'intérêt social. Que ce soit au niveau des parties contractantes, ou de l'objet des conventions,

1. E. Emanuel, *Corporations*, op. cit., p. 260.

2. Comp. avec obligations fiduciaires en droit français dont bénéficient les repreneurs d'une société en difficulté : Cass. com., 24 février 1998, préc. Dans ce cas, l'obligation de loyauté pèse sur les « promoteurs » de l'opération.

3. L. Solomon et A. Palmiter, *Corporations*, op. cit., § 17.2.1, p. 280.

la loi et la jurisprudence interviennent pour limiter les risques des conflits d'intérêts. C'est pourquoi les contrats avec soi-même, dans les situations où l'intéressé envisage de contracter d'une part, en sa qualité de dirigeant, par exemple, agissant pour le compte de sa société mandante, et d'une autre part en sa qualité personnelle¹, ne sont admis dans les conventions réglementées que s'ils ont été autorisés à l'avance.

Cette autorisation qui intervient à la suite de la révélation de l'intérêt personnel est une garantie de la *fairness* d'une convention pour la société. Nous avons aussi vu comment un groupe de sociétés, quoique dépourvu de la personnalité morale, jouit quand même d'une autonomie découlant de la volonté du groupe, elle-même dérivée de l'existence d'un intérêt du groupe indépendant des intérêts respectifs des sociétés qui le composent, et qui justifie parfois le sacrifice de l'autonomie de la volonté individuelle de chacune de ces sociétés. Les intéressés perdent aussi totalement, du moins en droit libanais et en droit français, leur liberté contractuelle quand l'objet de la convention est lié au crédit de la société, avec certaines tolérances permises surtout dans les groupes de sociétés. Les exceptions aux principes généraux du droit civil, renforcées par des exceptions aux principes généraux du droit des sociétés, sont venues prévenir que des intéressés indéclicats, dirigeants ou associés, n'abusent de leurs droits, particulièrement le droit de vote, dans les réunions sociales qui doivent statuer sur l'autorisation ou l'approbation de la convention à laquelle ils sont intéressés. Les règles de gouvernement d'entreprise, telles qu'appliquées dans les conventions réglementées, concernant l'obligation de transparence et la nécessité de l'information des organes sociaux internes : dirigeants et des associés, et externes, les commissaires aux comptes, et concernant aussi les obligations fiduciaires de diligence et de loyauté, sont mises à la charge des dirigeants et associés surtout ceux qui sont dominants et influents.

Mais comment faire pour que toutes ces garanties ne restent pas de simples hommages à l'intérêt social, l'élevant à un rang théorique supérieur, sans réussir pour autant à éviter qu'il ne soit maltraité par les intérêts cupides de ceux qui sont censés le protéger, autrement qu'en imposant des sanctions pour le préjudice subi (Chapitre 2).

* * *

1. Bien que contracter de la sorte ne pose plus le problème théorique de l'unicité du contractant, qui peut agir en double qualité.

CHAPITRE 2

SANCTIONS DE L'ATTEINTE À L'INTÉRÊT SOCIAL

Les sanctions prévues en cas d'atteinte à l'intérêt social sont doubles. La première sanction vise la convention elle-même, ou l'acte juridique responsable de cette atteinte. La mise en cause de la convention préjudiciable à la société est une sanction radicale qui empêche la convention de produire ses effets dommageables pour l'intérêt social. Cette sanction est à éviter quand la convention a déjà commencé à produire ses effets, pour ne pas compromettre la sécurité des transactions et les droits des tiers. Elle devient bien entendu impossible si la convention a été entièrement exécutée (Section 1).

La deuxième sanction va au-delà, puisqu'elle met en cause la responsabilité personnelle des violateurs de la réglementation. La nullité de la convention préjudiciable à la société est, comme nous le verrons, facultative et non exclusive. C'est pourquoi elle est renforcée par l'engagement de la responsabilité personnelle de celui qui cause le préjudice ; c'est une responsabilité civile et ce peut être aussi une responsabilité pénale. Cette sanction qui frappe la personne de l'intéressé, simple violateur ou délinquant, ne doit pas être considérée seulement comme une sanction de rattrapage, quand la nullité de la convention préjudiciable n'est pas possible, mais plutôt comme une menace pour faire raisonner les intéressés à une convention, offrant ainsi une garantie supplémentaire de la primauté de l'intérêt social. C'est grâce à cette sanction que nous avons vu ces dernières années des dirigeants de sociétés sous les verrous pour avoir abusé des biens sociaux et violé leurs obligations fiduciaires envers leurs sociétés. La médiatisation de cette sanction constitue en elle-même un moyen assez dissuasif qui décourage des abus de ce genre (Section 2).

Section 1. Mise en cause de l'acte juridique préjudiciable à la société

La mise en cause des actes juridiques préjudiciables à la société consiste essentiellement en l'annulation de ces actes (§1). Cette annulation, quand elle ne fait pas l'objet d'une décision d'un organe social, revenant sur une décision d'autorisation ou d'approbation antérieure, ou par la conclusion d'un acte juridique annulant l'acte préjudiciable, ne peut être effectuée que moyennant une action judiciaire en nullité (§2).

§1. Nullité des actes préjudiciables

Quels sont les actes juridiques qui sont concernés? Il y a les délibérations de l'organe social (A) et les conventions elles-mêmes (B). Nous ne nous attarderons pas sur les premières qui ne nous concernent pas directement dans cette thèse, mais qu'il ne faut quand même pas négliger à cause de l'incidence de l'annulation des délibérations, dans certains cas, sur les conventions elles-mêmes. Le droit américain n'accorde pas la même importance à cette incidence puisqu'il maintient une convention même dans le cas d'une irrégularité dans la tenue ou le fonctionnement de la réunion de l'organe social concerné.

A. Nullité des délibérations des organes sociaux

Dans l'ordre normal des choses, une convention ne pouvant être conclue en droit libanais avant d'avoir été autorisée par l'assemblée générale, et en droit français avant d'avoir été autorisée par le conseil d'administration ou de surveillance, la décision collective prise par ces organes est en soi un acte qui peut être exposé à l'annulation si les délibérations¹ des organes sociaux mentionnés ont eu lieu d'une manière irrégulière ou illégale.

En droit libanais, si l'irrégularité fausse le résultat obtenu², la délibération est annulable.

La jurisprudence française applique, quoique rarement, la théorie du « vote utile » qui rejoint ladite réserve en droit libanais, rejetant l'action des associés minoritaires tendant à annuler une « délibération à chaque fois où le vote n'aurait pu faire pencher la balance »³. De même, en droit français, si l'ordre du jour d'une réunion du conseil d'administration ne mentionne pas la question d'une convention réglementée d'une manière spécifique, et sous un point séparé, la délibération est passible d'annulation⁴.

1. Ce terme est utilisé pour signifier tout aussi bien « l'examen d'un texte par une assemblée en vue de son adoption », que par extension les « décisions ou avis issus de la séance au cours de laquelle une assemblée a délibéré » : v. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 277 ; Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, op. cit., n° 486, p. 587, note 1 : « décisions précises par les organes collectifs de la société ».

2. Art. 214, al. 1, C.com.lib.

3. D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, op. cit., n° 313, p. 307.

4. Cass. com., 3 mai 2000: Bull. Joly, août-septembre 2000, § 198, p. 821, note P. Le Cannu.

Les décisions des assemblées générales, adoptées en violation d'articles spécifiques du Code de commerce sont aussi nulles de plein droit¹; d'autres sont seulement annulables². Ainsi, l'absence du rapport spécial sur les conventions de l'art. L. 225-40, al. 3, C.com.fr., ou l'absence de mentions importantes ne permettant pas à l'assemblée générale de statuer en connaissance de cause, entraîne la nullité de toute délibération approuvant une convention visée par la réglementation, l'assemblée ne pouvant statuer sans être informée sur cette question³. En outre, l'art. L. 235-1, al. 2, C.com.fr. dispose expressément que « la nullité d'actes ou délibérations autres que ceux prévus à l'alinéa précédent⁴ ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent livre ou des lois qui régissent les contrats »⁵. Or, en ce qui concerne notre sujet, la loi prévoit des dispositions ou interdictions à caractère impératif. Leur violation justifie donc l'annulation des délibérations les concernant. Le dirigeant qui prend part au vote expose la convention à laquelle il est intéressé à la nullité, même sans l'établissement de la preuve d'un préjudice à la société⁶; et même si son vote n'influence pas le résultat, la majorité étant atteinte de toute façon, sans compter ses voix.

-
1. Art. L. 225-121, al.1, C.com.fr.; les articles visés sont: art. L. 225-96, C.com.fr. (compétences, quorum, majorité de l'assemblée générale extraordinaire) ; art. L. 225-97 C.com.fr. (Conditions de changement de la nationalité d'une société) art. L. 225-98 C.com.fr. (Compétences, quorum, et majorité de l'assemblée générale ordinaire) ; art. L. 225-99, al. 3 et 4 C.com.fr. (quorum et majorité des assemblées spéciales); art. L. 225-100, al. 2 C.com.fr. (Rapport du commissaire aux comptes à l'assemblée générale ordinaire; art. L. 225-105 C.com.fr. (ordre du jour d'une assemblée) et art. L. 225-114 (feuille de présence).
 2. Art. L. 225-121, al.2, C.com.fr ; les articles ici visés sont L. 225-115 C.com.fr. (droit de communication des associés). Ce droit inclut celui de recevoir les rapports des commissaires aux comptes (Art. L. 225-115 (2°) C.Com.fr) entre autres, le rapport spécial sur les conventions, et art. L. 225-116 C.com.fr. (Communication de la liste des actionnaires).
 3. I. Balensi, Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, op. cit., n^{os} 210 et 211, pp. 153-155; c'est le cas aussi si un dirigeant fait décider, « dans son seul intérêt et sans égard à l'intérêt de la société », une augmentation rétroactive de sa rémunération... », la délibération du conseil doit être annulée.
 4. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 486, p. 587 ; ce texte est considéré par cet auteur comme un « texte de base » pour les assemblées générales ordinaires.
 5. Art. L. 235-1, al.1, C.com.fr. Ce sont les sociétés et les actes modifiant les statuts ; la controverse liée à l'applicabilité de ce texte quand il y a violation d'une disposition impérative en dehors du livre II du Code de commerce semble avoir été résolue par la jurisprudence qui s'est prononcée pour l'annulation de la délibération, en violation d'une disposition impérative, en dehors du texte du livre II, quand elle est indissociable de la loi qui y fait référence expresse; v. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., p. 588, note 3, citant Cass. com., 15 avril 1982 : Rev.soc. 1983, p. 343, note J. Hémar ; v. aussi G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain, op. cit., n° 1327, p. 235 ; Y. Guyon, Droit des affaires, op. cit., n° 442, p. 454.
 6. Cass. com., 18 octobre 1994: Bull. Joly, décembre 1994, § 368, p. 1311, note P. Le Cannu ; CA Rouen, 19 novembre 1981: D., 1983, inf., rap., p. 71, obs. J.- Cl. Bousquet, et Rev. soc., 1983, p. 347, note M. Guilbertain.

Si des moyens frauduleux ont été utilisés en vue de provoquer des votes¹, la délibération sera nulle, même si le nombre de votes obtenus par de tels moyens n'a pas affecté la majorité. En droit libanais, la notion du vote utile est écartée, en cas de fraude, comme dans les cas d'abus de vote ou abus de majorité².

La délibération est également susceptible d'être annulée si elle a été abusive, bien que cette cause d'annulation ne soit pas expressément prévue dans la loi³. La jurisprudence fonde la nullité dans le cas d'abus de majorité sur le principe de la réparation d'un préjudice (de l'art. 1382, C.civ. fr.), et rarement sur le principe de la protection de l'intérêt commun des associés (de l'art. 1833, C.civ.fr.)⁴. L'abus est constitué du fait même de la prise d'une décision contraire à l'intérêt social, dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité⁵. Ainsi, une décision d'un organe social qui autorise ou approuve une convention à conclure avec un associé ou un administrateur, votée par des associés majoritaires, qui est bénéfique à la société, n'est pas considérée comme abusive et ne peut être annulée. Par contre, une décision du conseil d'administration augmentant la rémunération de son président, si elle est abusive, est passible d'annulation⁶.

L'irrégularité de la réunion de l'organe social entraîne la nullité de toutes les décisions qui y sont prises et, si au nombre de ces résolutions il y en a une ou plusieurs relatives aux conventions réglementées, elles sont considérées comme nulles. Par contre, l'irrégularité de la décision d'approbation n'entraîne l'annulation de la convention objet de la décision que si cette dernière a eu des conséquences préjudiciables à la société⁷.

En droit américain, si le vote de l'intéressé frappé d'une interdiction de vote n'a pas été utile à la prise de la décision en faveur d'une convention réglementée, la délibération et, en conséquence, la convention conclue en vertu de la délibération ne sont pas annulables. Cela même si l'obligation de révélation de l'intérêt personnel n'a pas été exécutée, à condition toutefois que l'administrateur prouve que son défaut de révélation n'a pas été déterminant et

1. En droit français, la fraude consiste en l'utilisation de mensonges et moyens fallacieux pour tromper l'organe délibérant sur la nature et l'importance de l'intérêt personnel ; v. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, *Sociétés Traité, Contrats entre les administrateurs et la société* op. cit., n° 85, p. 17 ; la violation de l'interdiction de voter est assimilable à ces cas.

2. E. Tyan, *Droit commercial*, op. cit., n° 667, p. 753.

3. Ni à l'art. L. 235-1 C.com.fr., ni à l'art. 1844-10 C.civ.fr.

4. P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 159, p. 102.

5. G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain, *Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales*, op. cit., n° 1586, p. 398; Cass. com., 18 avril 1961 : S. 1961, 257, note A. Dalsace (abus de majorité dans la prise d'une décision de report à nouveau de bénéfices).

6. CA Paris, 30 mars 1977: Rev. soc., 1977, p. 470, note J. Hémar.

7. CA Paris, 28 mai 1999 : Bull. Joly, décembre 1999, § 286, p. 1228, note P. Le Cannu.

ne visait pas (élément intentionnel) à influencer le résultat du vote. Dans ce cas, il revient au juge d'apprécier la situation et de prendre une décision concernant la transaction et le vote exprimé à la lumière des circonstances de chaque espèce¹.

Il s'agit en tout cas de ne pas confondre entre l'annulation d'une délibération et celle d'une convention qui en a fait l'objet². Dans certains cas seulement, l'annulation de la délibération entraîne l'annulation de la convention qui a été autorisée ou approuvée et cela quand la décision au sujet de la convention litigieuse a été prise par l'associé majoritaire intéressé dans le « dessein de se favoriser au détriment du minoritaire »³.

B. Nullité des conventions elles-mêmes

Les conventions visées, tant qu'elles n'appartiennent pas à la catégorie des conventions interdites, ne sont pas nulles de plein droit. Mais comment traiter les conventions dites libres et les autres conventions soumises à la procédure de contrôle, quand elles sont conclues en violation de l'intérêt social ?

Le principe de la sécurité des transactions exige parfois, dans l'intérêt social lui-même, le maintien d'une convention avec tous ses défauts et irrégularités. La remise en cause rétroactivement des effets de droit qu'une convention conclue en violation de la réglementation a commencé à produire pourra être plus préjudiciable pour l'intérêt social que ses conséquences dommageables. La seule solution serait alors d'indemniser la société pour ce préjudice en le mettant à la charge de l'intéressé qui en a profité⁴.

Quand est-ce qu'une convention est annulable ? (1.) et quelles sont les caractéristiques de la nullité d'une convention (2.)?

1. Annulabilité des conventions

Quelles sont les causes qui justifient l'annulation d'une convention (a) et quelle preuve faut-il apporter pour que cette annulation ait lieu (b).

1. § 8.63 (d) RMBCA, p. 51.

2. Cass. com., 12 novembre 1969, JCP G, 1970, II, 16264, note Y. Guyon.

3. T. com. Paris, 20 juin 2006, préc.

4. Art. L. 225-41, al. 2, C.com.fr. (SA); art. L. 225-89, al. 2, C.com.fr. (SACS); art. L. 223-19, al. 4, C.com.fr. (SARL), art. L. 227-10, al. 3, C.com.fr. (SAS).

a) Causes de l'annulation

Les conventions visées sont annulables pour des causes qui leur sont propres (1) et aussi pour d'autres causes relatives au fait qu'avant tout ces conventions sont des actes dont l'annulation reste soumise aux causes de nullité de droit commun (2)

(1) Causes propres aux conventions réglementées

On relève trois causes pour l'annulation des conventions qui sont spécifiques et propres aux conventions réglementées : le défaut d'autorisation (par le conseil en droit français et en droit américain et par l'assemblée en droit libanais) ou d'approbation de la convention par l'organe social compétent (par l'assemblée en droit français et en droit américain) (i), la fraude dans la conclusion de la convention (ii) et l'existence d'un préjudice causé à la société résultant de la convention (iii).

(i) Défaut d'autorisation ou d'approbation de la convention par l'organe social compétent

Le défaut, selon les cas, d'autorisation ou d'approbation d'une convention réglementée peut être dû à plusieurs raisons : la qualification erronée d'une convention la considérant comme libre, donc non soumise au contrôle spécial de la réglementation, alors qu'elle aurait dû l'être ; la non soumission d'une convention réglementée à l'organe social compétent ou le refus de l'organe social d'autoriser ou d'approuver une convention qui lui a été régulièrement soumise.

Le droit libanais ne prévoit que l'annulabilité des conventions qui ont été autorisées et seulement en cas de fraude¹. Est-ce à dire que celles qui n'ont pas été autorisées échappent à la nullité? bien sûr que non. Pour certains auteurs, « la nullité de la convention doit être encourue chaque fois que l'une des formalités de l'art. 158 C. com. lib. n'aurait pas été observée dans la conclusion de la convention »². Ces formalités sont : l'avis de l'existence d'un intérêt personnel à une convention que doit donner l'administrateur intéressé au conseil d'administration³; la soumission de la convention à l'assemblée générale d'une société anonyme libanaise pour autorisation⁴; la préparation et la soumission à l'assemblée générale par le conseil d'administration et le commissaire de surveillance⁵ des rapports spéciaux sur

1. Art. 158, al. 3, C.com.lib.

2. Gh. Mahmassani, Les contrat des administrateurs de sociétés anonymes et leurs sociétés suivant l'article 158 nouveau du Code de commerce libanais ; op. cit., p. 64 ; v. aussi C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann., op. cit., commentaire de l'art. 158, note 34.

3. Art. 158, al. 2, C.com.lib.

4. Idem, al. 1.

5. Idem, al. 3.

les conventions. Donc, la convention qui n'a pas été autorisée au préalable par l'assemblée générale d'une société anonyme libanaise est nulle. Ce défaut d'autorisation semble être à lui seul suffisant pour attaquer une convention, comme tous les actes accomplis en violation de la prohibition légale sont nuls¹.

Bien que le droit libanais ne réglemente pas les conventions conclues entre les gérants de sociétés à responsabilité limitée et leur société, la doctrine ne trouve pas de raisons pour que des conventions ainsi conclues sans autorisation préalable ne soient pas annulées². Nous ne partageons pas cet avis qui, en dépit de son bon sens, revient à instaurer, d'une manière indirecte, un contrôle spécial des conventions dans les sociétés à responsabilité limitée. Ce contrôle, étant une mesure d'exception, l'extrapolation dans le droit des sociétés à responsabilité limitée libanaise des textes applicables aux sociétés anonymes, et dans notre cas, plus spécialement de l'art. 158 C.com.lib., ne doit pas être permise. On comprend mieux la proposition déjà faite pour combler la lacune législative en la matière, que les statuts des sociétés à responsabilité limitée libanaises stipulent une interdiction pour les gérants et pour les associés de contracter avec la société sans autorisation préalable de l'assemblée.

En France, la situation est différente puisque la nullité d'une convention réglementée ne peut résulter que du défaut d'autorisation du conseil d'administration et seulement quand la convention cause un préjudice à la société³; le simple défaut d'autorisation n'étant pas suffisant à lui seul pour entraîner la nullité. Les conventions désapprouvées par l'assemblée générale produisent leurs effets à l'égard des tiers, en l'absence de fraude ; elles ne sont donc pas annulables⁴.

(ii) Fraude

« Les conventions approuvées par l'assemblée, comme celles qu'elle désapprouve, produisent leurs effets à l'égard des tiers, sauf lorsqu'elles sont annulées dans le cas de fraude »⁵. Ce texte laisse comprendre que les conventions déjà autorisées par le conseil, qui sont par la suite approuvées par l'assemblée générale, comme celles qui sont désapprouvées, sont annulées dans le cas de fraude. Il est silencieux sur les actes qui peuvent constituer une fraude, et sur le moment où l'intervention de cette dernière vicie ces actes. Est-ce une fraude

1. E. Tyan, *Etudes de droit commercial*, op. cit., p. 377.

2. *Idem*, p. 343.

3. Auparavant, sous l'empire de l'art. 40 de la loi du 24 juillet 1867, le simple défaut d'autorisation était suffisant pour faire annuler une convention ; v. Trib. com. Paris, 26 mars 1976 : RTDC, 1977, n° 31, p. 544 ; art. L. 225-42, al.1, C.com.fr.

4. Art. L. 225-41 C.com.fr. (SA); art. L. 225-89 C.com.fr. (SACS).

5. Art. L. 225-41, al.1, C.com.fr. (SA) ; art. L. 225-89 C.com.fr. (SACS).

qui intervient au niveau de la conclusion de la convention ? ou bien de celui de son autorisation par le conseil et de son approbation ultérieure par l'assemblée générale ?

Nous pensons que le texte en question ne vise que la fraude qui vicie la procédure de contrôle consistant en une autorisation préalable du conseil et une approbation postérieure de l'assemblée générale ; bien qu'il laisse croire que la nullité frappe les conventions une fois approuvées ou désapprouvées, suggérant que l'élément fraude doit se trouver nécessairement en dehors de la procédure elle-même. Notre opinion est basée sur une réalité juridique que la fraude vicie la convention de toute façon¹ et il n'y a pas lieu donc à l'évoquer dans un contexte très particulier comme celui de l'art. 225-41 C.com-fr. Cela dit, il n'est pas exclu que le législateur ait souhaité rappeler ici une des conditions d'annulation du droit commun ; mais alors, il aurait dû les énumérer toutes pour éviter l'ambiguïté du texte.

Les conventions conclues par le gérant ou par un associé d'une SARL, ou bien par les dirigeants visés dans la réglementation des conventions conclues par une SAS, avec leurs sociétés semblent être traitées différemment, puisque la fraude n'est pas mentionnée expressément comme une cause de nullité des conventions approuvées ou non par l'assemblée générale². Il nous semble évident que cette omission n'affecte pas l'annulabilité de telles conventions en cas de fraude.

Comme en droit français et en droit libanais, les conventions sont annulables aux Etats-Unis aussi dans le cas de fraude. Ainsi si, par exemple, une convention de rémunération d'un dirigeant est conclue sans avoir été autorisée à l'avance, ou ratifiée par la suite par les associés, le vote correspondant du dirigeant intéressé à la réunion du conseil est considéré comme frauduleux³; ou bien si les associés achètent à leur société des actions qu'ils revendent à un prix bien inférieur à leur valeur réelle⁴, ils commettent une fraude susceptible de faire annuler la transaction. Le *common law* n'empêche pas un *director* de profiter de sa position ; mais il l'empêche de tirer un *secret profit*⁵ (bénéfice secret). La dissimulation de l'intérêt personnel et du bénéfice réalisé sont les éléments constitutifs d'une fraude qui vicie la convention et l'expose à la nullité. Cette rigueur a été par la suite assouplie par l'exigence de l'*unfairness* de la convention dissimulée comme condition nécessaire pour qu'elle puisse être annulée.

1. CA Paris, 6 juin 1959 : JS, 1959, p. 325.

2. Art. L. 223-19, al. 4, C.com.fr. (SARL) ; art. L. 227-10, al.3, C.com.fr. (SAS): qui ne prévoit d'ailleurs pas de nullité en cas de violation.

3. Cahall v. Lofland: 12 Del. Ch. 199; 114 A. 224, 232 (1921).

4. Pappas v. Moss, 9 avril 1968: 1968 U.S. App. LEXIS 7385 ; 393 F. 2d 865.

5. N. P. Beveridge, Interested Director Contracts at Common Law, Validation under the Doctrine of Constructive Fraud, op. cit. p. 103.

(iii) Préjudice causé à la société

« Nullité sans grief n'opère point ». Il n'y a donc pas de nullité sans préjudice pour la société. Les auteurs relèvent le caractère « lésionnaire » de la convention¹. Mais que peuvent être les conséquences dommageables du préjudice pour la société et quand est-ce qu'il y a un dommage?

Le fait que la société en exécution de la convention doive payer un montant en contrepartie de quelque prestation n'est pas en soi suffisant à établir l'existence d'un préjudice. C'est l'insuffisance de la contrepartie et sa disproportion en faveur du co-contractant et au détriment de la société, entre ce que la société doit et ce qu'elle reçoit, qui constitue la conséquence dommageable visée par la loi. Ainsi, quand dans un contrat de travail qui est conclu entre la société et un de ses dirigeants (l'exemple le plus fréquent) ce dernier prête des services effectifs à la société en contrepartie desquels cette dernière le rémunère équitablement, la société ne subit aucun préjudice².

Ce revirement en France est dû au fait qu'après la loi du 24 Juillet 1966, qui exige des conséquences dommageables pour la société pour l'annulation de la convention, l'autorisation préalable d'une convention réglementée n'est plus une condition de validité de la convention, pour que son défaut l'entache de nullité. Désormais, il n'y a pas de nullité sans dommages³. L'art. L. 227-10, al.3, C.com.fr., qui régit la matière dans les sociétés par actions simplifiées, ne prévoit pas l'annulabilité des conventions dommageables pour la société, mais seulement la mise en cause de la responsabilité personnelle des dirigeants.

Les conséquences dommageables d'une convention non autorisée sont appréciées en droit français au moment où les juges rendent leur jugement et non au moment où la convention a été conclue⁴. Cette solution a été justifiée par le fait que, s'agissant des conséquences de la convention, et non de la conclusion de la convention, l'appréciation doit forcément être portée au moment où le jugement est rendu et que l'art. 105, en vigueur en ce temps là, « donne un bon exemple de validité suspendue à l'effet du contrat »⁵.

-
1. I. Balensi, Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, op. cit., n° 166, p. 120 et n° 169, p. 122 ; v. aussi P. Le Cannu et B. Dondero, Droit des sociétés, op. cit., n° 757, p. 507 (la contrepartie suffisante) ; Cass. com., 18 mars 1997, préc.
 2. Cass. com., 28 janvier 1974, Bull. civ., IV, n° 33, p. 26.
 3. Art. L. 225-42, al.1, C.com.fr. (SA) ; art. L. 225-90, al.1, C.com.fr. (SACS) ; CA Paris, 3^e Ch., 29 novembre 1994 : Bull. Joly, février 1995, § 47, p. 177 ; Cass. com., 28 janvier 1974, préc. ; v. aussi Cass. com., 22 novembre 1977 : Bull. civ. IV, n° 276, p. 234 ; v. supra, Préjudice matériel et Préjudice moral, sous « Préjudice causé à la société », pp. 54 - 56 .
 4. Cass. com., 19 mai 1998 : RJDA 1998, n° 996 ; D. Bureau, actualisé par J.-J. Assault, Contrats entre les administrateurs et la société, op. cit., p. 19.
 5. Cass. com., 1 octobre 1996, préc., p. 141.

Aux Etats-Unis, cette appréciation est faite au moment de l'autorisation, l'approbation ou la ratification de la convention par le conseil, un comité du conseil ou les associés¹.

Si le moment de conclusion d'une convention est certain, la date à laquelle le jugement est rendu ou celle à laquelle la convention est autorisée ou ratifiée est complètement indépendante de la volonté des parties. Une action en justice peut traîner indéfiniment et, dans un cas non spécialement extrême, le préjudice initialement supporté par la société, autour de la date de la conclusion de la convention, se trouve en quelque sorte amorti. En tout cas, il faut à notre avis se placer au moment de la conclusion pour apprécier et quantifier l'intérêt personnel qui change en fonction d'un nombre de facteurs avec le temps qui passe. Quant à l'argument de la validité suspendue à l'effet du contrat, il ne tient pas, puisque la nullité est facultative et la convention, plus souvent que non, est maintenue et produit ses effets.

Il s'agit, dans une action en nullité, de prouver que la convention a eu des conséquences dommageables pour la société, le préjudice constituant une condition indispensable à la mise en œuvre de cette action. On peut toutefois très bien se trouver dans une situation où la conclusion d'une convention, sans autorisation préalable du conseil d'administration, donc en violation de la loi, reste impunie tout simplement parce que la convention n'a pas eu d'effets préjudiciables à l'intérêt social². Cette position est compatible d'ailleurs avec la nature relative de l'interdiction prévue par la réglementation, l'autorisation préalable du conseil ne constituant plus comme avant une condition de validité de la convention et, en conséquence, avec la nature de la nullité qui la frappe³.

Dans les groupes de sociétés, il est fréquent qu'une société du groupe assume les obligations financières d'une autre société membre du même groupe, sans contrepartie directe pour la première; cette contrepartie se faisant ressentir indirectement au niveau de la société mère du groupe, à travers l'opération de consolidation des comptes. Le cas est différent si une telle prise en charge des dettes est faite en faveur d'une société étrangère au groupe, ou hors groupe de sociétés, par une société en faveur d'une autre société. Dans ces cas, le défaut de contrepartie constitue un déséquilibre contractuel portant préjudice à la société qui assume

1. 8 § 144 (a) (3), DCLA, p. 42.

2. Cass. soc., 16 septembre 2008 : Bull. Joly, février 2009, § 29, p. 132, note B. Saintourens.

3. CA Paris, 26 mars 1966 : D., 1966, somm. P. 103 (nullité du seul fait de l'inobservation des formalités de l'art. 40 de la loi du 24 juillet 1867); CA Amiens, 1^{er} décembre 1966 : D., 1967, p. 234, note A. Dalsace.

ces dettes. Une telle convention est annulable¹. La nullité est également encourue, si une convention est conclue à des conditions très désavantageuses pour la société².

Les américains sont, comme on le sait déjà, plus réalistes dans leur approche. Le seul fait qu'un administrateur soit intéressé à une convention conclue avec sa société ne suffit pas à la faire annuler³. La convention qui n'est pas qualifiée de « *directors conflicting interested transaction* » n'est plus nulle de plein droit⁴. Le *common law* adoptait une approche plus radicale, puisque de telles conventions étaient annulées du seul fait de l'existence d'un rapport contractuel entre le dirigeant et la société, indépendamment de l'effet de la convention sur l'intérêt social et de la révélation de l'intérêt personnel avant l'approbation de la convention. Le *self dealing*, ou contrat avec soi-même, était suffisant pour annuler la convention à la simple demande de la société. Le conflit d'intérêts était présumé être préjudiciable à la société dans tous les cas. La règle traditionnelle voulait que toute convention qui incorporait un *self dealing* (contrat avec soi-même) fût absolument interdite, même si elle était *fair* pour la société et même si elle a été approuvée par une majorité d'administrateurs agissant en pleine connaissance de cause⁵. L'approche moderne aux Etats-Unis élimine cette présomption et ne considère qu'il y a un préjudice à la société que si la convention lui est *unfair*. Désormais, c'est plutôt l'*unfairness* qui est présumée; par exemple, s'il y a un défaut de révélation complète à un conseil d'administration indépendant par l'administrateur intéressé lui-même⁶.

Le *fairness* est devenu une condition nécessaire au maintien de la convention⁷, bien que certains Etats, dont le Delaware, mettent cette condition sur le même plan que celle de la révélation de l'intérêt personnel⁸. En fait, et même si le *RMBCA* semble avoir éliminé la condition de *fairness* quand la convention est en conformité avec d'autres dispositions légales, la jurisprudence ne considère pas qu'une convention doit être maintenue du seul fait

1. Cass. com., 24 janvier 1995 : RTDC, 1995, p. 622, obs. Petit et Reinhard.

2. Cass. com., 19 mai 1998 : Bull. Joly, 1998, § 289, p. 918, note P. Le Cannu.

3. 8 § 144 (a) DCLA, p. 42 : Certains auteurs voient qu'il serait « unreasonable » d'exiger qu'un administrateur ne puisse jamais contracter avec sa société; v. R. Stevens, Handbook on the Law of Private Corporations, op. cit., n° 148, p. 677.

4. § 8.61 (a) RMBCA, p. 50.

5. S. Emanuel, Corporations, op. cit., p. 196 ; v. les détails de l'évolution législative aux Etats-Unis, supra, pp. 22 et s.

6. § 5.02 (a) ALI PCG, vol.1, partie V, p. 209 ; § 8.61 (a) RMBCA, p. 50, semble être assoupli par § 8.62 (b) RMBCA, p. 50, qui tolère la non révélation de l'intérêt personnel dans les cas où elle est excusée par la loi, autres dispositions réglementaires ou est prévue dans un code de déontologie, à condition que la révélation de l'existence et la nature du conflit, ainsi que des contraintes qui pèsent sur la révélation complète soit faite et que l'intéressé ne prenne pas part au vote sur la question.

7. *Alcott v. Hyman*, 8 mars 1965: 1965 Del. LEXIS 161 ; 42 Del. Ch. 233 ; 208 A. 2d 501 (1965).

8. 8 § 144 (a) (b) et (c) DCLA, p. 42, ou de la connaissance au préalable de cet intérêt par le conseil qui l'approuve à une majorité non intéressée.

de la révélation de l'intérêt personnel si, d'un autre côté, elle est « unfair » pour la société¹. C'est la position adoptée également par les principes de gouvernement d'entreprise (ALI PCG). Ces principes prévoient que même en cas de révélation complète de l'intérêt personnel et du conflit d'intérêts et malgré l'autorisation ou la ratification par des administrateurs non intéressés, ces derniers doivent « *reasonably have concluded that the transaction is fair to the corporation at the time of such authorization* » (avoir raisonnablement conclu que la convention était *fair* pour la société au moment de son autorisation) ou, dans le cas de ratification, « *at the time it was entered into* » (au moment où elle a été conclue)².

Le test de *fairness* a été établi dans certains cas comme étant celui du *just* (juste) et *reasonable* (raisonnable) pour la société. Deux écoles américaines se partagent l'appréciation du *fairness* d'une convention. La première, adopte un critère objectif : la transaction doit avoir été conclue avec *arm's length*³, ou selon des critères objectifs indépendants de la personnalité des contractants, le plus souvent à la suite de négociations ; le jugement est porté dans l'absolu. Par contre, la deuxième école favorise un critère subjectif qui exige que la convention, pour être *fair*, doive avoir une « valeur » pour la société, rejoignant ainsi l'approche française de la nécessité d'avoir un équilibre des prestations dans une relation contractuelle entre une personne visée et la société. C'est l'existence d'un déséquilibre qui caractérise le préjudice et l'*unfairness*.

Le pouvoir des associés d'annuler automatiquement une *interested transaction* n'est plus possible en droit américain. Soit une telle convention est ratifiée par les associés, soit ils ont recours à la justice pour l'annuler⁴. Nous rappelons à cette occasion que la décision d'une majorité d'administrateurs qui ne sont pas intéressés à la convention d'autoriser une telle convention est considérée comme un acte de gestion soumis au *business judgment rule* (règle du jugement d'affaires).

1. Remillard Brick Co. V. Remillard – Dandini, 26 février 1952: 1952 Cal. App. LEXIS 1853; 241 P. 2d 66 (Cal. App. 1952) ; v. aussi Fliegler v. Lawrence, 28 juin 1976, préc.

2. § 5.02 (a) (2) (B) et (C) ALI PCG, vol.1, partie V, p. 209.

3. Dans le sens de « à la même distance » entre le contractant et la société que si ce contractant était une tierce partie ; en d'autres termes, aux mêmes conditions ; v. Cinerama Inc., v. Technicolor Inc., 6 octobre 1994 : 1994 Del. Ch. LEXIS 178 ; Del. Ch., 663 A. 2d 1134 (Del. 1994).

4. Oberley v. Kirby, 4 juin 1991, préc.

(2) Causes d'annulation du droit commun

Les conditions spécifiques posées par la réglementation des conventions n'éclipsent point les conditions générales du droit commun qui régissent la validité de ces conventions ou les causes qui entraînent leur annulation. Ce sont avant tout des contrats. Lorsque les interdictions et formalités de l'art. 158 C.com.lib. ont été observées, la convention « peut encore être attaquée selon le droit commun du Code des obligations... »¹. De même, les sanctions prévues par la réglementation des conventions en France ne sont pas exclusives et la convention peut être annulée pour toute autre cause de nullité des contrats².

La violation de la réglementation des conventions, bien qu'elle soit une violation d'une disposition du droit des sociétés, constitue dans le même temps une violation des dispositions du droit civil³. Les causes de nullité suivantes sont retenues : le vice de consentement de la personne morale (i) et l'abus du rapport de mandat avec la société (ii).

(i) Vice du consentement de la personne morale

La libre volonté de contracter, avec plein discernement et indépendance, est une exigence qui doit se retrouver tout naturellement dans les conventions qu'un dirigeant entend conclure avec sa société. Les représentants légaux d'une société, surtout les dirigeants, l'engagent dans ses opérations avec les tiers. La volonté de la société est exprimée par, et à travers, ces représentants. Aurait-elle été une personne physique, son consentement sur une convention aurait été donné eu égard à son propre intérêt. Mais, ce sont ses représentants qui doivent personnifier ce consentement avec l'obligation de préserver l'intérêt social. C'est pourquoi, le consentement de la personne morale doit être considéré comme vicié toutes les fois que son intérêt est lésé. Le recours à la notion de vice de consentement, empruntée au droit civil, s'avère salutaire à cette fin.

Le Code des obligations et des contrats libanais, ainsi que le Code civil français et « *The Restatement (Second) of Contracts de l'American Law Institute (1987)*, régissent les vices du consentement. Il s'agit de considérer que la société est la victime de ces vices quand ils entachent des conventions conclues entre elle et les personnes visées par la réglementation des conventions. C'est le consentement de la personne morale, tel qu'exprimé dans la

1. C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann., op. cit., commentaire de l'art. 158, note 33.

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

3. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, Les contrats entre les administrateurs et la société, op. cit., n° 84, p. 17.

convention, directement ou indirectement, par la personne visée, dirigeant ou associé, qui est vicié. Il y a là une atteinte au principe même de la liberté du consentement de la société.

Ces vices sont l'erreur¹, le dol², la crainte (en droit libanais) ou la violence (en droit français), *duress by threat* (en droit américain)³ (contrainte par menace). La lésion⁴ et l'incapacité⁵, sont classées au Liban comme des vices du consentement⁶, alors qu'en France, elles sont traitées à part comme des vices pouvant entraîner la nullité d'un contrat, sans être des vices du consentement. Nous comprenons parfaitement le raisonnement du législateur français, ces deux vices ne constituant pas des vices qui entachent la décision de contracter. Si on écarte l'incapacité et la violence, les autres vices ou causes de nullité mentionnés plus haut peuvent tout aussi bien s'appliquer à la société-personne morale à travers les actions de ses dirigeants ou associés. En effet, la société peut alléguer :

- Qu'elle est tombée dans l'erreur sur la personne de son cocontractant⁷. Ce cas peut se présenter quand la personne en question ne révèle pas tous les détails, qui en font une personne visée par la réglementation. La société croit contracter avec une autre personne ; elle n'avait pas l'intention de traiter avec un proche mais avec un tiers pour se garantir l'indépendance totale de la partie cocontractante.
- Qu'elle a été victime de manœuvres dolosives qui l'ont amenée à contracter avec un dirigeant ou un associé qui n'a pas révélé son intérêt personnel ; c'est le cas du dol par réticence⁸. Le dol dans ce sens se rapproche de la fraude, une cause légale de nullité de la convention⁹. La société n'aurait pas conclu la convention en l'absence de ces manœuvres¹⁰.
- Qu'elle ignorait un événement fondamental dont elle a eu connaissance seulement après la conclusion de la convention¹¹.

1. Art. 203-207 COCL ; art. 1110 C.civ.fr.

2. Art. 208 et 209 COCL ; art. 1116 C.civ.fr.

3. Art. 210-212 COCL ; art. 1111-1115 C.civ.fr ; § 175 Restatement (Second) of Contracts.

4. Art. 213-214 COCL ; art. 1118 C.civ.fr.

5. Art. 215-218 COCL ; art. 1123-1125-1 C.civ.fr.

6. La lésion aux termes de l'art. 213 COCL ne vicie pas le consentement, mais son traitement est inclus dans la section consacrée aux vices du consentement.

7. Art. 204 (2) COCL ; art. 1110, al.2, C.civ.fr.

8. Ch. Larroumet, Droit civil, tome 3, op. cit., n° 362, p. 318.

9. La fraude vicie le consentement ; v. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, les contrats entre les administrateurs et leur société, op. cit., n° 85, p. 17.

10. Art. 208, al.1, COCL ; art. 1116, al.1, C.civ.fr.

11. B. de Roulhac, article « L'éventuel remboursement du parachute de Thiery Morin s'annonce difficile », 11 juin 2009, sur site www.agefi.fr, consulté le 5 décembre 2009.

- Que la contrepartie qu'elle a reçue est disproportionnée avec la valeur de sa prestation pécuniaire, rendant la convention lésionnaire au profit de son cocontractant¹. La lésion ne s'appliquant pas de la même manière à toutes les espèces, le risque de déséquilibre à caractère lésionnaire est fréquent dans le cas des conflits entre l'intérêt personnel et l'intérêt social²; la lésion n'étant pas suffisante pour annuler une convention.

Dans les cas de l'erreur qui porte sur la personne³, du dol déterminant⁴ et de la lésion⁵, la convention n'est tout de même pas nulle de plein droit. La société doit tenter une action en nullité ou en rescision⁶, quand toutes les conditions légales sont réunies.

Pour résumer, la jurisprudence a trouvé que le fait pour une assemblée générale de délibérer sur une convention en l'absence de renseignements suffisants émanant des dirigeants, ou des commissaires aux comptes, vicie le consentement de la société dont l'autorisation ou l'approbation n'ont pas été donnée en connaissance de cause⁷.

(ii) Abus du rapport de mandat avec la société

L'abus de mandat, une notion de droit civil par excellence, constitue tout d'abord une violation du droit commun. La confiance qu'une société fait à ses dirigeants en les dotant de mandats sociaux, suppose que ceux-ci doivent protéger et préserver l'intérêt social. L'abus de mandat, quand il est commis à l'occasion de la conclusion d'une convention avec la société, par un mandataire qui y est intéressé, est aussi une violation de l'obligation de loyauté. Cet abus est aussi connu sous le nom de « détournement de pouvoirs ». Les pouvoirs consentis par les organes sociaux compétents à un mandataire, dirigeant, sont ainsi détournés de leur but principal qui est l'exercice du mandat pour les besoins sociaux et dans l'intérêt social, plutôt que pour servir les intérêts privés et personnels du mandataire. On est ici en présence de la notion de mandat de droit civil où le mandant confie au mandataire une mission de gestion de ses affaires⁸ (en droit libanais) ou de faire quelque chose pour lui⁹ (en droit français). Quand ce mandat est conféré par une société, le mandataire individuel est chargé de gérer non un patrimoine individuel mais un patrimoine social et des limites sont posées à l'exercice par le mandataire de son mandat. En effet, le mandataire, comme le dirigeant, est

1. Art. 213 COCL; art. 1118 C.civ.fr.

2. Y. Guyon, Droit des affaires, op. cit., n° 419, p. 427.

3. Art. 204 (3) COCL ; art. 1110, al.2, C.civ.fr.

4. Art. 209 COCL ; art. 1116, al.1, C.civ.fr.

5. Art. 214 COCL ; art. 1118 C.civ.fr. ne mentionne pas la sanction en cas de lésion.

6. Art. 1117 C.civ.fr.

7. CA Amiens, 1^{er} décembre 1966, préc.

8. Art. 769 COCL.

9. Art. 1984 C.civ.fr.

tenu d'une obligation de diligence¹ et d'une autre de loyauté. Il est responsable des fautes commises dans l'exercice de sa mission². L'obligation pour un mandant de solliciter l'autorisation expresse pour conclure des « transactions et des compromis »³ et l'obligation de ne pas agir au-delà du champ du mandat⁴, s'apparentent à l'obligation de soumettre une convention réglementée à l'autorisation de l'organe social compétent. En effet, la procédure de contrôle requiert que le dirigeant intéressé sollicite l'autorisation de l'organe social, agissant au nom de la société mandante, avant que la convention à laquelle il est intéressé ne puisse être conclue. Sur ce, la violation de cette obligation est aussi une violation d'une disposition de droit civil et une autre du droit des sociétés.

En outre, les mandataires ne peuvent se rendre acquéreurs des biens qu'ils ont été chargés de vendre, ni directement ni par personne interposée⁵. C'est un contrat avec soi-même en quelque sorte, puisque la convention est conclue par la même personne à deux titres contradictoires et différents. L'intérêt personnel du mandataire se trouve face à l'intérêt du mandant⁶.

Un autre trait de la ressemblance des situations dans nos deux contextes est que l'extinction du mandat peut avoir lieu, entre autres, par la révocation du mandataire⁷; cette révocation peut avoir lieu à tout moment par le mandant : « quand bon lui semble »⁸ et toute clause contraire est sans effet⁹. La résiliation du contrat de mandat par le mandant ou le mandataire, si elle est effectuée d'une manière « brusque », « à contretemps » et « sans motif plausible »¹⁰, et si elle est vexatoire ou repose sur des motifs illicites, le mandataire peut obtenir une indemnisation sur la base de l'abus de droit de révoquer¹¹.

La responsabilité du mandataire social peut être engagée par la société et aussi par les tiers quand il s'agit d'une faute détachable de ses fonctions¹².

En conséquence, quand un mandataire social conclut, dans son intérêt personnel, une convention préjudiciable à sa société, cette dernière est annulable non seulement sur la base des dispositions légales de la réglementation des conventions, mais aussi sur la base de l'abus de mandat.

1. Art. 785 COCL.

2. Art. 1992, al.1, C.civ.fr.

3. Art. 778, al.2, COCL.

4. Art. 1989, C.civ.fr,

5. Art. 378, al.1 et 2, COCL ; art. 1596, al.3, C.civ.fr.

6. Cass. civ., 12 décembre 2000, préc.

7. Art. 808 (3) COCL ; art. 2003, al.1, C.civ.fr.

8. Art. 810, al.1, COCL, art. 2004 C.civ.fr., (ad nutum).

9. Art. 810, al.2, COCL ;

10. Art. 822, al.1, COCL

11. F.C. Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 3^e ed, Dalloz (Delta), 1996, n° 635, p. 498.

12. V. infra, pp. 426 et 427.

b) Preuve

On ne peut valablement demander l'annulation d'une convention sans établir la preuve de la cause de son annulation. Si la personne qui en a la charge (1) ne réussit pas à l'apporter, des présomptions viennent la soutenir (2).

(1) Charge de la preuve

En droit libanais et en droit français, il revient à celui qui demande l'annulation d'une convention de prouver qu'elle est préjudiciable à la société. En l'absence d'une telle preuve la convention est maintenue¹.

Au Delaware, la loi est silencieuse sur la personne qui doit prouver que les dispositions de 8 § 144 DCLA n'ont pas été respectées. Selon les principes du *corporate governance* (ALI PCG), la partie qui attaque une convention intervenue entre un administrateur ou un *senior executive* et la société supporte la charge de la preuve², quand cette convention a été autorisée au préalable, à la suite de la révélation du conflit d'intérêt existant, par une majorité d'administrateurs non intéressés, ou par le supérieur hiérarchique du *senior executive* non administrateur qui y est intéressé³; ou bien quand cette convention a été ratifiée par une majorité d'administrateurs non intéressés, quand ils ont pu raisonnablement croire qu'elle était *fair* pour la société au moment de sa conclusion⁴, ou bien quand elle a été autorisée au préalable, ou ratifiée par la suite par des associés non intéressés, à la suite d'une révélation complète du conflit d'intérêts, une fois qu'ils se sont rassurés qu'elle ne constitue pas une *waste of corporate assets* (dilapidation de biens sociaux)⁵.

De même, dans les groupes de sociétés où un associé dominant contrôle une ou plusieurs autres sociétés, la charge de la preuve, une fois que la révélation de l'intérêt personnel ait été faite et la convention ait été dûment autorisée au préalable, ou ratifiée par la suite par des associés non intéressés, incombe à celui qui l'attaque, à moins que la convention n'ait été conclue en *self dealing* par un *fiduciary*. Dans ce dernier cas, la charge de la preuve pèse sur

-
1. CA Versailles, 22 novembre 2007 : recherche sur internet, site www.Légifrance.gouv.fr. « retraite complémentaire » et « conventions réglementées », consulté le 11 avril 2009; Cass. soc., 16 septembre 2008, préc.; Cass. soc., 8 juillet 2009, Rev. soc. n° 4/2009, p. 823, note D. Poracchia.
 2. § 5.02 (b) ALI PCG, p. 210.
 3. § 5.02 (a) (B) ALI PCG, p. 209.
 4. Idem, (C), p. 210.
 5. Idem, (D), p. 210.

ce dernier¹ (intrinsic fairness). On se trouve dans la même situation si la convention a été ratifiée par des administrateurs non intéressés dans tous les cas où le défaut d'autorisation préalable « *adversely affect* » (affecte négativement) les intérêts de la société « *in a significant way* » (d'une manière significative)².

Une exception existe toutefois pour les conventions usuelles « *in the ordinary course of business* » (dans l'exercice ordinaire des affaires sociales). Dans ce cas, celui qui attaque la convention doit prouver que la convention est *unfair*, indépendamment de l'autorisation préalable ou de la ratification par des administrateurs ou associés non intéressés³.

Le Delaware impose la charge de la preuve à l'actionnaire qui allègue qu'un administrateur a violé ses obligations fiduciaires sur la base du *waste of corporate assets* (dilapidation de biens sociaux) si la transaction a été déjà exécutée, ou du défaut d'un *corporate purpose* (objet servant la société) à la transaction⁴ et c'est au demandeur qui est un actionnaire minoritaire dans une holding de prouver un *imminent loss* (perte imminente) pour la holding résultant de la convention, ou une décision frauduleuse ou illégale des actionnaires majoritaires ou des administrateurs et que les administrateurs ont agi dans un sens autre que celui de l'intérêt de la holding ou de sa filiale⁵.

(2) Présomptions

Il n'y a pas de véritables présomptions dans ce contexte en droit libanais ou en droit français. Par contre, deux présomptions existent en droit américain; la première, une présomption d'*unfairness* d'une convention (i) et la seconde une présomption de fraude (ii).

(i) Présomption d'*unfairness*

Dans les *self-interest transactions* (conventions avec intérêt personnel) ou *self dealing* (contrats avec soi-même) où le critère de l'intrinsic fairness est applicable, il y a une présomption *rebuttable* (réfragable) que la convention est *unfair*. La charge de la preuve que la convention est *fair* incombe donc à l'intéressé⁶. La preuve de la révélation de l'intérêt personnel à un conseil non intéressé et indépendant doit être apportée pour déjouer la

1. *Bellis v. Thal*, 12 mars 1974: 1974 U.S. Distr. LEXIS 9576 ; 373 F. Supp. 120 (E.D. Pa 1974); v. aussi *David J. Greene & Co. v. Dunhill Intl., Inc.*, 24 décembre 1968: 1968 Del. Ch. LEXIS 39; 249 A. 2d 427 (Del. 1968).

2. § 5.10 (b) ALI PCG, p. 325.

3. § 5.10 (c) ALI PCG, p. 326.

4. *Abramson, v. Nytronics Inc.*, 3 avril 1970: 1970 U.S. LEXIS 12217; 312 F. Supp. 519, 527 (S.D.W.Y. 1970).

5. *Warslaw v. Chalhoun*, 3 juin 1966: 1966 Del. LEXIS 159; 221 A. 2d 487.

6. *Cookies Food Products, Inc. v. Lakes Warehouse Distribution, Inc.* 19 octobre 1988, préc.

présomption de l'*unfairness*. Si une telle révélation n'est pas possible, ou est sans effet, dans le cas où l'intéressé contrôle la majorité du conseil d'administration, l'intéressé doit alors prouver que la convention est *fair and reasonable* pour la société¹.

Le principe est que, contrairement au cas où le dirigeant fait passer par la société une convention à laquelle il n'est ni directement ni indirectement intéressé, et où il peut profiter de la *business judgment rule*, laissant à celui qui attaque la convention de prouver qu'elle est *unfair* pour la société, dans les cas où ce dirigeant est intéressé, dans une *self-dealing transaction*, il lui revient de prouver ce *fairness* et sa bonne foi². Le *conflict of interest* seul ne suffit pas à créer la violation de l'obligation fiduciaire de loyauté³.

(ii) Présomption de fraude

Quand la fraude n'est pas évidente, comme dans le cas de fausse révélation ou défaut intentionnel de révélation, et pour que l'acte n'échappe pas à la sanction qu'est la nullité, une présomption légale de fraude a été utilisée quand les parties à une convention ne sont pas sur *l'equal footing* (entendre, sur le même plan) sur lequel elles sont censées être ; surtout quand une personne a une obligation fiduciaire à l'égard de l'autre, comme c'est le cas entre les dirigeants et associés avec leur société⁴.

2. Caractéristiques de la nullité des conventions

La nullité d'une convention réglementée se distingue par des caractères (a), une nature (b) et des effets (c) spécifiques.

a) Caractères de la nullité

La nullité d'une convention pour violation de la réglementation des conventions réglementées n'est pas imposée de plein droit ; elle est facultative (1) et, par ailleurs, elle ne constitue pas la seule sanction de la violation en question ; elle n'est pas exclusive (2).

1. Schlensky, v. South Parkway Building Corp., 22 avril 1959, préc.

2. W. Knepper et D. Bailey, Liability of Corporate Officers and Directors, op. cit., § 4.02, pp. 4 et 5.

3. Idem, note 5.

4. N. P. Beveridge, Interested Director Contracts at Common Law, op. cit., p. 102.

(1) La nullité est facultative

La nullité a un caractère facultatif puisqu'elle n'est encourue qu'en cas de conséquences dommageables pour la société. Le mobile ou l'intention ne sont pas pris en considération ; un caractère objectif l'emporte. Le préjudice est donc une condition nécessaire et suffisante à l'annulation d'une convention réglementée¹.

Cette déduction n'est pas conforme au texte de l'art. L. 225-42, al.1, C.com.fr. (pour les SA), et art. L. 225-90, al.1, C.com.fr. (pour les SACS), puisqu'elle ôte à la nullité le caractère facultatif expressément mentionné aux articles en question, où le verbe « peuvent » a été choisi par le législateur. Si ce dernier avait voulu que la nullité soit obligatoire, il aurait utilisé le terme « doivent ». La doctrine considère que ce caractère facultatif laisse au juge « une marge d'appréciation suffisante pour la rendre plus opportune »².

Aux Etats-Unis, n'étant pas imposée expressément de plein droit, la nullité est forcément facultative. Les organes sociaux disposent d'une grande liberté dans l'appréciation du *fairness* d'une convention, avec une subjectivité qui, quoique apparemment limitée par des lignes directrices et conditions bien arrêtées, reste assez flexible³. En effet, le droit américain donne toutes les chances possibles à une convention conclue par une personne visée (dirigeant ou associé) avec la société. Cette convention est maintenue non seulement quand l'intérêt personnel a été révélé dans tous ses détails *material* (pertinents, essentiels) et, qu'en conséquence, la convention a été approuvée par une majorité d'administrateurs⁴ ou d'associés⁵ qui n'y sont pas intéressés, mais aussi et surtout si la convention est « *fair as to the corporation as of the time it is authorized, approved or ratified, by the board of directors, a committee or the shareholders* »⁶ (équitable pour la société au moment où elle a été autorisée, approuvée ou ratifiée, par le conseil d'administration, un comité ou les associés). Le texte de l'art. 8 § 144 (a) DCLA dispose que « *No contract or transaction between a corporation and 1 or more of its directors or officers... shall be void or voidable....* » (Aucun contrat ou transaction entre une société et un de ses administrateurs ou dirigeants exécutifs sera nul ou annulable). Cette tournure de phrase et, encore une fois, le choix du terme « aucun », met en relief la souplesse voulue pour le législateur.

1. Cass. com., 24 janvier 1995, préc.

2. I. Balensi ; Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, op. cit., n° 171, p. 123

3. 8 § 144 (a) DCLA, p. 42.

4. Idem, 8 § 144 (a) (1).

5. Idem, 8 § 144 (a) (2).

6. Idem, 8 § 144 (a) (3).

(2) La nullité n'est pas une sanction exclusive

La nullité d'une convention n'est pas une sanction exclusive, en ce sens que l'intéressé n'échappe pas à sa responsabilité civile ou pénale du seul fait qu'une convention portant préjudice à l'intérêt social est annulée. La loi est claire sur ce point.

Bien que l'art. 158 C.com.lib. ne mentionne pas la responsabilité de l'administrateur intéressé, en cas de violation de la réglementation, ou en cas de dommage ou préjudice causé à la société par l'exécution d'une convention conclue avec elle par un tel administrateur, celui-ci ne se trouve pas pour autant exonéré. En effet, la responsabilité personnelle de l'administrateur peut être engagée en vertu d'autres dispositions légales. En conséquence, la nullité d'une convention préjudiciable à la société n'est pas une sanction exclusive.

En France, l'intéressé peut trouver sa responsabilité engagée dans le cas d'une convention désapprouvée par l'assemblée générale qui porte préjudice à la société¹. En outre, la nullité qui peut frapper une convention conclue sans autorisation préalable du conseil d'administration ou de surveillance l'est « sans préjudice de la responsabilité de l'intéressé »².

b) Nature de la nullité

Quelle est la nature de cette nullité ? et dans l'intérêt de qui a-t-elle été édictée ? Est-ce une nullité relative ? (1) ou une nullité absolue ? (2)

(1) Nullité relative

La jurisprudence libanaise, dans une des décisions très rares concernant notre sujet, a déduit que la nullité d'une convention à cause du défaut d'autorisation préalable de l'assemblée générale n'est que relative car l'ordre public n'en est pas affecté³.

La convention réglementée conclue en l'absence d'une autorisation préalable par le conseil d'une société anonyme française n'est pas nulle de plein droit. Sa nullité est relative. Elle doit non seulement être poursuivie et prononcée, mais elle n'aboutira pas en l'absence de conséquences dommageables pour la société et les actionnaires⁴.

1. Art. L. 225-41, al.2, C.com.fr. (SA); art. L. 225-89, al.2, C.com.fr. (SACS). Ces deux textes, en engageant « éventuellement » la responsabilité des « autres membres du conseil d'administration et du directoire, respectivement, laissent croire que l'intéressé est nécessairement un membre de ces deux organes sociaux. Nous relevons ici un manque de précision du texte, puisque l'intéressé peut être un associé non administrateur.

2. Art. L. 245-42, al.1, C.com.fr. (SA); art. L. 245-90, al.1, C.com.fr. (SACS); nous répétons ici la même réserve faite ci-haut au sujet du manque de précision des art. L. 225-41, al. 2, C.com.fr. et L. 225-89, al. 2, C.com.fr.

3. CA Beyrouth, arrêt n° 969, 23 octobre 1995 : RJL, 1996, p. 1132.

4. Cass. com., 3 mai 2000 : Bull. Joly, octobre 2000, § 241, p. 947, note P. Scholer.

(2) Nullité absolue

Les conventions libres et réglementées ne sont pas nulles d'une nullité absolue. Ce sont seulement les conventions interdites qui le sont.

La violation par une personne visée de l'interdiction de conclure une convention prohibée, qui est interdite de plein droit, entraîne la nullité de la convention, indépendamment de ses conséquences sur l'intérêt social, de son mobile ou de l'intention de l'intéressé. Dans ce cas, on ne cherche plus si la convention a été préjudiciable à la société. Une présomption du caractère offensif pour la société de la violation de la réglementation des conventions interdites dispense de la preuve du préjudice qu'elle porte à l'intérêt social. L'intérêt que cette interdiction protège est un intérêt d'ordre général et public¹.

c) Effets de la nullité

La convention, une fois annulée, non seulement cesse de produire ses effets mais, conséquence parfois plus grave, est considérée comme si elle n'a jamais existé. Tous les effets produits jusqu'à la date de son annulation sont remis en cause. Une sanction redoutable puisqu'elle compromet la sécurité des transactions en général, et surtout la sécurité d'autres transactions accessoires conclues en exécution de la convention alors qu'elle était toujours en vigueur². C'est pourquoi, le caractère facultatif et non obligatoire de la nullité dans les conventions réglementées permet au juge d'apprécier l'opportunité de l'annulation d'une convention particulière. Si les parties n'ont pas entamé l'exécution de la convention, ou s'ils ne l'ont exécutée que très partiellement, son annulation est possible car elle ne compromet aucun droit acquis. Par contre, si la convention a été entièrement exécutée ou si, par sa nature, c'est une convention à exécution successive, défaire ce qui a été fait peut porter un préjudice à la société ; d'où le recours inévitable à l'autre moyen de réparation du préjudice qu'elle subit qu'est la mise en œuvre de la responsabilité personnelle de l'intéressé.

La *rescission* (annulation) de la convention en droit américain remet les parties qui l'ont passée à la même position économique qu'elles avaient juste avant sa conclusion. Normalement, la société ne peut pas invoquer le préjudice qui lui a été causé par la convention pour la maintenir et renégocier ses conditions³.

1. Cass. ch. mixte, 10 juillet 1981: Rev. soc. 1982, p. 84, note C. Mouly.

2. Cass. com., 16 juin 1959 : D., 1959, p. 414, note A. Dalsace.

3. L. Solomon et A. Palmiter, Corporations, op. cit., § 13.5.1, p. 233.

La nullité d'une convention peut aussi n'être que partielle, effective uniquement au regard des parties à la convention qui en sont bénéficiaires et qui sont des mandataires sociaux. Ses effets, dans ce cas, peuvent donc être divisibles en ce sens que la convention est maintenue mais les personnes visées sont tenues de réparer le préjudice subi par la société¹. Cette solution correspond à un compromis équitable, surtout pour les tiers, contractants de bonne foi, dans des conventions multipartites où la société et la personne visée n'en sont pas les seules parties.

§2 Action en nullité

L'action en nullité tend à infliger une sanction dans le but de neutraliser, voire d'éliminer, les effets d'un acte préjudiciable à l'intérêt social. Cette action a des caractéristiques qui lui sont propres (A) et est susceptible d'être éteinte (B).

A. Caractéristiques de l'action en nullité

L'action en nullité n'est pas recevable dans tous les cas ; elle ne peut l'être que sous des conditions déterminées (1.), et ses titulaires ne peuvent la mettre en œuvre que dans des conditions précises (2.).

1. Conditions de recevabilité de l'action

Qui peut invoquer la nullité d'un acte préjudiciable à l'intérêt social ? En droit libanais, en principe, toute personne qui a un intérêt légitime peut demander la nullité d'une délibération de l'assemblée². Le caractère relatif de la nullité d'une convention limite toutefois les catégories de personnes habilitées à intenter une action en nullité³.

Ainsi, par exemple, en France, seul l'associé qui n'a pas voté en faveur d'une décision d'autorisation d'un acte pris par un organe social peut en invoquer la nullité et ce même s'il n'aurait pas pu en votant empêcher qu'elle soit prise, soit parce qu'il n'a pas assisté à la séance, soit parce que le nombre de voix dont il dispose est insuffisant pour bloquer la décision⁴. La Cour de cassation a aussi reconnu à un actionnaire, qui n'en était pas un quand la décision a été prise, d'exercer l'action en nullité d'une telle décision⁵. Comme il s'agit

1. CA Paris, 28 mai 2001: JCP E., 2002, n° 477, p. 501.

2. Art. 214, al.2, C.com.lib.

3. E. Tyan, Droit commercial, op. cit., n° 658, p. 754.

4. Cass. com., 21 octobre 1998 : Bull. civ., 1998, n° 203, p. 135; Cass. com., 9 juillet 2002: Bull. Joly, 2002, p. 939, note A. Couret.

5. Cass. com., 4 juillet 1995, Rev. soc. 1995, p. 504, note P. Le Cannu

d'une nullité de protection¹, seules les personnes que la loi entend protéger peuvent y avoir recours.

En droit libanais aussi, « L'action en annulation n'est ouverte qu'aux personnes en faveur ou pour la protection desquelles la nullité est établie par la loi... »². Ces personnes sont la société elle-même, les associés et les tiers dans des cas précis (l'action oblique).

La seule qualité d'associé suffit pour demander la nullité d'un acte conclu par la société, sans qu'il soit requis de prouver un intérêt particulier. L'exigence d'un intérêt du demandeur dans une action en justice, rapproche l'action en nullité de l'action en responsabilité³.

Mais cela ne veut point dire que l'associé qui a voté en faveur d'une résolution de l'assemblée générale est « de ce seul fait dépourvu d'intérêt à poursuivre son annulation »⁴.

2. Titulaires de l'action en nullité

Qui sont les titulaires de l'action en nullité d'une convention conclue irrégulièrement entre une personne intéressée et sa société? Bien entendu, la société dont l'intérêt social a été lésé est le premier titulaire de l'action en nullité de l'acte préjudiciable (a), mais qu'en est-il des associés ? (b) et des tiers ? (c).

a) La société

L'action sociale en nullité d'une convention peut être intentée soit par les représentants légaux de la société qui ne doivent pas être naturellement intéressés à la convention (1), soit par un ou plusieurs associés agissant au nom de la société (2).

(1) Action intentée par ses représentants non intéressés à la convention

Seul le représentant non intéressé de la société qui n'a pas participé au vote en pleine connaissance de cause en faveur d'une délibération d'un organe social peut demander la nullité. Dans la même logique, l'intéressé à une convention ne peut agir pour le compte de la société dans une demande d'annulation d'une telle convention.

C'est ainsi que « le gérant d'une SARL avait vocation à agir au nom de celle-ci, sur le fondement des pouvoirs légaux qui lui sont conférés », dans une action en nullité de conventions litigieuses portant atteinte à l'intérêt social⁵. Aux Etats-Unis, il semble que ce sont surtout les associés qui intentent l'action sociale dans le cas de conventions

1. I. Balensi, Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, op. cit., n°178, p. 129.

2. Art. 234 COCL.

3. P. Le Cannu et B. Dondero, Droit des sociétés, op. cit., n° 469, p. 305.

4. Cass. com., 13 novembre 2003, n° 1535 : Rev. soc., 2004, p. 97, note B. Saintourens.

5. Cass. com., 21 janvier 1997, JCP E, 1997, II, 965, note J.-J. Daigre.

réglementées, les dirigeants non intéressés étant normalement complaisants avec leurs collègues¹.

(2) Action intentée par un ou plusieurs associés

Les Codes de commerce libanais et français sont silencieux en ce qui concerne l'action sociale en nullité qui peut être intentée par un ou plusieurs associés, agissant non pour leur compte personnel, mais pour le compte de la société. Ils ne disposent que de l'action sociale *ut singuli* en responsabilité contre les dirigeants. Par contre, aux Etats-Unis, l'action sociale intentée par les associés « *in the name of the corporation* » (au nom de la société) tend à protéger un « *right of the corporation* » (droit de la société) ou « *to remedy a corporate injury* » (réparer un préjudice causé à la société)². Elle est prévue d'une manière indifférente pour la nullité d'un acte juridique ou la mise en cause de la responsabilité des dirigeants ; elle ne peut être intentée que par l'associé qui avait cette qualité au moment où la transaction litigieuse a eu lieu ; ou par son successeur qui est devenu associé par l'effet de la loi³.

b. Les associés personnellement

Quand la société est lésée par une convention dont l'exécution entraîne un amoindrissement de son patrimoine, elle subit forcément un préjudice. Ce préjudice affecte, d'une manière indirecte bien entendu, chaque associé dans la limite de sa quote-part dans le capital social qui se trouve ainsi proportionnellement diminuée. Mais ce préjudice individuel ne permet pas à l'associé en France d'intenter une action individuellement pour annuler une convention conclue en violation de la réglementation⁴. D'ailleurs, il s'avère très délicat de démontrer l'existence d'un préjudice individuel distinct du préjudice éprouvé par la société⁵.

c. Les tiers

L'action en nullité d'une convention réglementée ne peut en principe être invoquée par un tiers⁶ qui n'y est pas partie, car cette action a, encore une fois, aussi bien au Liban qu'en France un caractère relatif, instauré pour la protection de la société elle-même et ses associés

1. V. supra, Complaisance des administrateurs, pp. 254 et 255.

2. L. Soderquist, L. Smiddy et L. Cunningham, *Corporations and Other Business Organizations, Cases, Materials, Problems*, op. cit., p. 754.

3. 8 § 327 DCLA, p. 206 (SA); 6 § 18-1001 DCLA, p. 435 (LLC).

4. Cass. soc., 5 novembre 1982 : Bull. Joly, janvier 1983, § 66, p. 172.

5. P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 481, p. 318.

6. Cass. com., 23 mai 1967 : RTDC 1967, p. 1085, note R. Houin; v. aussi Cass. com., 5 novembre 1982, préc. En droit français, il arrive que dans certains cas, étrangers aux cas des conventions réglementées, la loi prescrit la nullité d'un contrat dans l'intérêt d'une personne qui n'y est pas partie. Cela se rencontre par exemple, dans les contextes des régimes matrimoniaux, droits de préemption attribués à une personne, cessions de parts sociales soumises à l'agrément des associés du cédant.

contre les abus de ses dirigeants¹. Les tiers de bonne foi, comme les créanciers sociaux, peuvent toutefois suivre une autre voie pour faire annuler une convention et c'est celle de l'action indirecte, dite « oblique ». Ils peuvent l'exercer du chef de leur débiteur².

Comme en droit libanais et en droit français, c'est en droit américain *normally* (normalement) la société elle-même, ou un associé intentant une action sociale, qui peut demander la *rescission* (annulation) d'une convention conclue en *self dealing*, sans observation des prescriptions de contrôle prévues par la loi³, dans les cas où la convention est *voidable*⁴ (annulable). Par contre, il y a une exception à cette règle, qui permet aux *creditors* (créanciers) d'instituer des *creditors suits* (action en justice des créanciers) quand la convention, bien qu'elle soit ratifiée à l'unanimité des associés, a pour effet de rendre la société *insolvent* (insolvable) et incapable de payer ses dettes et cela quand les associés la ratifiant y sont intéressés⁵.

B. Extinction de l'action en nullité

L'action en nullité peut être éteinte soit par l'effet de la loi, par l'application d'une prescription légale (1.) soit par l'effet d'une décision de l'organe social compétent, par une couverture de la nullité (2.).

1. Extinction par l'effet de la loi : prescription de l'action

L'action en nullité se prescrit après l'écoulement d'un délai fixé par la loi. Ce délai passé, l'action n'est plus recevable (a). Dans un souci de proroger l'effet protecteur d'une telle nullité, la société est en mesure d'invoquer l'exception de nullité pour éviter l'exécution d'une convention qui lui est préjudiciable (b).

a) Délai de prescription

En droit libanais, contrairement au droit français, le texte de l'art. 158 C.com.lib. qui régit notre matière ne dispose rien concernant l'action en nullité, la prescription de cette action ou son point de départ. La prescription de l'action en nullité d'une convention en droit libanais est donc forcément celle du droit commun, à défaut d'un texte spécial fixant un délai différent dans le droit des conventions réglementées, à savoir, et en principe, dix ans de la date de la

1. Trib. com. Beyrouth, 25 novembre 1963, préc.; v. aussi CA Beyrouth, arrêt n° 1479, 5 décembre 1969, préc.

2. Art. 276, al.1, COCL ; art. 1166 C.civ.fr.

3. S. Emanuel, *Corporations*, op. cit., p. 210.

4. J. Choper et M. Einsenberg, *Corporations*, op. cit., § 283, p. 53.

5. Idem, § 268, p. 50 ; v. aussi L. Solomon et A. Palmiter, *Corporations*, op. cit., § 13.3.4, p. 231.

conclusion de la convention¹. Ce délai court non pas du jour de l'acte vicié, mais de celui où a cessé le vice dont il était atteint², à savoir dans notre cas, du jour où une convention dissimulée a été découverte. Le délai de prescription ne peut courir avant la naissance de l'action (*actioni non natae non praescribitur*)³. Ce délai court même si cette convention est restée dans l'ombre et n'a pas été révélée, le droit libanais n'évoquant pas la question de la dissimulation. Par contre, la nullité d'une délibération de l'assemblée générale qui a autorisé une convention se prescrit au Liban par un an à dater de la date de la réunion au cours de laquelle elle a été prise⁴.

En France, l'action en nullité d'une convention réglementée se prescrit par trois ans à partir de la date de sa conclusion. La Cour de cassation semble ne point s'attarder sur le fond d'une action en nullité d'une convention litigieuse non autorisée par le conseil d'administration si une telle action a été prescrite⁵. En dehors de toute dissimulation, la prescription triennale court à partir du fait dommageable⁶. C'est pourquoi, « *contra non valentem agere non currit praescriptio* », celui qui dissimule la convention empêche le titulaire de l'action d'agir, le délai ne commence à courir en France aussi qu'au moment de sa révélation, si elle a été dissimulée⁷. La raison d'une prescription relativement courte est le souci de ne pas laisser « planer une longue incertitude sur le sort de la transaction »⁸. Le législateur français a ainsi voulu, dans un texte spécial, distinguer la prescription de l'action en nullité d'une convention de celle prévue pour l'inobservation des dispositions de la réglementation ou de l'action en responsabilité qui est de plus longue durée, à moins que la convention ne devienne publique avant cette date.

Certaines décisions se sont contentées de la date de révélation de la convention au conseil pour faire courir déjà le délai de la prescription triennale⁹, au motif que l'art. L. 225-42 est silencieux sur le destinataire de la révélation. Mais cette position n'a pas fait jurisprudence car la majorité des décisions soutiennent que le point de départ de la prescription est la date de la révélation à l'assemblée générale, qui est susceptible de couvrir la nullité d'une

1. Art. 235, al.1, COCL (à moins que la loi ne fixe un délai différent pour un cas particulier) ; art. 349 COCL et art. 262, al.1, C.com.lib. (délai général qui s'applique « toutes les fois qu'il n'a pas été fixé un terme plus court »).

2. Idem, al. 2.

3. H. Roland et L. Boyer, Adages du droit français, op. cit., n° 7.

4. Art. 214, al.3, C.com.lib.

5. Cass. com., 20 février 2007 : Bull. Joly, août-septembre 2007, § 276, p. 989, note D. Poracchia.

6. Cass. com., 2 mai 1983, préc.

7. Art. L. 225-42, al. 2, C.com.fr. (SA); art. L. 225-90, al.2, C.com.fr. (SACS); Cass. com., 29 novembre 1988: Bull. civ., 1988, IV, n° 331, p. 222.

8. I. Balensi, Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, op. cit., n° 179, p. 130.

9. CA Paris, 29 juin 2000 : Bull. Joly, décembre 2000, § 286, p. 1156, note L. Grosclaude.

convention irrégulière¹. Encore faut-il que la délibération de l'assemblée soit régulière². En cas de confirmation ou de ratification d'une convention, le délai de prescription court à partir du moment où les formalités de confirmation ou de ratification ont été épuisées³.

La dissimulation revêt plusieurs aspects. C'est ainsi que la jurisprudence a constaté l'existence d'une dissimulation d'une convention, qui entraîne le retard du point de départ de la prescription, dans la non soumission d'une convention à la procédure du contrôle obligatoire, le traitement par l'intéressé, en l'occurrence le président, des conventions comme étant ordinaires, donc libres, alors qu'elles étaient des conventions réglementées qui auraient dû être autorisées au préalable par le conseil d'administration⁴; ou bien dans la mention sur des notes de restaurant du nom des personnes n'ayant pas pris part au repas, ou bien dans un prélèvement sur des fonds sociaux qui a été caché dans les comptes sous une rubrique inappropriée⁵.

La jurisprudence apprécie d'une manière stricte si la révélation a eu lieu. La simple connaissance de l'existence d'une convention par le conseil d'administration n'a pas été considérée comme tenant lieu de révélation. Par contre, si le conseil d'administration ou l'assemblée générale ont été informés du contenu exact de la convention avant sa signature, la convention n'est pas considérée comme ayant été dissimulée⁶. Si la convention irrégulière fait l'objet d'une publicité, comme par exemple, une convention de location gérance qui est publiée au registre du commerce et des sociétés, la révélation est considérée comme ayant eu lieu à la date de la publication pour faire courir le délai de la prescription⁷.

La dissimulation ne provient pas toujours du fait de l'intéressé qui n'a pas informé le conseil d'administration de l'existence de la convention, mais aussi du représentant légal de la société qui signe la convention et manque d'informer le conseil d'administration ou les commissaires aux comptes⁸.

-
1. CA Versailles, 23 octobre 1997 : Bull. Joly, avril 1998, § 117, p. 340, note P. Le Cannu ; Cass. com., 26 mai 1999 : Bull. Joly, octobre 1999: § 226, p. 962, note M. Menjucq ; Cass. com., 12 janvier 1999 : Bull. Joly, janvier 1999, § 96, p. 464, note B. Petit.
 2. Cass. crim., 23 mars 2005, La semaine juridique, éd. Entreprises et affaires, 1 septembre 2005, n° 35, art. 1230, p. 1382, note J.-H. Robert.
 3. Cass. com., 24 février 1976 : RTDC, 1976, p. 542, obs, R. Houin.
 4. T. com. Paris, 2° ch., 20 juin 2006, préc.
 5. Cass. crim., 10 avril 2002 : Rev. soc., juillet-septembre 2002, p. 549, note B. Bouloc.
 6. Cass. com., 7 juillet 2004 : Bull. Joly, décembre 2004, § 300, p. 1510, note J.-Ph. Dom ; Cass. soc., 12 février 1987, préc.
 7. Cass. com., 14 mars 1979 ; Rev. soc. 1980, p. 304, note I. Balensi.
 8. Cass. com., 24 février 1976, préc.

b) Exception de nullité

La nullité en droit libanais peut être aussi invoquée par voie d'exception¹, en ce qui concerne les obligations civiles² et aussi les obligations commerciales³. Si la prescription a lieu, cela ne veut pas dire que la convention préjudiciable qui aurait pu être annulée par une action en nullité prescrite, peut s'imposer à la société. Cette dernière peut refuser de l'exécuter, par voie d'exception. En effet si l'action est temporaire, l'exception de nullité est perpétuelle⁴, (*Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*)⁵ dans le cas des conséquences dommageables⁶.

Cette exception de nullité ne peut plus être invoquée si la convention passible de nullité pour défaut d'autorisation préalable du conseil a reçu la confirmation (ou la ratification) de l'assemblée générale⁷. De même l'exception de nullité d'une convention ne peut être invoquée par celui qui y a été partie, ou si la convention a connu un commencement d'exécution ou une exécution complète⁸.

2. Extinction par une décision sociale : couverture de la nullité

L'un des traits du caractère relatif de la nullité d'une convention est qu'elle est susceptible d'être éteinte par une couverture par une décision sociale. Cette couverture a ses raisons (a), et des moyens de mise en œuvre (b).

a) Raisons de la couverture

Quand l'assemblée générale intervient-elle pour couvrir la nullité d'une convention ? Deux occasions appellent cette intervention : le défaut d'autorisation préalable par le conseil d'administration (1) ou une décision irrégulière du conseil (2).

1. F. Hage-Chahine, La règle de la perpétuité de l'exception dans le livre du président Kh. Jreije, intervention autour du livre en question intitulé «La théorie générale des obligations », événement organisé par le Barreau de Beyrouth, octobre 2005 ; v. aussi C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann., commentaire de l'art. 214 C.com.lib., note 15.

2. Art. 361 COCL.

3. Art. 2 du C.com.lib. dispose pour l'application du COCL dans tous les cas où le C.com. lib. est silencieux sur un point.

4. Cass. com., 10 juillet 1978 : Rev. soc., 1979, p. 848, note I. Balensi ; Cass. civ., 2 décembre 1998 : Bull. Joly, mai 1999, §121, p. 565, note P. Le Cannu ; Cass. com., 3 mai 2000, préc. ; Cass. civ., (2^e), 3 avril 2003 : JCP E, 2003, n° 835, p. 933 ; Cass.soc., 29 novembre 2006 : Bull. Joly, avril 2007, § 128, p. 496, note B. Saintourens ; Cass. com., 25 mars 2003 : Bull. Joly, juillet 2003, §169, p. 803, note M. Storck ; Cass. civ., 25 novembre 1998 : Bull. Joly, 1999, § 53, p. 294, note L. Grosclaude.

5. H. Roland et L. Boyer, Adages du droit français, op. cit., n° 347.

6. Cass. civ., 6 octobre 1998 : Rev. soc., 1999, p. 115, note J.-F. Barbiéri.

7. Cass. com., 14 mars 1979, préc.

8. P. Le Cannu, et B. Dondero, Droit des sociétés, op. cit., n° 471, p. 308 ; v. aussi Cass. com., 20 mars 2007 : Bull. Joly, octobre 2007, § 300, p. 1105, note P. Le Cannu.

(1) Défaut d'autorisation par le conseil d'administration¹

Ce défaut d'autorisation peut être dû à un manque d'information résultant du défaut de révélation par celui à la charge duquel pèse l'obligation de révélation (i) ou bien à une erreur de qualification de la convention (ii), ou bien à la non soumission de la convention à l'autorisation en cas d'urgence (iii).

(i) Dû à un manque d'information

Le défaut d'autorisation préalable peut provenir du fait que l'intérêt personnel n'a pas été révélé, et la convention une fois conclue a été dissimulée au conseil. Ce dernier n'a pu donc en être saisi pour se prononcer sur son autorisation. L'assemblée peut intervenir par la suite pour confirmer la convention et la faire échapper à la nullité.

(ii) Dû à une erreur de qualification

En appréciant une convention, l'intéressé, ou même le conseil d'administration, peut commettre une erreur de qualification. En estimant qu'une convention est courante et conclue à des conditions normales, donc échappant à la procédure de contrôle spécial, la convention n'est pas soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration (en droit français), ou à l'autorisation préalable de l'assemblée générale (en droit libanais).

Une fois que l'erreur est découverte, normalement par les commissaires aux comptes (en France) ou les commissaires de surveillance (au Liban), qui trouvent que la convention en question n'est pas une convention libre et, qu'en conséquence, elle doit être soumise à la procédure de contrôle, la seule issue est de la faire confirmer par un vote de l'assemblée générale.

(iii) Dû à l'urgence

Parfois des circonstances d'urgence empêchent la soumission d'une convention à l'autorisation préalable du conseil tout simplement parce que la convention doit être conclue dans de brefs délais et ne peut attendre la réunion du conseil pour statuer sur elle. Tout étant un cas fréquent, nous craignons que de telles circonstances ne soient utilisées comme un prétexte pour conclure une convention dont l'autorisation est douteuse. Cela en fait un fait accompli faisant produire à la convention des effets qui pourraient être préjudiciables à la société.

1. Nous écartons ici la possibilité en droit français de la soumission à la couverture de l'assemblée générale d'une convention dont l'autorisation a été refusée par le conseil. L'assemblée ne pourra être saisie d'une convention pareille en vertu du principe de la spécialité des organes sociaux. Une certaine jurisprudence a vu autrement : CA Paris, 18 décembre 1990, préc.

(2) Décision irrégulière du conseil d'administration

L'assemblée générale intervient également pour régulariser une convention conclue à la suite d'une décision irrégulière d'autorisation préalable prise par le conseil d'administration. Une illustration fréquente nous est donnée par le droit américain. C'est le cas où l'intéressé est un administrateur qui assiste à la réunion du conseil et participe au vote sur la décision en violation des interdictions légalement prescrites. Si la convention est *fair* pour la société, elle n'est pas nulle du seul fait de l'irrégularité en question et est susceptible de confirmation par l'assemblée générale¹.

b) Moyens de couverture

La couverture de la nullité s'opère par la régularisation de la convention irrégulière par un organe social. L'instrument d'une telle régularisation est soit la ratification de la convention par le conseil d'administration (1) soit sa confirmation par l'assemblée générale (2).

(1) Ratification par le conseil

La question de la ratification par le conseil ne se pose même pas en droit libanais, puisque le conseil d'administration n'a pas le pouvoir d'autoriser la convention en premier lieu. Lui conférer un pouvoir décisif de maintien d'une convention non soumise au préalable à l'assemblée générale pour autorisation, ou qui lui a été soumise mais a été désapprouvée, reviendrait à faire empiéter le conseil sur les compétences de l'assemblée générale.

En France, la doctrine estime que la ratification par le conseil d'administration d'une convention conclue sans que le conseil ait eu l'occasion de se prononcer au préalable n'est pas possible, car la nullité d'une telle convention étant relative, la procédure ne vise pas la protection de cet organe mais a été créée dans l'intérêt des actionnaires², le conseil ne peut donc réparer le vice qui a entaché la conclusion de la convention³. Nous ne partageons pas cet avis et estimons que le conseil doit pouvoir être en mesure de ratifier une telle convention, non en sa qualité d'organe social habilité à lui donner l'autorisation préalable en vertu de la réglementation des conventions réglementées, mais en tant que représentant de la société

1. 8 § 144 (a) DCLA, p. 42 : ce texte dispose que la convention n'est pas automatiquement annulable du seul fait de cette irrégularité

2. Cass. com., 16 juin 1959, préc.; I. Balensi, Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, op. cit., n° 159, p. 116, préc.

3. Idem, n° 174, p. 126.

dans l'intérêt de laquelle la réglementation a été instaurée en premier lieu. Dans ce cas, sa « ratification » n'est qu'une autorisation, quoique *a posteriori*.

Certains auteurs estiment que dans le cas d'une convention à laquelle le conseil a refusé de donner son autorisation, c'est au conseil et non à l'assemblée générale de la ratifier. En décider autrement revient à faire empiéter cette dernière sur les prérogatives de gestion du conseil¹; c'est une question de respect du principe de la spécialité des organes sociaux. La jurisprudence a suivi ce raisonnement². A notre sens, bien que la conclusion d'une convention par la société soit un acte de gestion, ce n'est point un acte de gestion assimilable aux autres actes que la société est habituellement amenée à conclure pour la marche des affaires sociales et qui font l'objet de la spécialité en question. Le législateur a voulu créer un cas spécial pour les conventions conclues par la société avec un dirigeant ou un associé ; il faut donc les traiter dans tous leurs aspects à la lumière du texte spécial qui les réglemente et surtout en ce qui concerne leur ratification. De toute manière, cette ratification ne peut découler de l'exécution de la convention par la société, mais elle doit faire l'objet d'une autorisation expresse du conseil d'administration³.

Aux Etats-Unis, la ratification d'une convention est effectuée par les administrateurs qui n'y sont pas intéressés s'ils ont pu raisonnablement conclure qu'elle était *fair* pour la société au moment de sa conclusion par le *corporate decision maker* (organe social de décision), après que ce dernier ait reçu la révélation et que le défaut d'autorisation préalable par les administrateurs non intéressés (ou le supérieur hiérarchique du *senior executive*) n'a pas affecté négativement les intérêts de la société d'une manière *significant* (substantielle, significative)⁴.

L'acte conclu par un président du conseil d'administration d'une société américaine, qui dépasse ses pouvoirs peut être ratifié par la suite. C'est le cas, par exemple, d'une convention conclue par le président du conseil avant qu'elle n'ait été autorisée. Cette ratification aura the *same effect* (le même effet) qu'une approbation originale⁵ par l'organe qui aurait pu la donner, en l'occurrence, le conseil d'administration⁶.

1. Idem, p. 128.

2. CA Versailles, 12^e ch., sect.2, 7 juin 2001: Bull. Joly, 2002, § 21, p. 115.

3. CA Versailles, 16 juillet 2007: Bull. Joly, juillet 2007, § 236, p. 848, note A. Couret.

4. § 5.02 (a) (2) (C), ALI PCG, vol.1, partie V, p. 210.

5. Joseph Greenspan's Sons Iron & Steel Co. v. Pecos Valley Gas Co : 34 Del. 567 ; 156 A. 350 (1931); 8 § 142 DCLA, p. 33.

6. R. Stevens, Handbook on the Law of Private Corporations, op. cit., n° 156, p. 728; v. aussi S. Emanuel, Corporations, op. cit., p. 67.

Contrairement au droit français, qui exige que la ratification d'un acte soit expresse, le silence au sujet d'un acte conclu par un dirigeant d'une société américaine, après avoir été discuté avec le conseil d'administration, et non contesté par ce dernier, a été considéré comme une ratification de cet acte qui engage la société¹.

(2) Confirmation ou *ratification* par l'assemblée générale

En droit libanais, la nullité d'une convention peut être couverte par une décision de l'assemblée générale la ratifiant, expressément ou tacitement², à condition qu'aucune action en nullité ne soit intentée, ou du moins ne soit intentée « avant l'intervention du jugement de première instance au fond »³.

Au Liban, l'acte confirmatif doit énoncer la substance du contrat, le vice dont il était infecté et la volonté de renoncer à l'action en nullité⁴. Bien que le droit libanais ne précise pas que la confirmation doit être expresse et formelle, comme c'est le cas, nous le verrons, en droit français et en droit américain, on ne conçoit pas qu'une telle confirmation puisse être valable, ne serait-ce que pour satisfaire les conditions du COCL, ci-haut mentionnées, s'il en était autrement.

En France, il s'agit de confirmer un acte nul ou contre lequel la loi admet l'action en nullité⁵.

La couverture d'une nullité par l'assemblée générale reste le seul moyen en France pour sauver une convention quand tous les administrateurs y sont intéressés, ce qui rend toute tentative de la faire ratifier par une décision du conseil inutile⁶, la nullité n'étant pas édictée pour protéger les administrateurs. Cela suppose que la convention n'ait pas été exécutée⁷. C'est pourquoi la révélation de l'intérêt personnel dans une convention qui a été dissimulée doit être faite à l'assemblée générale elle-même, directement ou au commissaire aux comptes⁸.

Très clairement prévue par la loi et par la jurisprudence, la nullité d'une convention visée par la réglementation peut être couverte en France « par un vote de l'assemblée générale

1. Phoenix Fin. Corp. v. Iowa – Wisconsin Bridge Co.: 41 Del. 130; 16 A. 2d 789 (1940).

2. Art. 236, al. 1, COCL.

3. E. Tyan, Droit commercial, op. cit., n° 658, p. 755.

4. Art. 236, al. 2, COCL.

5. Art. 1338 C.civ.fr.

6. CA Paris, 21 janvier 1981 : D., 1983, IR. p. 69, note J.-Cl. Bousquet.

7. Cass. soc., 29 nov. 2006, préc., p. 500.

8. Cass. com., 26 mai 1999, préc.

intervenant sur rapport spécial des commissaires aux comptes exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie »¹. L'assemblée générale intervient alors pour ratifier par une décision sociale la convention irrégulière, ou la décision sociale la concernant qui a été irrégulièrement prise. Ce qui semble être une condition préalable à cette couverture de la nullité par une décision de l'assemblée générale, à savoir l'exigence d'un rapport spécial des commissaires, n'est autre qu'un rappel de la même condition prévue pour l'autorisation de la convention; c'est une approbation qui intervient *a posteriori*. Le rapport du commissaire doit exposer les raisons pour lesquelles la procédure n'a pas été suivie. Ce rapport doit être complet exposant « les clauses essentielles de la convention litigieuse et des explications des raisons pour lesquelles cette convention n'avait pas, en son temps, été soumise à la procédure spéciale »². L'intéressé ne peut pas prendre part au vote et ses actions ne sont pas comptées dans le calcul du quorum de l'assemblée appelée à statuer sur la couverture de la convention.

La décision de ratification, tout comme celle d'autorisation ou d'approbation, doit être expresse, elle ne peut être tacite ou implicite par l'approbation par l'assemblée générale des comptes d'exercices antérieurs dans lesquels les mouvements financiers découlant de la convention ont été reflétés³; et ne peut être déduite de l'exécution par la société de la convention litigieuse⁴. De même, n'est pas considérée comme une ratification, la simple connaissance préalable des associés d'une convention, même si elle a été révélée; il faut à tout prix une prise d'une décision de ratification⁵. A l'instar de la décision d'autorisation ou d'approbation, la décision de ratification doit être spéciale et distincte des autres décisions prises au cours de la même assemblée.

En dépit du domaine restreint de régularisation déterminé par le texte, visant les cas où « la procédure d'autorisation n'a pas été suivie »⁶, la jurisprudence a élargi ce domaine pour couvrir les cas où la procédure a bel et bien été suivie, mais où le conseil d'administration a

-
1. Art. L. 225-42, al.3, C.com.fr. (SA); art. L. 225-90, al.4, C.com.fr. (SACS); CA Versailles, 23 octobre 1997, préc.; Cass. soc., 29 novembre 2006, préc.; Cass. com., 25 mars 2003, préc.
 2. Cass. com., 21 novembre 2000, préc. Nous soulignons que la loi n'exige pas que les commissaires portent un jugement sur le contenu de la convention; ils ne sont tenus que d'exposer les raisons ou justifications de la non soumission de la convention à l'autorisation préalable car ils ne sont pas censés s'immiscer dans la gestion. Nous approuvons ces réserves car les commissaires aux comptes sont des organes de contrôle et non de gestion, à moins que la convention ne soit contraire à l'objet social.
 3. CA Versailles, 19 décembre 2002, préc.; Cass. civ., 6 octobre 1998, préc.; Cass. com., 28 novembre 1995, préc.
 4. Cass. com., 13 décembre 1976 : DS 1977, p. 375, note M. Jeantin.
 5. Cass. com., 25 mars 2003, préc.
 6. Art. L. 225-42, al.3, C.com.fr. (SA); art. L. 225-90, al.4, C.com.fr. (SACS).

refusé d'autoriser la convention¹.

La *ratification* par l'assemblée générale d'une société américaine (entendre « confirmation ») d'une *related party transaction* conclue entre la société et un administrateur est possible seulement si la convention, en l'absence de fraude, est *fair, just and beneficial* (équitable, juste et bénéfique) pour la société et si l'administrateur intéressé a fait une révélation complète de son intérêt personnel et des autres éléments pertinents de la convention² et aussi si sans cette ratification la convention n'est frappée que d'une nullité relative³.

La ratification d'une convention doit, pour être valable, avoir été approuvée par une majorité de « *disinterested stockholders* » (actionnaires non intéressés)⁴, à condition que l'acte à ratifier ne soit pas un *gift of corporate assets* (cadeau de biens sociaux) que l'intéressé s'est approprié, ou un acte conclu *ultra vires* (en dépassement des pouvoirs), *illegal* (illicite) ou *fraudulent* (frauduleux)⁵ ou qu'il ne constitue pas un « waste » ou dilapidation de l'actif social au moment de la ratification à moins que ce « waste » ne soit justifié par le *business judgment rule*⁶. La décision de ratification doit en outre être formelle et prise par les associés d'une manière *informed* (éclairée)⁷; à travers une « *complete disclosure of all facts and circumstances* » (révélation complète de tous les faits et circonstances)⁸ et de l'intérêt personnel⁹.

Si la ratification n'est pas unanime, il s'agit de savoir si la majorité des associés qui a ratifié la convention n'est pas détenue ou contrôlée par l'administrateur intéressé.

Cette ratification par l'assemblée générale d'une convention, autrement annulable, ne libère pas l'intéressé d'une éventuelle mise en cause de sa responsabilité personnelle pour violation

1. CA Paris, 18 décembre 1990, préc.

2. *Wiberg v. Gulf Coast Land & Development Co.*, 360 S.W. 2d 563 (Tex. Civ. App. 1962) ; 8 § 144 (a) (3) DCLA, p. 34 dispose uniquement que la convention doit être « fair »; v. aussi *In re. Walt Disney Co. Derivative Litig.*, 17 octobre 1998, préc.

3. *Aronoff v. Albanese*, 29 janvier 1982, préc.

4. § 5.02 (a) (2) (D) ALI PCG, p. 210 ; *In re. Walt Disney Co. Derivative Litig.*, (1998), préc.; *Brehm v. Eisner*, Del. Supr. 764 A. 2d 244 (Del. 2000).

5. *Kerbs v. California E. Airways, Inc.*, préc.; *Keenan v. Eshleman*, 28 novembre 1938: 1938 Del. LEXIS 7; 23 Del. Ch. 234; les actes « void, illegal and contrary to public policy » (nulls, illicites et contraires à l'ordre public) ne peuvent être ratifiés ; v. *W. Knepper et D. Bailey, Liability of Corporate Officers and Directors*, op. cit. vol.1, § 4.19, p. 4-47.

6. *Cohen v. Ayers*, 16 avril 1979, préc.

7. *Robert A. Wachslar, Inc., v. Florafax Intl, Inc.*, 26 novembre 1985: 1985 U.S. App. LEXIS 25275.

8. *State ex. rel. Hayes Oyster Co. v. Keypoint Oyster Co.*, 30 avril 1964: 1964 Wash. LEXIS 345; 391 P. 2d 979.

9. *In re. Wheelabrator Technologies, Inc., Shareholder, litg.* 16 mai 1995: 1995 Del. Ch. LEXIS 55; Del. Ch. 663 A. 2d 1194, HN 5

de son obligation fiduciaire¹. Elle ne fait que renverser la charge de la preuve (*shift the burden of proof*) de la partie intéressée à celui qui attaque la convention ratifiée par l'assemblée. Un revirement du *entire fairness* au *business judgment rule*².

La ratification d'une convention conclue en *self dealing* (contrat avec soi-même) conclue avec une personne visée, par la minorité ou la majorité d'actionnaires non intéressés et complètement informés, empêche l'institution d'une action sociale par la suite, ou une *derivative suit* par l'actionnaire (ut singuli) qui a reçu *full disclosure* et a voté pour la ratification, mais n'empêche pas l'action par les tiers qui sont des créanciers sociaux³. En effet, c'est la théorie de l'intérêt social qui est celui de l'entreprise dans sa globalité qui est mise en relief ici.

Il ne faut point confondre la confirmation d'une convention par l'assemblée générale et sa régularisation. Une fois que la nullité est prononcée, le tribunal ne peut pas accorder à la société un délai pour procéder à la régularisation. La raison en est que cette dernière peut neutraliser les effets de la nullité et, en conséquence, « la violation de la réglementation légale entraînerait trop peu de risques »⁴.

La nullité d'une convention qui va à l'encontre de l'intérêt social est certes une sanction appropriée pour éliminer ou, du moins, limiter les dommages qu'une telle convention peut causer. Ce que la nullité ne peut faire, c'est éviter que les intéressés visés par la réglementation, les dirigeants en particulier, ne récidivent. Il est donc logique que ceux qui sont à l'origine de l'acte abusant de l'actif social soient appelés à répondre de cet abus. Leur responsabilité personnelle doit donc être engagée.

La doctrine estime que, dans les conventions conclues au sein d'un groupe de sociétés, entre deux sociétés ayant des administrateurs communs, « c'est par la responsabilité et non par la nullité que doivent être sanctionnés les abus... »⁵.

1. Fliegler v. Lawrence, Del. Supr., 28 juin 1976, préc.; surtout la « duty of loyalty ».

2. L. Soderquist, L. Smiddy et L. Cunningham, *Corporations and Other Business Organizations: Cases, Materials, Problems*, op. cit., p. 595.

3. V. supra, Titulaires de l'action en nullité – Les tiers, pp. 394 et 395.

4. I. Balensi, les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, n° 180, p. 132.

5. M. Vanhaecke, Les groupes de sociétés, op. cit., n° 326, p. 322.

Section 2. Mise en cause de la responsabilité personnelle des violateurs de la réglementation des conventions

Annuler une convention parce qu'une personne visée ne l'a pas soumise au contrôle spécial est, sans doute, une démarche salubre pour l'intérêt social, bien entendu quand cette convention a des conséquences préjudiciables à la société. Une telle annulation épargne à la société le fardeau financier que l'exécution d'une telle convention lui aurait fait supporter. Cette sanction, tout en privant l'intéressé d'un gain qu'il aurait pu réaliser aux dépens de la société, ne constitue pas une prévention suffisante de récidive. C'est pourquoi les intéressés visés par la réglementation sont tenus pour personnellement responsables de leur violation de la réglementation.

Cette mise en cause s'opère par les moyens de la mise en œuvre de la responsabilité personnelle des violateurs prévus par la réglementation des conventions réglementées et quand cette réglementation est silencieuse sur un point, par recours aux principes et modalités du droit commun de la responsabilité (§1). L'engagement de la responsabilité des violateurs vise une meilleure protection de l'intérêt social. Les conséquences de la mise en cause de la responsabilité personnelle des violateurs seront étudiées (§2).

§1 Moyens de mise en cause de la responsabilité personnelle des violateurs

Les moyens de mise en cause de la responsabilité personnelle des violateurs consistent essentiellement en des recours judiciaires contre eux. Pour étudier les aspects de ces recours engageant la responsabilité de l'intéressé qui viole la réglementation des conventions réglementées, il s'agit d'analyser la nature de la violation. Si elle est à caractère civil, c'est l'action en responsabilité civile qui est déclenchée (A). Celle-ci peut être doublée, si la violation est un délit, par une action en responsabilité pénale qui doit être intentée contre le délinquant (B).

A. Action en responsabilité civile

Comme toute action en responsabilité, il s'agit tout d'abord de voir le fondement de l'action (1.), qui est en mesure de l'intenter, son titulaire (2) et, si elle n'est plus possible, les causes de son extinction (3.).

1. Fondement de l'action en responsabilité civile

La responsabilité civile est en principe fondée sur la violation de dispositions légales mettant en cause les agissements de l'intéressé qui sont préjudiciables à la société. Cette violation peut porter spécifiquement sur une des dispositions de la réglementation des conventions, mais aussi sur la violation d'autres dispositions légales générales. Notre étude se restreindra à la première.

Comme nous le savons déjà, la réglementation des conventions fait peser un certain nombre d'obligations précises sur les dirigeants (a), les associés en droit français et en droit américain (b) et aussi sur les commissaires aux comptes (c). Ce qui signifie que ces personnes peuvent voir leur responsabilité mise en cause si elles venaient à manquer à ces obligations.

a) Contre les dirigeants

Par dirigeants, il faut entendre les personnes dirigeantes visées par les réglementations que nous avons énumérées à la première partie de cette thèse¹.

La doctrine libanaise consciente des lacunes de la loi qui n'engage, pour violation de la réglementation, que la responsabilité de la personne dirigeante qu'elle vise limitativement, à savoir l'administrateur de sociétés anonymes, semble vouloir élargir la catégorie des personnes responsables pour une meilleure protection de l'intérêt social, au directeur général adjoint qui exécute une convention visée non autorisée par l'assemblée générale et aussi aux commissaires aux comptes pour n'avoir pas dénoncé une telle violation².

Le fondement de la responsabilité civile contre les dirigeants repose sur la violation par le dirigeant intéressé des dispositions de la réglementation des conventions réglementées (1). Cette action connaît toutefois certaines limites (2).

(1) Violation de leurs obligations prévues dans la réglementation

La violation par les dirigeants des obligations qui pèsent sur eux dans les réglementations des conventions réglementées est avant tout une faute (i). Cette violation fait constater le plus souvent une disproportion entre les prestations de la société et de l'intéressé en vertu de la convention, une situation d'enrichissement illicite (ii).

1. V. supra, L'intéressé est un dirigeant de la société, pp. 157 et s.

2. E. Tyan, Droit commercial, op. cit., p. 706.

(i) Cette violation est une faute

Contrairement au droit français, le droit libanais n'évoque pas à l'article concerné (art. 158 C. com. lib.) la question de la responsabilité de l'administrateur qui viole la réglementation des conventions. A défaut d'une responsabilité spéciale, on a donc recours aux principes généraux de la responsabilité des administrateurs qui repose sur un texte de portée générale, et dispose que « les administrateurs sont responsables, même vis-à-vis des tiers, de tous actes frauduleux et de toute violation de la loi et des statuts »¹; et sur un autre texte, qui engage cette responsabilité à l'égard des actionnaires pour « fautes de gestion »². La qualification de la violation de la réglementation des conventions réglementées comme une faute de gestion prête à confusion puisqu'il ne s'agit pas d'une faute commise par le dirigeant dans l'exercice normal de son mandat de gestion, mais plutôt d'une faute qui est causée par l'exercice anormal de ce mandat. Cette faute est commise par le dirigeant en fonction qui agit dans son intérêt personnel utilisant les moyens et les prérogatives qui lui sont disponibles en vertu de son mandat social. La doctrine aurait peut-être dû qualifier cette violation d'abus de gestion ?

Cette responsabilité pour faute de gestion ne peut en principe être engagée par les tiers ; elle peut toutefois l'être en cas de faillite ou de liquidation judiciaire de la société, faisant apparaître une insuffisance d'actif, si elle est décidée par le tribunal, à moins que la preuve de la diligence du dirigeant concerné ne soit apportée³.

L'inobservation des formalités de l'article 158 C.com.lib. est bien une violation de la loi et une faute de gestion qui soumet les contrevenants, en l'occurrence les administrateurs, au régime « de droit commun applicable à la responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes et prévus aux articles 166 et s. du Code de commerce »⁴. La refonte proposée de l'article 158 C. com. lib. prévoit cette responsabilité dans le cas spécifique des conséquences préjudiciables à la société d'une convention non autorisée⁵.

En droit français, l'intéressé à une convention désapprouvée par l'assemblée générale est responsable de ses conséquences préjudiciables à la société et cela même en l'absence de

-
1. Art. 166, al. 1, C.com.lib; v. C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann., op. cit., commentaire de l'art. 166, notes 1, 2 et 3.
 2. Art. 167, al. 1, C.com.lib; v. A. Najjar, L'administration de la société anonyme libanaise, op. cit., n° 306, pp.176 et s.
 3. Art. 167, al.2, C.com.lib ; un rapprochement avec le standard américain de « l'intrinsic fairness ».
 4. Gh. Mahmassani, Les contrats des administrateurs de sociétés anonymes avec leurs sociétés suivant l'article 158 nouveau du Code de commerce libanais, op. cit., p. 64 ; v. aussi E. Tyan, Droit commercial, op. cit., pp. 717 et s.
 5. V. annexe n° 2.

fraude¹. L'acte commis par un dirigeant qui est contraire à l'intérêt social est considéré, comme en droit libanais, une faute de gestion². La violation de la réglementation des conventions, qui constitue en elle-même un acte contraire à l'intérêt social, raison d'être principale de cette réglementation, est donc une faute de gestion susceptible d'engager la responsabilité du dirigeant qui l'aurait commise³.

Le gérant d'une société à responsabilité limitée⁴, le directeur général, le directeur général délégué, l'administrateur⁵, le membre du directoire ou du conseil de surveillance⁶ de sociétés anonymes sont, comme nous l'avons détaillé plus haut, soumis à la réglementation. En effet, le directeur général délégué, qui en principe n'engage sa responsabilité civile (du moins à l'égard des tiers) que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions⁷, trouve sa responsabilité directement engagée en cas de violation de la réglementation des conventions. Le directeur général est aussi civilement et personnellement responsable pour violation des dispositions statutaires ou pour des fautes commises dans sa gestion « anormale » des affaires sociales⁸. Par ailleurs, les gérants de sociétés à responsabilité limitée⁹ et les membres du conseil de surveillance¹⁰ ou du directoire¹¹ de sociétés anonymes sont aussi civilement responsables de leurs actes qui portent préjudice à l'intérêt social. Les dirigeants investis de pouvoirs sociaux sont censés protéger l'intérêt social et non agir contre cet intérêt, même et surtout quand leur intérêt personnel est en jeu. Faire prévaloir ce dernier au détriment de la société est, comme nous l'avons déjà souligné, une faute en soi.

Mais, comme s'interroge à juste titre un auteur, comment appliquer les règles de responsabilité pour faute de gestion à une convention qui a été approuvée par l'assemblée générale, dès lors que la décision de l'assemblée octroyant le quitus à un dirigeant n'est pas suffisante, du moins en droit français, pour éteindre une action en responsabilité contre ce

1. Art. L. 225-41, al. 2, C.com.fr.; art. L. 225-42, al. 1, qui commence par « Sans préjudice de la responsabilité de l'intéressé ».

2. Cass. com., 7 octobre 1997 : JCP E, 1997, I, 710, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain.

3. D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op. cit., n° 445, p. 434 ; le dirigeant agissant sous l'empire d'un conflit d'intérêts, idem, p. 435 ; v. aussi art. L. 225-251, al.1, C.com.fr.

4. Art. 223-19, C.com.fr.

5. Art. L. 225-38, al.1, C.com.fr. (SA).

6. Art. L. 225-86, al.1, C.com.fr. (SACS); v. M. de Juglart et B. Ippolito par E. du Pontavice et J. Dupichot, *Traité de droit commercial*, op. cit., n° 744, p. 578 : Les membres du conseil de surveillance n'étant pas des « dirigeants » au sens technique du terme assument une responsabilité moins lourde que celle des dirigeants ; v. P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 778, p. 495 : Les membres du directoire sont des « dirigeants » et ceux du conseil de surveillance sont des surveillants.

7. Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, op. cit., n° 437-2, p. 534.

8. Art. L. 225-251, al.1, C.com.fr.

9. Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, op. cit., n° 198, pp. 226 et s ; P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 1277, p. 784.

10. M. de Juglart et B. Ippolito, par E. du Pontavice et J. Dupichot, *Traité de droit commercial*, op. cit., n° 737, p. 568.

11. Idem.

dirigeant pour faute de gestion¹? Cette interrogation, quoique justifiée sur le plan théorique des principes établis concernant les fautes commises par un dirigeant dans l'exercice de son mandat, ne l'est peut-être pas quand il s'agit de la violation de la réglementation des conventions réglementées. Cette réglementation dispose qu'en l'absence de fraude, la convention est maintenue même si elle est désapprouvée par l'assemblée générale². Le maintien de la convention n'exonère pas l'intéressé de sa responsabilité pour les conséquences dommageables des conventions désapprouvées³.

Aux Etats-Unis, la responsabilité des dirigeants, *directors* ou *officers*, est le plus souvent engagée quand il s'agit d'actes impliquant ou entraînant un *waste of corporate assets* ou dilapidation de biens sociaux. Cela se rencontre surtout dans les rémunérations excessives ou indues que se font payer les dirigeants par leur société, en vertu de conventions conclues avec cette dernière⁴.

L'administrateur d'une société américaine qui ne respecte pas l'obligation de *care* (diligence) est civilement personnellement responsable quand en résultat un *loss* (perte) est encouru par la société⁵. L'approche américaine est semblable à celle de nos deux autres systèmes juridiques qui requièrent, pour l'engagement de la responsabilité, les trois éléments classiques de la faute, du dommage et du lien de causalité entre eux.

Toutes les violations de la loi, ou atteintes à l'intérêt social, n'entraînent pas aux Etats-Unis *ipso facto* l'engagement de la responsabilité des dirigeants. Certains tribunaux exigent la *proximate cause* (cause directe) du préjudice causé à la société par cette violation. Les fautes qui sont couvertes par le *business judgment rule* échappent à la responsabilité⁶. Le *injury and causation* (dommage et causalité), sont des éléments essentiels de la responsabilité des *directors*. Ces derniers ne seront pas personnellement tenus de répondre des *losses* (pertes) subies par la société que si ces pertes sont le *direct and proximate result* (résultat direct et immédiat) de la violation par le *director* de son obligation fiduciaire⁷.

Mais qui, dans un contexte où plusieurs dirigeants participent à la commission de la faute, est tenu pour responsable? C'est le cas des dirigeants agissant ensemble, à travers une décision d'un organe social, tel le conseil d'administration, le conseil de surveillance ou le

1. I. Balensi, Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, op. cit., n° 232, p. 170.

2. Art. L. 225-41, al.1, C.com.fr.

3. Idem, al.2.

4. H. Henn et J. Alexander, *Laws of Corporations and Other Business Enterprises*, op. cit., n° 255, p. 690.

5. R. Stevens, *Handbook on the Law of Private corporations*, op. cit., nos 152-154, pp. 714 et s.

6. *Barnes v. Andrews*, 298 F. 614 (S.D.N.Y) 1954 ; v. aussi L. Solomon et A. Palmiter, *Corporations*, § 12.4.1, p. 212.

7. J. Choper et M. Eisenberg, *Corporations*, op. cit., p. 45.

directoire ? La doctrine nous donne une réponse assez classique : « Les juges pourront condamner individuellement ou solidairement les différentes personnes auxquelles incombent les conséquences préjudiciables des conventions désapprouvées »¹.

(ii) Cette violation consiste en un enrichissement illicite²

La doctrine est favorable à l'examen des contrats, même ceux conclus entre sociétés d'un même groupe, soumis le plus souvent à la réglementation des conventions, au regard des règles générales du droit des obligations³. La violation de ces dernières constitue, indépendamment des textes spécifiques de la réglementation, une cause de nullité. On s'éloigne peut être ici de la violation de l'intérêt social comme motif principal de l'annulation; mais l'effet reste le même. On devrait permettre à la société de recourir à tout moyen possible pour se protéger. Le droit civil est dans beaucoup de cas le protecteur juridique du droit commercial ; ce dernier n'a qu'à s'en servir.

« *Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorum* »⁴. C'est bien le droit naturel qui dicte qu'il est plus équitable que nul ne s'enrichisse au détriment d'autrui. Il n'est donc point permis à un dirigeant intéressé de s'enrichir aux dépens de sa société. Le Code des obligations et des contrats libanais traite cette notion dans un titre séparé alors que cette même notion, connue sous le nom d'« enrichissement sans cause », ne figure pas d'une manière expresse dans le Code civil français et c'est seulement à l'instigation de la doctrine que la jurisprudence en a fait une source autonome d'obligations⁵. C'est cet enrichissement⁶ causant l'appauvrissement correspondant de la société qui constitue la disproportion entre les prestations ayant des conséquences dommageables pour la société qui est sanctionnée par la réglementation.

1. I. Balensi, Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, n° 242, p. 176.

2. Autant signaler qu'en droit libanais et en droit français, l'enrichissement illicite ou l'enrichissement sans cause ont un caractère subsidiaire et ne constitue point un fondement de l'action en responsabilité civile en présence d'un contrat. C'est pourquoi d'ailleurs il ne figure pas dans notre thèse en tant que tel, mais plutôt en tant qu'une constatation des conséquences de la violation de la réglementation. La situation est différente en droit américain et le caractère subsidiaire de l'« unjust enrichment » ne suffit pas à l'écarter comme fondement d'une action en responsabilité civile.

3. M. Vanhaecke, Les groupes de sociétés, op. cit., n° 321, p. 313.

4. H. Roland et L. Boyer, Adages du droit français, op. cit., n° 193.

5. Art. 1371 C.civ.fr., cas du gérant qui agit dans son intérêt personnel, s'enrichissant au détriment de la société.

6. Art. 141 (1) COCL.

La condition de l'existence d'un enrichissement illicite est l'existence en parallèle d'un appauvrissement corrélatif¹ sans cause en droit libanais² et en droit français³. Par analogie avec la réglementation des conventions réglementées, on met les intérêts personnels de l'enrichi face à l'intérêt social de l'enrichisseur. Cela est fréquent dans les cas de rémunérations excessives des dirigeants.

Le caractère subsidiaire de l'enrichissement sans cause fait que l'action prétorienne *de in rem verso* ne peut être intentée si l'appauvri dispose d'une autre action contre l'enrichi, même si cette action est prescrite, et si l'appauvri ne remplit pas les conditions d'exercice d'une autre action⁴. Pour retenir l'enrichissement illicite, le droit français ajoute les conditions de l'absence de faute de l'appauvri⁵ et de l'absence d'intérêt personnel chez ce dernier⁶.

Aux Etats-Unis, les tribunaux ont trouvé que des dirigeants se sont enrichis au détriment de la société en s'appropriant d'énormes rémunérations et se sont fondés sur le principe de l'« *unjust enrichment* » (enrichissement injuste) des dirigeants et « *unjust impoverishment* » (appauvrissement injuste) de la société, en dépit de l'approbation unanime du conseil d'administration, tout en évoquant que le premier était la cause du second⁷.

De même, cette notion peut être invoquée dans les cas où une partie tire un *unreasonable profit* (profit déraisonnable) dû au contrôle par l'une de la gestion de l'autre⁸. La partie qui profite doit restituer ce profit.

(2) Limites à la responsabilité des dirigeants

Les associés sont indirectement protégés par le contrôle spécial des conventions qui vise à prévenir les conflits d'intérêts qui portent préjudice à l'intérêt social. Ils disposent de moyens pour épargner aux dirigeants l'action en responsabilité personnelle contre eux. Par un vote des associés en assemblée générale, les dirigeants peuvent bénéficier de la couverture de la nullité de l'acte litigieux (i) qu'ils auraient commis, une mesure, on l'a vu⁹, qui est plus directe et moins controversée que d'autres limites à la responsabilité des dirigeants qui peuvent être

1. Art. 141 (2) COCL.

2. Art. 141 (3) COCL.

3. L. H. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, op. cit., n° 702, p. 805.

4. *Idem*, n°s 706 à 709, pp. 808 à 811; v. art. 141 (4^e) COCL.

5. *Idem*, n° 700, p. 804.

6. *Idem*, n° 701, p. 805

7. B. Bar, *In re. Viacom Inc. Shareholder Litigation*; « Challenge to compensation of Viacom officials »; www.law.com, 27 juin 2006.

8. *Bovay v. H.M. Byllesbey & Co.*, 17 mai 1944: 1944 Del. LEXIS 20; 27 Del. Ch. 381, 38 A. 2d 808 (Del. 1944).

9. V. *supra*, *Extinction par une décision sociale*, *Couverture de la nullité*, pp. 398 et s.

invoquées pour éviter une action en responsabilité contre ceux qui violent la réglementation des conventions, comme le quitus (ii). Le conseil peut-il autrement renoncer à l'action en responsabilité contre des dirigeants fautifs ou seule l'assemblée générale peut-elle le faire? (iii). Le droit américain offre une quatrième possibilité qui consiste en une limitation statutaire ou légale de la responsabilité civile des dirigeants (iv)¹.

(i) Couverture de la nullité de l'acte litigieux

La nullité de l'acte litigieux peut être couverte par une décision d'approbation de l'acte par l'assemblée générale. Cette approbation éteint l'action en responsabilité, contrairement au cas du quitus. Elle met un obstacle à la mise à la charge des dirigeants des conséquences d'une convention préjudiciables à la société. On estime que le quitus est habituellement donné sans que l'assemblée générale ne vérifie tous les actes conclus par les dirigeants, alors que dans le cas des conventions soumises à son examen, sa diligence devient plus ponctuelle et spécialement concentrée sur ces conventions².

(ii) Quitus de gestion

Le quitus voté par les associés d'une société anonyme libanaise, réunis en assemblée générale ordinaire, normalement l'assemblée annuelle qui statue sur les comptes, ne vaut limitation à l'action en responsabilité contre les dirigeants que si le vote intervient à la suite de la « reddition des comptes sociaux et du rapport des commissaires aux comptes »³. Le quitus ne couvre que les fautes de gestion qu'a pu connaître l'assemblée générale⁴ et ne vaut que pour les actes dont l'application était de la compétence de cette assemblée. Sur ce, le quitus donné par une assemblée ordinaire ne peut couvrir la responsabilité d'un administrateur pour acte conclu en contravention des statuts, car l'assemblée ordinaire n'a pas compétence pour modifier ceux-ci⁵. Ce même raisonnement vaut quand l'administrateur commet une infraction pénale, car l'assemblée n'a pas la disposition de l'action publique⁶. Le quitus ne peut donc paralyser l'action en responsabilité⁷, ou empêcher les poursuites civiles

-
1. En dépit de la généralité des trois dernières limites ci – évoquées et traitées, la première seulement est nommément mentionnée à l'art. 225-42, al. 3, C. com. fr ; nous avons estimé que le bref traitement des deux autres complèterait les développements de cette question ; les dirigeants étant en mesure de recourir à ces limites pour se libérer de toute responsabilité.
 2. I. Balensi, Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, op. cit., n° 233, pp. 171 et 172.
 3. Art. 169, C.com.lib.
 4. C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann., commentaire de l'art. 169, note 9.
 5. Idem, note 12.
 6. Idem, note 18.
 7. Art. 166, al. 2, C.com.lib.

ou même pénales d'une manière absolue. Les dirigeants restent responsables à l'égard des actionnaires et des tiers quand il s'agit d'actions individuelles pour fraude, violation de la loi ou des statuts¹.

De même, dans le cas de dissimulation, frauduleuse ou non, de l'intérêt personnel à une convention, le quitus ne joue pas, puisqu'il s'agit d'une violation de la loi et surtout parce qu'une telle dissimulation fait prendre par l'assemblée une décision sur une question sans avoir pris connaissance de tous les détails y afférents.

En droit français, le vote du quitus n'éteint pas l'action en responsabilité contre les administrateurs pour « faute commise dans l'accomplissement de leur mandat »², et ne peut constituer alors une limite à leur responsabilité. Le quitus produit en France des effets restreints. Comme la violation de la réglementation des conventions réglementées par un dirigeant est une faute, le vote du quitus ne dégage donc pas la responsabilité des dirigeants fautifs.

(iii) Renonciation à l'action

Mais est-ce que le conseil d'administration peut par une décision collective renoncer à exercer l'action sociale en responsabilité contre les dirigeants? La réponse est négative et toute clause statutaire qui permettrait une telle renonciation est tenue pour illicite³. La situation est différente quand la renonciation provient des actionnaires. En effet, les actionnaires peuvent renoncer à l'action sociale, si cette renonciation est prononcée par une décision collective de l'assemblée générale dûment et régulièrement prise. Cette renonciation constitue un type de quitus spécial qui, s'il est donné en pleine connaissance de cause, devrait éteindre toute responsabilité du dirigeant en faveur duquel il a été donné. Une telle renonciation à l'action sociale ne peut quand même pas limiter l'exercice de l'action individuelle⁴, à condition bien entendu que l'actionnaire puisse prouver l'existence d'un préjudice personnel qui lui a été causé par la convention ; une preuve qui est très difficile, pour ne pas dire impossible.

-
1. C. Fabia et P. Safa, *C.com.lib.ann.*, op. cit., commentaire de l'art. 166, note 34; v. aussi commentaire de l'art. 169, notes 16, 17 et 18.
 2. Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, op. cit., n° 411, pp. 490 et 491; art. L. 225-253, al. 2 ; v. aussi G. Ripert, P. Durand et R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, op. cit., n° 1210, p. 580; A. Moreau, *La société anonyme*, 2^e éd., Tome 1, op. cit., n° 103, p. 152.
 3. Escarra et Rault, *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales*, op. cit., n° 1591, p. 337.
 4. G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain, *Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales*, op. cit., n° 1766, p. 555.

Cela dit, le droit libanais¹ et le droit français² interdisent la renonciation anticipée ou statutaire à l'exercice d'une action sociale en responsabilité: le droit d'ester dans ce cas n'étant pas encore acquis. En tout cas, une telle renonciation n'est pas opposable aux tiers.

Par contre, rien ne semble empêcher aux Etats-Unis le conseil d'administration d'une société de renoncer à exercer l'action sociale contre les dirigeants. En effet, comme nous le verrons sous les développements qui suivent, les statuts d'une société anonyme américaine peuvent prévoir une renonciation en blanc à l'action en responsabilité contre les dirigeants, sous certaines réserves.

(iv) Autres limitations statutaires ou légales

Le Code civil français interdit toute stipulation statutaire qui subordonne l'action sociale en responsabilité contre les dirigeants à l'avis ou à l'autorisation préalable de l'assemblée générale³. Cette dernière ne peut éteindre une telle action pour fraude commise dans l'accomplissement par les dirigeants de leur tâche⁴. Cette disposition est littéralement et expressément transposée dans le Code de commerce⁵.

Le pragmatisme américain reconnaît que les administrateurs de sociétés, dans l'exercice de leurs fonctions, sont appelés à prendre des risques qui mettent en cause leur responsabilité personnelle. Les *Safe Harbour Statutes* (Lois de havre sûr ou de port de salut) donnent aux administrateurs une certaine assurance de leur liberté d'agir dans certaines limites.

L'Etat de Delaware et d'autres Etats américains ont en quelque sorte assoupli la rigidité des contraintes qui pèsent sur les administrateurs en permettant de disposer dans les statuts d'une société une limitation, voire une élimination de la *personal liability* (responsabilité personnelle) des administrateurs, à l'égard de la société et des associés, ou bien une exonération de payer des *monetary damages* (dommages et intérêts financiers) en cas de violation de leurs obligations. En effet, ces statuts peuvent prévoir l'*abolishment of liability* (l'abolition de la responsabilité) personnelle ou la *limitation of liability* (limitation de la responsabilité) personnelle des *directors* pour violation de leur *duty of care* (obligation de

1. E. Tyan, Droit commercial, Tome premier, n° 513, p. 574. « Le caractère d'ordre public de la responsabilité fait obstacle à ce qu'elle puisse être écartée ou même simplement entravée par la volonté des parties (clauses statutaires prohibitives de l'action ou la soumettant à une autorisation de l'assemblée ou à un avis préalable.. ». v. aussi dans ce sens, C. Fabia et P. Safa C. com. lib. ann., commentaire de l'art. 166, note n° 27.

2. Art. L. 225-253, al. 1, C.com.fr. (Sociétés anonymes); art. L. 223-22, al. 4, C.com.fr. (SARL).

3. Art. 1843-5, al. 2, C.civ.fr.

4. Idem, al. 3.

5. Art. L. 223-22, al. 4 et 5, C.com.fr. (SARL); art. L. 225-253, al. 1 et 2, C.com.fr. (Sociétés anonymes).

diligence), en l'absence d'une *action in bad faith* (action de mauvaise foi), *intentional misconduct* (mauvaise conduite intentionnelle), ou *knowing violation of law* (violation délibérée de la loi) et surtout s'ils reçoivent un *improper personal benefit* (avantage personnel indu)¹. Bien entendu, cette limitation ne vaut qu'à l'égard de la société et des associés et non pas à l'égard des tiers. Elle ne s'applique pas à tous les dirigeants mais uniquement aux administrateurs, excluant de ce fait les *officers* et autres dirigeants. Cette limitation n'est donc pas absolue; elle permet de solliciter un *equitable relief* (réparation équitable)². Par contre, quand il s'agit d'une *related party transaction* qui implique l'existence d'une violation du *duty of loyalty* (obligation de loyauté), la violation de cette obligation est écartée du champ de la limitation statutaire de la responsabilité des *directors*, car le plus fréquemment elle confère au violateur un avantage personnel indu³. Cette violation, ainsi que les actions et omissions de mauvaise foi⁴, sont considérées comme *dishonest* (malhonnêtes).

Certains Etats américains prescrivent une autre limitation en exigeant un *standard of culpability* (standard ou degré de culpabilité) plus élevé que celui d'une *ordinary negligence* (négligence ordinaire/simple). Pour engager la responsabilité personnelle de l'administrateur, il faut que son action soit une *gross negligence* (négligence lourde) ou *recklessness* (négligence caractérisée)⁵.

D'autres Etats fixent un plafond au montant qu'un administrateur fautif devra payer. Ce plafond est déterminé généralement en termes de multiples de la rémunération annuelle de l'administrateur. Un plafond qui peut être réduit (mais non augmenté) par les associés⁶.

L'extension de l'application de telles limites à la violation par un *officer* de l'obligation de *disclosure* (de révélation) a suscité aux USA divers remous doctrinaux et jurisprudentiels⁷. L'un des arguments avancés est que la limitation de la responsabilité de l'article 8 § 102 (b) (7) DCLA est expressément prévue uniquement pour les *directors* et non nommément pour les *officers*. Quand un *director* est aussi un *officer*, l'article en question ne peut être invoqué pour le protéger. En outre, comme cet article prévoit la possibilité de la limitation de la responsabilité dans le cas de violation de la *fiduciary duty* sans poser des exceptions

-
1. H. Choper et A. Eisenberg, *Corporations*, op. cit., p. 45; § 102 (b) (7) DCLA; § 7.19 ALI PCG, vol. 2, partie VII, pp. 238 et s. Il s'agit de la « personal monetary liability » (responsabilité pécuniaire personnelle) ; v. B. Schwartz et A. Goodman, *Corporate Governance: Law and practice*, op. cit., § 5.02 [2], pp. 5-7.
 2. L. Solomon et A. Palmiter, *Corporations*, op. cit., § 12.5.1, p. 213.
 3. 8 § 102 (b) (7) DCLA, p. 5; ou d'après § 2.02 (b) (4) RMBCA « financial benefit he is not entitled to » (avantage financier auquel il n'a pas droit) ; « improper financial benefit ».
 4. In re. Walt Disney, Co. Derivative Litg., (2003), préc.
 5. L. Solomon et A. Palmiter, *Corporations*, op. cit., § 12.5.2, p. 213.
 6. Idem, § 12.5.3, p. 214.
 7. L. Soderquist, L. Smiddy et L. Cunningham, *Corporations and Other Business Organizations: Cases, Materials, Problems*, op. cit., p. 568.

concernant la *duty of disclosure*, il n'y a pas de raison pour qu'il ne soit pas applicable pour limiter la responsabilité des *directors* en cas de violation de cette obligation. Comme parfois la nature de la violation n'est pas très claire, les demandeurs en justice ont tendance à la considérer comme une violation d'une obligation de loyauté rien que pour la soustraire à la limitation de responsabilité statutaire, en invoquant, par exemple, l'omission intentionnelle de révéler des faits qu'ils savent être pertinents et essentiels, agissant ainsi de mauvaise foi. La *duty of care* (obligation de diligence), étant une obligation fiduciaire dont la violation tombe sous l'empire de l'article 8 § 102 (b) (7) *DCLA*, les demandeurs ont aussi tendance à l'associer à la *duty of loyalty* pour que la limitation de responsabilité ne s'applique pas. L'appréciation de la nature de l'obligation est faite par les tribunaux d'une manière stricte et la charge de prouver l'existence d'une *duty of loyalty* incombe à celui qui attaque la convention¹.

b) Contre les associés

Les associés eux-mêmes, surtout les associés prépondérants qui ont le dernier mot en raison du pouvoir de vote majoritaire qui leur confère leur prépondérance, ont parfois tendance à ignorer l'intérêt social pour faire prévaloir leur propre intérêt dans une convention conclue avec la société. Les législations modernes ont pris conscience de ce danger, surtout avec le développement des groupes de sociétés souvent contrôlés par une seule société mère. Cette dernière poursuit d'autres buts, parfois totalement étrangers à la société au mépris des intérêts des associés minoritaires.

Le droit libanais, contrairement aux droits français et américain, ne consacre aucun texte dans le Code de commerce à la responsabilité des associés, alors que les deux derniers la réglementent au même titre que la responsabilité des dirigeants.

Le Code de commerce français dispose clairement que « toute convention intervenant... entre la société et... l'un des actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10%... doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration »². L'actionnaire visé est donc un « intéressé » au sens de la réglementation³. En conséquence, la violation par un associé de cette interdiction met en cause sa responsabilité personnelle.

1. Malpiede v. Towson, Del. Supr: 780 2d 1075 (Del 2001) (protocole de fusion).

2. Art. L. 225-38, al.1, C.com.fr. (SA); v. texte identique, art. L. 225-86, al. 1, C. com. fr (SACS).

3. Art. L. 225-41, al. 2, C. com. cr. (SA); art. L. 225-89 C.com.fr. (SACS).

Aux Etats-Unis, à moins que les statuts d'une *limited liability company* (SARL) ne disposent autrement, un associé d'une société de ce type est libre de contracter avec elle sans aucune condition¹. Les associés *controlling* (dominants ou contrôlants) ont une obligation de *fair dealing* (traitement équitable) dans leurs *transactions* avec leur société². Les associés de sociétés anonymes américaines connaissent un traitement moins souple contrairement au *safe harbors* que la loi américaine met à la disposition des dirigeants quand ils traitent avec leur société, comme le *business judgment rule*. A côté du texte de § 5.10 *ALI PCG*, qui régit tout genre de *transactions* qu'un *controlling shareholder* passe avec sa société, d'autres textes sont plus spécifiques, comme celui de § 7.25 *ALI PCG* qui traite des transactions in «*control involving corporate combinations to which a majority shareholder is a party*»³ (transactions de prise de contrôle impliquant une combinaison sociale à laquelle l'associé majoritaire est partie), et qui s'applique uniquement aux sociétés cotées⁴. Dans ces dernières transactions, l'associé majoritaire ou *controlling* peut être tenu pour responsable pour avoir écarté, voire éliminé, par la force de ses voix lors du vote sur la transaction en question, les associés minoritaires du processus d'évaluation des actions de la société rachetée, à laquelle les associés majoritaires sont liés. Ces cas sont connus sous les noms de «*cash-out*» ou «*freeze-out*» à l'occasion d'une fusion. Les associés minoritaires lésés peuvent recourir à l'«*appraisal remedy*» où l'évaluation judiciaire de la valeur équitable de leurs actions à la suite d'une action en justice appelée «*appraisal proceeding*». Cette action ne tend pas à admettre les associés minoritaires éliminés comme associés dans la société absorbante, mais à les indemniser au cas où la valeur de leurs actions est supérieure à celles qu'ils auraient perçue par opération du *freeze-out*⁵.

c) Contre les commissaires aux comptes

Les commissaires aux comptes sont aussi vulnérables dans l'accomplissement de leurs tâches et, plus particulièrement, celles relatives aux conventions réglementées. Leur responsabilité personnelle peut être engagée non seulement en cas de violation de leurs devoirs de surveillance, mais aussi de leurs devoirs plus ponctuels prévus dans la réglementation des conventions.

1. 6 § 18-107 DCLA, p. 395.

2. § 5.10 *ALI PCG*, vol.1, partie V, p. 325.

3. § 7.25 *ALI PCG*, vol.2, part VII, p. 380.

4. *Idem*, p. 383.

5. *Idem*, pp. 384-391

Cette responsabilité est bien encadrée dans les textes sur la base de la faute dans l'accomplissement de leurs missions (1) ; elle peut-être partagée, mais elle connaît toutefois certaines limites (2).

1) La violation de leurs obligations prévues dans la réglementation est une faute

Les commissaires aux comptes engagent leur responsabilité personnelle toutes les fois qu'ils commettent une faute de surveillance¹ et de contrôle. Ils répondent de toute faute, même non intentionnelle, qu'ils soient de bonne ou de mauvaise foi².

La non soumission du rapport spécial sur les conventions prévu par la loi³ constitue aussi bien une violation de la réglementation, qu'une faute de surveillance et la responsabilité du commissaire de surveillance se trouve en résultat engagée, même vis-à-vis des tiers⁴.

« La mise en jeu de cette responsabilité à l'occasion du contrôle des conventions demeure exceptionnelle » en droit français⁵. Les commissaires aux comptes sont responsables de leur faute de surveillance et de leurs négligences commises dans l'exercice de leurs fonctions⁶. Encore faut-il que cette faute porte un préjudice à la société ou même à une partie contractante dans une convention réglementée, même si c'est le dirigeant intéressé lui-même qui est lésé⁷. C'est ainsi que l'omission de mentionner une convention dans un rapport spécial sur les conventions n'engage la responsabilité du commissaire que si cette omission était responsable du préjudice causé à la société⁸, aux actionnaires ou aux tiers⁹, à condition de prouver le lien de causalité entre la faute des commissaires et le dommage¹⁰.

Les commissaires aux comptes sont donc tenus d'une obligation de moyens qui les met à l'abri de toute responsabilité du moment qu'ils n'ont pas violé les règles et pratiques dictées par l'exercice normal de leur profession, « par référence à la conduite d'un commissaire diligent et actif placé dans la même situation »¹¹ ou s'ils commettent une faute technique¹². La

1. Art. 178 C.com.lib.

2. C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann., op. cit., commentaire des art. 177 et 178, note 2.

3. Art. 158, al.3, C.com.lib.

4. Art. 178 C.com.lib.

5. CNCC, Etudes juridiques, Les conventions entre les entres et les personnes « intéressées », op. cit., § 130, p. 114.

6. Art. L. 822-17, C.com.fr.

7. Y. Guyon, Droit des affaires, tome 1, op. cit., n° 423, p. 433.

8. Cass. Com., 2 juillet 1973 : Rev. soc., 1973, p. 662, note E. du Pontavice.

9. A. Mercier, Ph. Merle, Cl. Flahaut-Jasson et S. Besnard, Audit et commissariat aux comptes 2009-2010, op. cit., n° 12280, p. 275.

10. Y. Guyon, Droits des affaires, tome 1, op. cit., n° 423, p. 433.

11. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 519, p. 626 ; Cass. com., 6 octobre 1992: Bull. Joly, décembre 1992, p. 1288, note J.-F. Barbièri; v. aussi G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain, Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales, op. cit., n° 1742, p. 531.

12. M. De Juglart et B. Ippolito, par E. du Pontavice et J. Dupichot, Traité de droit commercial, op. cit., n° 756-2, p. 662.

doctrine professionnelle de la CNCC trouve que la conséquence de l'obligation de moyens qui pèse sur le commissaire aux comptes est qu'il n'est pas tenu à « l'exhaustivité » et n'a donc pas à « vérifier toutes les opérations qui relèvent du champ de ses missions ni à rechercher systématiquement toutes inexactitudes et irrégularités qu'elles pourraient comporter »¹. Il arrive toutefois qu'exceptionnellement le commissaire ait une obligation de résultats; c'est le cas, entre autres, de sa violation de son devoir de vérification concernant le respect des règles relatives aux actions des dirigeants². Cela provient du fait que, quand la loi est claire, les commissaires sont tenus de la respecter à la lettre et d'agir en conséquence. C'est notamment le cas de l'obligation de préparer le rapport spécial sur les conventions³ ou, dans un contexte plus large, par exemple l'obligation de vérifier le respect des règles statutaires relatives aux actions des dirigeants⁴. Nous assimilons ici le rapport spécial sur les conventions au rapport de gestion en ce qui a trait au devoir de « vérification par les commissaires de la régularité de l'ensemble de la vie sociale »⁵, qui vient s'ajouter aux autres devoirs que lui dictent ses missions de contrôle (*audit*), d'information, et d'autres missions spéciales. La découverte des conventions réglementées qui ne leur ont pas été signalées reste une obligation de moyens⁶.

Certains auteurs estiment qu'en l'absence d'un contrat entre les commissaires aux comptes et la société, il n'y a pas lieu de faire référence à ces deux types d'obligation; leur responsabilité étant dans ce cas une responsabilité délictuelle⁷.

La responsabilité civile pèse non seulement sur le commissaire aux comptes qui exerce sa profession individuellement, mais aussi sur les commissaires aux comptes, personnes morales, titulaires d'un mandat de contrôle. Selon l'art. R. 822-109 C.com.fr., « Deux ou plusieurs commissaires aux comptes peuvent constituer entre eux une société civile professionnelle, pour l'exercice en commun de leur profession ». Cet exercice peut aussi

-
1. A. Mercier, Ph. Merle, Cl. Flahaut-Jasson et S. Besnard, *Audit et commissariat aux comptes 2009-2010*, op. cit., n° 12260, p. 273 ; v. aussi n° 50318, p. 763.
 2. Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, op. cit., n° 519, p. 626.
 3. A. Najjar, *L'administration de la société anonyme libanaise*, op. cit., n° 458, p. 267.
 4. Art. L. 225-26 C.com.fr. qui renvoie à l'art. L. 225-25 C.com.fr. qui concerne la propriété par les administrateurs d'actions prévue dans les statuts sociaux. Cet article fait peser sur les commissaires une obligation de résultat dans ce sens : Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, op. cit., n° 519, p. 626.
 5. Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, op. cit., n° 510, p. 612.
 6. *Idem*, n°s 510 et s., pp. 601 et s., A. Mercier, Ph. Merle, Cl. Flahaut-Jasson et S. Besnard, *Audit et commissariat aux comptes 2009-2010*, op. cit., n° 12265, p. 273.
 7. M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 827, p. 432 ; v. aussi Y. Guyon, *Droit des affaires*, op. cit., n° 386, p. 395.

avoir lieu sous la forme d'une société commerciale¹. Quand le mandat est donné à une société d'audit, c'est la société qui est tenue pour responsable².

Il s'agit de voir dans quelle mesure l'associé d'une société de commissaires aux comptes est personnellement responsable. La position jurisprudentielle française actuelle (du moins celle de la Cour d'appel) n'engage la responsabilité civile personnelle d'un commissaire aux comptes qui est associé d'une société de commissaires aux comptes, ou rédacteur des rapports émis et signés pour le compte de cette société, que dans le cas d'une faute qui est détachable de ses fonctions³. Dans tous les autres cas, « seule la personne morale » titulaire du mandat « peut voir sa responsabilité civile mise en cause »⁴. Par contre, si la profession est exercée dans une société d'exercice libéral, chaque associé est responsable des actes professionnels qu'il accomplit, sans aucune solidarité de la part de la société ou des autres associés, alors que dans une société civile professionnelle cette solidarité existe⁵. Même s'ils sont rémunérés par la société, la nature de la mission des commissaires aux comptes est institutionnelle⁶. Tout dépend de celui ou ceux qui ont commis la faute. En cas de faute commune, ils peuvent être condamnés *in solidum* entre eux ou même avec les administrateurs⁷.

Au Liban, la responsabilité civile des commissaires de surveillance est en principe indépendante de celle des administrateurs, bien qu'elle puisse faire l'objet d'une action en justice intentée en même temps que celle contre les administrateurs, quand ils ont tous commis la même faute, partagée par eux, qui est à la base du préjudice subi. Si la faute est indivisible, ils seront condamnés solidairement⁸. C'est le cas quand il y a plusieurs commissaires de surveillance chargés de la mission de contrôle⁹. Les commissaires de surveillance sont responsables individuellement ou solidairement de leurs fautes¹⁰.

1. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 501, p. 603.

2. Idem, n° 519, p. 625, note 4.

3. CA Rennes, 16 septembre 2005 : Bull. CNCC, n° 139-2005, p. 447 ; un renversement d'une jurisprudence antérieure qui reconnaissait la responsabilité *in solidum* de la personne morale titulaire du mandat, du mandataire social et du signataire technique : CA Paris, 4 avril 1991 : Bull. CNCC n° 82-1991 p. 231 ; cette position est basée sur l'obligation imposée par l'art. R. 822-94 C.com.fr. que le représentant légal de la société de commissaires aux comptes et l'associé qui a participé à l'élaboration des rapports et documents les signent conjointement : A. Mercier, Ph. Merle, Cl. Flahaut-Jasson et S. Besnard, Audit et commissariat aux comptes 2009-2010, op. cit., n° 12885, p. 286.

4. A. Mercier, Ph. Merle, Cl. Flahaut-Jasson et S. Besnard, Audit et commissariat aux comptes 2009-2010, op. cit., n°s 12885 - 12888, p. 286.

5. Idem, n° 12889, p. 286.

6. CA Paris, 10 mars 2006: Bull. Joly, août-septembre 2006, § 205, p. 1001, note J.-F. Barbière .

7. G. Ripert, Traité élémentaire de droit commercial, n° 1200, p. 574.

8. C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann., op. cit., commentaire des articles 177 et 178, note 7.

9. V. E. Tyan, Droit commercial, tome I, op. cit., n° 639, p. 728.

10. Art. 178 C.com.lib.

En France, si les commissaires ne révèlent pas dans leur rapport à l'assemblée générale les infractions ou irrégularités commises par les dirigeants ou autres mandataires sociaux, tout en ayant pris connaissance, ils sont responsables au même titre que ceux-ci¹. Leurs diligences dans ce sens sont limitées aux démarches normalement entreprises dans l'exercice de leurs fonctions de réviseurs des comptes. On l'a déjà souligné, les commissaires aux comptes ne sont pas requis de rechercher les conventions non autorisées d'une manière systématique².

(2) Limites à la responsabilité des commissaires aux comptes

En dépit de la rigueur qui marque la responsabilité des commissaires aux comptes, ces derniers bénéficient d'une certaine protection contre les poursuites que l'accomplissement de leurs tâches peut entraîner. La lettre d'affirmation (i) et le quitus (ii) sont deux moyens, d'efficacité relative, pour épargner aux commissaires aux comptes des actions en justice que peuvent intenter les associés ou les tiers, ayant subi un préjudice résultant de l'inobservation par les commissaires de la diligence requise.

(i) Lettre d'affirmation (*Representation letter*)

Bien que, du moins en droit libanais et en droit français, les commissaires de surveillance et commissaires aux comptes, respectivement, soient des organes sociaux externes, ils exercent leur mission sur la base d'informations et documents qui leur sont communiqués par les dirigeants de la société. Si, négligemment ou intentionnellement, ces dirigeants dissimulent des informations ou documents significatifs, les commissaires aux comptes ne pourront être tenus pour responsables de ne pas les avoir révélés dans leur rapport général à l'assemblée sur les comptes ou, en l'occurrence, dans leur rapport spécial sur les conventions.

Mais comment mieux protéger les commissaires qu'en exigeant des dirigeants, ou des représentants légaux de la société, une déclaration écrite qu'ils ont tout mis à la disposition des commissaires. Cette déclaration est communément connue sous l'appellation « *representation letter* » ou « lettre d'affirmation »³.

La lettre d'affirmation type⁴ stipule, entre autres, que les dirigeants déclarent qu'ils sont responsables de la présentation de comptes sincères, préparés conformément aux normes comptables adoptées par la société et aux lois applicables ; qu'ils ont mis à la disposition des

1. Art. L. 822-17, al. 3, C.com.fr.

2. CNCC, Etudes juridiques, Les conventions entre les entités et les personnes « intéressées », op. cit., § 130, p. 114.

3. A. Mercier, Ph. Merle, Cl. Flahaut-Jasson et S. Besnard, Audit et commissariat aux comptes, 2009-2010, op. cit., n° 9350, p. 225.

4. V. des exemplaires à l'annexe n° 15.

commissaires tous documents et pièces susceptibles de leur donner une image sincère de la situation financière de la société ; qu'ils ne sont au courant d'aucune irrégularité ou fraude ou violation de la loi ou des statuts. Bien entendu, les informations concernant les conventions réglementées telles que requises par la réglementation doivent être communiquées aux commissaires pour qu'ils puissent mener à bien leur mission et préparer leur rapport spécial sur les conventions.

Les commissaires aux comptes ne sont pas des devins, mais si les comptes qu'ils révisent reflètent l'existence d'une convention qui ne leur a pas été communiquée, leur obligation de diligence les oblige à s'enquérir auprès des dirigeants sur cette convention; surtout quand ces comptes suggèrent qu'elle n'est pas de nature courante et qu'elle doit donc être soumise à la procédure de contrôle. Cela dit, les commissaires aux comptes ne sont pas de simples « dispensateurs d'informations »¹. Ils reçoivent, en droit français, la liste et l'objet des conventions que les dirigeants avaient considérées comme libres et aussi celles qui ont été autorisées par le conseil. Les commissaires ont le droit de reclasser celles des conventions libres qu'ils estiment être des conventions réglementées et qui auraient dû être autorisées. Lorsque le commissaire aux comptes n'a pas été avisé de l'existence d'une convention libre ou réglementée ou n'en a pas découvert, il peut demander aux dirigeants de confirmer l'inexistence d'une telle convention dans une lettre d'affirmation². Nous ajoutons qu'une lettre d'affirmation serait souhaitable dans tous les cas et non seulement si le commissaire n'a pas été avisé de l'existence d'une convention ou n'en a découvert aucune. La lettre d'affirmation, dans le cas où il y a des conventions, doit déclarer que les conventions desquelles le commissaire a été avisé sont les seules qui ont été autorisées ou non, conclues ou non par la société.

(ii) **Quitus**

Au Liban, l'autre limite à la responsabilité des commissaires aux comptes et de surveillance est le quitus que l'assemblée générale, normalement l'assemblée générale ordinaire annuelle, qui statue sur les comptes de l'exercice écoulé, donne aux commissaires aux comptes après réception de leur rapport. C'est une décharge de leur responsabilité, découlant de l'exercice de leur mission de surveillance, de contrôle et de vérification. Ce

-
1. Ph. Merle, Les nouvelles obligations des commissaires aux comptes après la loi NRE du 15 mai 2001, *op. cit.*, p. 3518 ; en effet, comme on le sait déjà, le commissaire est tenu de préparer son rapport spécial sur les conventions qu'il soumet à l'assemblée.
 2. A. Mercier, Ph. Merle, Cl. Flahaut-Jasson et S. Besnard, *Audit et commissariat aux comptes 2009-2010*, *op. cit.*, n° 52393, p. 784.

quitus les couvre aux mêmes conditions et dans la même mesure que les administrateurs¹. Cela dit, le quitus donné aux dirigeants ne suffit pas à couvrir les commissaires aux comptes².

Mais est-ce que le quitus, donné en bonne et due forme, par une décision régulière de l'assemblée générale, constitue une limite suffisante à la mise en œuvre de la responsabilité des commissaires? Oui, en ce qui concerne l'action sociale, le quitus produit entièrement ses effets. Il n'est toutefois pas opposable aux associés ou aux tiers endommagés, qui restent libres d'intenter leurs actions individuelles pour préjudices personnels³.

Ni le droit français, ni le droit américain ne connaissent cette limite à l'engagement de la responsabilité des commissaires aux comptes.

2. Titulaires de l'action en responsabilité civile

Toute personne lésée est en droit d'agir en justice dans une action en responsabilité. L'intérêt social étant la raison d'être de la réglementation des conventions réglementées, la société (a) est le titulaire principal de l'action; les associés directement lésés (b), et même parfois les tiers (c) ont aussi le droit d'intenter l'action en responsabilité contre les dirigeants. L'action sociale est intentée pour réparer un préjudice social et l'action individuelle pour réparer un préjudice individuel⁴.

a) La société

La société, personne morale, ne peut tout naturellement se plaindre que par l'intermédiaire de ses représentants, qui sont légalement habilités à prendre sa défense, et mettre en œuvre le processus judiciaire. Normalement, ceux-ci sont le président du conseil d'administration, le président du directoire, les directeurs généraux et les gérants.

La société agit en justice dans une action sociale, quand la faute d'un administrateur est commise au détriment de la société elle-même. La violation par un dirigeant de la réglementation des conventions a depuis longtemps été considérée comme une cause pour une action sociale⁵; le dommage causé étant un préjudice subi par la société lésée dans son intérêt social et, en conséquence, indirectement par tous les associés. De même, est

1. C. Fabia et P. Safa, *C. com.lib.ann.*, op. cit., commentaire des art. 177 et 178, note 9.

2. A. Najjar, *L'administration de la société anonyme libanaise*, op. cit., n° 468, p. 270

3. E. Tyan, *Droit commercial*, op. cit., n° 636, p. 725.

4. M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, op. cit., n°s 618 à 620, pp. 334 et 335.

5. C. Houpin et H. Bosvieux, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, op. cit., n° 1364, p. 612.

considérée comme une action sociale l'action en responsabilité exercée contre les gérants ou administrateurs pour faute de gestion ou défaut de surveillance¹.

L'action sociale en responsabilité peut être soit une action *ut universi*, exercée par les représentants de la société ou *ut singuli* quand elle est exercée par un ou plusieurs associés, toujours dans l'intérêt de la société elle-même².

En général, l'action en responsabilité intentée par la société contre les commissaires engagés pour la surveillance et le contrôle des comptes est une action sociale pour faute contractuelle.

b) Les associés personnellement

Au Liban comme en France, un associé lésé personnellement par une convention conclue par un dirigeant intéressé peut intenter une action individuelle en responsabilité en son nom propre, et non au nom de la société, pour réparation du préjudice subi³. Ce préjudice doit forcément être un préjudice distinct de celui subi par la société. C'est l'action sociale qui doit être mise en œuvre si, par contre, le préjudice n'est pas individuel, à condition que le préjudice n'ait pas été causé par la société elle-même⁴.

Comme on l'a déjà souligné en traitant l'action en nullité intentée par un associé pour préjudice individuel⁵, la doctrine est unanime, il s'avère difficile d'établir qu'il y a un préjudice individuel qui justifie l'action en responsabilité individuelle, qui n'est pas en même temps un dérivé du préjudice causé à la société et dont il ne peut pas être facilement dissocié ou distingué ; d'où la rareté de ces actions⁶.

Cette difficulté est partagée en droit américain qui trouve également que dans certains *fact patterns* (modèles de faits), la distinction entre les deux types d'action, à savoir *direct claim* (action directe) et *derivative action* (action sociale) n'est pas aisée⁷.

L'action individuelle d'un associé dans une société américaine contre les dirigeants est appelée *direct suit*, ou action directe. Cette action est personnelle et n'est pas intentée « *on*

1. Idem, p. 610; v. aussi J. Moliérac, Manuel des sociétés, op. cit., n° 1144, p. 220.

2. Art. 168 C. com. lub., art. L. 225-252 C.com.fr., Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 407, p. 487; v. aussi G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain, Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales, op. cit., n°s 1763 et s., pp. 551 et s.

3. Art. 166, al.2, C.com.lib. (Sociétés anonymes); art. 19 du décret-loi n° 35 du 5 août 1967 (SARL); art. L. 225-251, al.1, C.com.fr. (Sociétés anonymes).

4. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 408, p. 477.

5. V. supra, Action intentée par un ou plusieurs associés, p. 394.

6. P. Le Cannu, Droit des sociétés, op. cit., n° 481, p. 318 ; v. aussi, Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 408, p. 487. Nous n'avons pas pu trouver en jurisprudence une décision relative à l'action individuelle ayant pour sujet les conventions réglementées.

7. L. Soderquist, L. Smiddy et L. Cunningham, Corporations and Other Business Organizations: Cases, Materials, Problems, op. cit., p. 754; v. aussi §§. 7.01 et s., ALI PCG, vol.2, partie VII, p. 17.

behalf of the corporation » (pour le compte de la société). On y a parfois recours, dans une manœuvre pour éviter les actions sociales qui nécessitent la demande préalable au conseil d'agir¹, en raison du caractère subsidiaire de la *derivative action*.

Les recours personnels sont fréquents, moins pour réclamer un droit, comme celui qui provient de la diminution de l'actif social occasionné par une convention désavantageuse pour la société conclue par un dirigeant intéressé, que pour réclamer un droit personnel direct, comme, par exemple, quand un associé est privé de dividendes ou du droit d'inspection des livres sociaux ou de l'exercice d'autres droits sociaux rattachés à sa qualité d'associé².

c) Les tiers

Les administrateurs³ de sociétés anonymes et les gérants de SARL⁴ en droit libanais et en droit français sont responsables envers la société du manquement aux devoirs spéciaux qui leur sont imposés par la loi qui lèse les tiers. Si les agissements des dirigeants diminuent l'actif social, les tiers, surtout les créanciers sociaux, qui souffrent de cette diminution, sont titulaires d'une action en responsabilité civile tendant à restaurer cet actif, à condition toutefois qu'ils soient de bonne foi. Cette action est indirecte, exercée par la voie oblique du chef de la société⁵. L'action en responsabilité intentée par les tiers, avec qui le dirigeant intéressé n'a aucun rapport de droit direct, est exceptionnelle puisqu'en principe le tiers lésé doit se retourner contre la société elle-même.

Au Liban, les tiers sont aussi des titulaires de l'action en responsabilité contre les commissaires de surveillance dans une action individuelle, délictuelle ou quasi délictuelle. Les créanciers sociaux peuvent engager la responsabilité des commissaires de surveillance, agissant par la voie oblique toujours du chef de la société, quand les agissements fautifs de ces derniers leur causent un préjudice personnel⁶ et quand les organes sociaux compétents négligent d'intenter l'action sociale tendant à la réparation du préjudice causé à la société.

En France, la responsabilité de ces dirigeants pourrait être exceptionnellement engagée par un tiers, quand elle est due à une « faute détachable de l'exercice de leurs fonctions »⁷ ou

1. L. Solomon et A. Palmiter, *Corporations*, op. cit., § 18.2, p. 298.

2. H. Lepargneur, *Les sociétés commerciales aux États-Unis d'Amérique*, Dalloz 1951, p. 238.

3. C. Fabia et P. Safa, *C.com.lib.ann.*, op. cit., commentaire de l'art. 166, notes 8 et 26 ; art. L. 225-251, al. 1, C.com.fr.

4. Art. 19, al.1, du décret loi lib. n° 35 du 5 août 1967 ; art. L. 223-22, al.1, C.com.fr.

5. Art. 276, al.3, COCL ; art. 1166 C.civ.fr.

6. A. Najjar, *L'administration de la société anonyme libanaise*, op. cit., n° 466, p. 269.

7. M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 615, p. 333.

« séparable » de leurs fonctions¹. Cette faute est définie par la Cour de cassation comme étant « une faute d'une particulière gravité, commise intentionnellement, et incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales »². Même si le tiers n'a pas de rapport de droit avec le dirigeant fautif, et comme le dirigeant est souvent à l'origine du fait dommageable, l'équité exige que la réparation soit mise à sa charge³, plutôt qu'à la charge de la société avec laquelle le tiers a un lien de droit, souvent de nature contractuelle.

Cette responsabilité exceptionnelle a un caractère délictuel ou, en droit américain, *tortuous*⁴. La doctrine américaine, qui n'est pas en faveur d'une telle approche, soutient que le tiers ne peut engager la responsabilité d'un dirigeant car les biens de celui-ci, qui peuvent être vendus pour satisfaire le tiers, doivent l'être au profit de tous les créanciers sociaux et non seulement du demandeur⁵.

Quant à la responsabilité des dirigeants d'une société américaine découlant de la violation d'une obligation fiduciaire, elle ne peut être engagée par les tiers car cette obligation ne leur est pas due, elle l'est à l'égard de la société et de ses associés. Les tiers (y compris les créanciers sociaux) n'ont droit qu'à la « *protection afforded by the terms of their contracts with the corporation* » (protection assurée par les dispositions de leurs contrats avec la société)⁶.

3. Extinction de l'action en responsabilité civile

Au Liban, l'action en responsabilité contre les dirigeants, si elle est intentée par les actionnaires, sur la base de l'art. 166 C.com.lib., est prescrite par 5 ans à dater de l'assemblée au cours de laquelle les administrateurs ont eu à rendre compte de leur gestion⁷. Ce délai de prescription a été mis en cause⁸ au motif que, puisque son départ est lié à la tenue de l'assemblée qui statue sur la gestion, elle est forcément relative aux fautes de gestion et ne saurait s'appliquer aux cas de fraude et violation de la loi et des statuts de l'art. 166 C.com.lib.

1. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 405, p. 485.

2. Cass. com., 20 mai 2003: D. 2003, Bull. Joly, juillet 2003, § 167, p. 786, note H. Le Nabasque ; Cass. com., 28 avril 1998 : Bull. Joly, 1998, p. 808, n° 263, note P. Le Cannu.

3. Juris-Classeur 2002, Administration, Responsabilité civile des administrateurs, op. cit., n° 59, p. 14.

4. R. Stevens, Handbook on the Law of Private Corporations, op. cit., §§ 152-154, pp. 717-720.

5. Idem.

6. W. Knepper et D. Bailey, Liability of Corporate Officers and Directors, op. cit., § 6.02, p. 6-5.

7. Art. 171 C.com.lib.

8. Cass. civ., 17 décembre 1969, décision n° 133 : Al Adl, juillet-août-septembre 1970, n° 275, p. 441..

Par contre, quand l'action est intentée par des tiers, c'est la prescription décennale du droit commun qui s'applique¹. Cette prescription est d'une durée plus longue parce que les tiers ne sont pas au courant des affaires sociales au même titre que les associés qui eux ont la possibilité, au moins une fois par an, à l'occasion de l'assemblée générale annuelle, de prendre connaissance des activités sociales. La doctrine est en faveur d'une telle durée de prescription pour les actions en responsabilité intentées par les tiers, se doutant de l'opposabilité à ces derniers d'une durée de prescription plus courte². En effet, si l'action en responsabilité concerne une convention réglementée conclue en violation de la réglementation et qui a causé un préjudice à un tiers, la durée de prescription ne peut commencer qu'à partir de la date où le tiers lésé en a pris connaissance.

Les actions intentées par la société, ou par les tiers, contre les gérants de sociétés à responsabilité limitée libanaises, se prescrivent par trois ans à partir de la date des actes préjudiciables à la société quand ils sont apparents, ou de la date de leur découverte s'ils ont été dissimulés³.

Le droit français des sociétés à responsabilité limitée adopte une disposition spécifique aux actions concernant les conventions réglementées et prescrit une durée de trois ans à partir de la date du « fait dommageable », donc de la date de conclusion de la convention litigieuse. Si cette convention a été dissimulée, la prescription ne court qu'à partir de la date de sa révélation⁴.

Le délai de prescription des actions en responsabilité contre les dirigeants pour violation de la réglementation des conventions conclues entre eux et la société anonyme française qu'ils dirigent n'est pas spécifiquement fixé dans les articles qui régissent la matière dans les sociétés anonymes, contrairement au cas des sociétés à responsabilité limitée. C'est donc la disposition générale du droit commun de la prescription pour les actions en responsabilité contre les administrateurs qui s'applique. Elle est de « trois ans à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation »⁵. Cette durée relativement courte semble avoir été instaurée pour apporter « une sorte de compensation à la responsabilité

1. Art. 349 COCL.

2. C. Fabia et P. Safa, *C.com.lib.ann.*, op. cit., commentaire de l'art. 171, note 3.

3. Art. 20 décret législatif lib. n° 35 du 5 août 1967.

4. Art. L. 223-23, *C.com.fr.* En passant, nous notons que le terme « dissimulé », tel qu'utilisé dans les textes, a une connotation négative. L'omission non intentionnelle et la dissimulation intentionnelle sont ainsi mises sur le même plan.

5. Art. L. 225-254 *C.com.fr.* (à moins que le fait ne soit qualifié de crime, elle est alors de 10 ans).

rigoureuse qui pèse sur les administrateurs... »¹. Cet argument est peut-être valable quand il s'agit d'une action en responsabilité pour faute de gestion, lorsqu'elle n'est pas engagée à cause d'une action mettant face à face l'intérêt personnel et l'intérêt social, et qui dépend essentiellement de la volonté du dirigeant intéressé. On n'est pas là dans un domaine où la diligence du bon père de famille permet certaines tolérances qui dépendent de la façon de voir les choses, par essence soumise aux conditions particulières et aptitudes des dirigeants². Donc, à notre sens, les dirigeants dans ce cas ne méritent pas de « compensation » exprimée par l'abrégement du délai de la prescription des actions en responsabilité contre eux.

Le point de départ de la prescription étant celui du fait dommageable, il est rare que la date de ce fait ou, dans notre cas, la date de la conclusion de la convention litigieuse, soit connue au jour même de cette conclusion. Un nombre restreint de personnes, à savoir les signataires de la convention et peut-être d'autres personnes dans un cercle très étroit, en prennent connaissance. Ce qui réduit le nombre de demandeurs éventuels dans une action en responsabilité jusqu'au jour où cette convention est révélée ou est découverte d'une façon ou d'une autre. Il y a même beaucoup de possibilités pour les intéressés de dissimuler une telle convention.

La réunion de l'assemblée générale annuelle est en général la première occasion au cours de laquelle des conventions réglementées, jusqu'alors occultes, sont révélées. Ainsi, et surtout dans les sociétés anonymes de grande taille, qui ont un grand nombre d'actionnaires, notamment celles qui sont cotées en bourse, les tiers en prennent alors connaissance au même moment que la plupart des actionnaires. Cela dit, quand le « fait dommageable » a donné lieu à une inscription dans les comptes sociaux, cette inscription semble tenir lieu de révélation³.

Le droit américain établit une différence, pour la détermination des *statutes of limitations* (délais de prescription), entre les différentes *underlying causes of actions*⁴ qui sous-tendent les actions en responsabilité contre les dirigeants. C'est la nature de la relation entre les dirigeants et la société qui en est le point déterminant. Le délai de prescription dans la conception qui qualifie la relation de purement fiduciaire : « *equitable* », « *trustee and*

1. G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain, *Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales*, op. cit., n° 1769, p. 556.

2. On peut assimiler ici la situation à celle en droit américain quand le « *business judgment rule* » ne joue pas en présence d'un « *self dealing* » où l'intérêt personnel est prépondérant.

3. CA Reims, 10 novembre 1975 : JCP G. 1976, IV, p. 338; RTDC 1976, p. 142; CA Paris, 15 février 1990: D., 1990, IR., p. 80.

4. R. Stevens, *Handbook on the Law of Private Corporations*, op. cit. n° 157, p. 730.

beneficiary », est différent de celui qui serait applicable quand la relation a une nature « *legal* ». Dans tous les cas où le comportement des dirigeants résulte en un « *gain to the director* » (gain, ou profit personnel pour l'administrateur) et non seulement un préjudice pour la société, dans le cas de « *misappropriation of corporate assets* » (détournement de biens sociaux), l'action est qualifiée comme étant « *equitable* » (basée sur l'équité)¹; c'est le cas des *breach of fiduciary duties* dans une relation de *trust*.

Il n'y a donc pas de délai de prescription unique pour la même infraction. Si le demandeur réclame la restitution des fonds détournés, c'est le délai applicable à des actions en équité qui s'applique. Sinon, si l'action en justice est basée sur la responsabilité délictuelle ou contractuelle des dirigeants, c'est le délai applicable dans ces cas qui est retenu.

A titre d'exemple, nous notons que ce délai, d'après la *Civil Practice Law* (loi de procédure civile) de l'Etat de New York est de six ans dans le cas d'une « *accountability action* », en vertu de laquelle le dirigeant défendeur est requis, entre autres, de restituer l'avantage indu perçu de la société, de payer des dommages intérêts pour dissipation des fonds sociaux, ou pour préjudice causé à la société². Au Delaware, les délais de prescription varient de 2 ans à 5 ans. Tout dépend de la nature de l'infraction et de l'action³. Dans le cas de violation d'une obligation fiduciaire, le délai est de 3 ans⁴. Le délai de prescription court en principe et dans la plupart des cas à partir de la date de conclusion de la convention litigieuse qui contient le prétendu *wrongful act* (acte fautif). Par contre, si l'action est basée sur l'équité, ou sur l'acte frauduleux du défendeur, elle commence à courir à partir de la date à laquelle ces actes sont découverts, où celle à laquelle le demandeur est censé les avoir découverts. C'est à partir du moment où il y a *cause of action* que le délai court⁵.

Quant à l'action en responsabilité contre le commissaire de surveillance, elle est éteinte au Liban par une prescription quinquennale, qui court à dater de l'assemblée au cours de laquelle il présente son rapport spécial⁶. Normalement, cela a lieu au cours de l'assemblée générale annuelle.

En France, le délai de prescription d'une action en responsabilité contre les commissaires aux comptes est le même que pour les actions en responsabilité intentée contre les

1. A. Frey, J. Choper, N. Leech et C. Morris, *Cases and materials on corporations*, op. cit., p. 710.

2. Section 213 *Civil Practice Law Rules*.

3. Titre 10, *Delaware Civil Statute of Limitations Laws*, site internet www.law.findlaw.com/state-laws/civil-statute-of-limitations/Delaware, 18 avril 2009, §§ 8104 et 8105.

4. *Idem*, § 8106 (a).

5. *Idem*.

6. Art. 178 *C.com.lib.*, *Fabia et Safa, C.com.lib.ann.*, op. cit., commentaire des art. 177 et 178, note 15.

administrateurs ou le directeur général et avec le même point de départ¹. Ce délai commence à courir à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, du moment où il a été révélé. Le fait dommageable résultant d'une convention réglementée ne peut pas toujours être considéré comme réalisé au jour de la certification des comptes si la société n'en a pris connaissance que plus tard². Mais si le retard dans la révélation est dû à une personne, autre que le commissaire aux comptes, un dirigeant par exemple, le point de départ de la prescription de l'action contre le dirigeant n'est point reporté³.

En outre, nous signalons que ce délai régit toutes les actions intentées contre les commissaires indépendamment de la nature de leur mission⁴, donc qu'elles soient relatives à leur mission générale de révision des comptes ou des missions plus ponctuelles comme dans le cas des conventions réglementées. Toutefois, quand une mission litigieuse a été accomplie par un commissaire aux comptes, non en exécution d'une obligation légale, mais d'une convention conclue à cette fin, l'action en responsabilité qui en résulte est soumise à une prescription plus longue, celle quinquennale du droit commun⁵.

B. Action en responsabilité pénale

Les dirigeants sont exposés de plus en plus à la mise en œuvre de leur responsabilité pénale en cas de violation de la loi, quand cette violation porte atteinte à l'intégrité morale de ceux mêmes qui sont censés faire prévaloir l'intérêt social sur leur intérêt personnel. La confiance que leur font les associés pour protéger la société ne doit pas être trahie, et les pouvoirs dont ils jouissent ne doivent pas être détournés à des fins privées et personnelles au détriment de la société et des associés. Cela est aussi vrai pour les dirigeants de fait, dirigeants de sociétés anonymes ou gérants de fait de sociétés à responsabilité limitée qui gèrent les sociétés par l'intermédiaire d'« hommes de paille » interposés⁶.

Les commissaires aux comptes de leur côté ne peuvent plus se retrancher derrière leur profession et les codes qui la régissent pour échapper à des poursuites pénales quand ils bafouent en connaissance de cause les obligations qui leur sont imposées par la loi.

La responsabilité pénale des dirigeants d'une société commerciale américaine n'est pas évoquée dans les manuels ou références du droit des sociétés comme c'est le cas, en droit

1. Art. L. 225-242 et art. L. 225-254 C.com.fr.

2. Cass. com., 17 décembre 2002 : Bull. Joly, mars 2003, § 56, p. 267, note J.-F. Barbièri.

3. Cass. com., 14 février 2006 : Bull. Joly, juillet 2006, § 182, p. 897, note J.-F. Barbièri (Sté B7).

4. Cass. com., 15 mai 2007 : Bull. Joly, octobre 2007, § 289, p. 1053, note J.-F. Barbièri.

5. CA Paris, 30 juin 2006 : Bull. Joly, décembre 2006, § 285, p. 1364, note J.-F. Barbièri.

6. L. Constantin, Droit pénal des sociétés par actions, op. cit., p. 866.

français, et en droit libanais, quoique dans une plus faible mesure. Cette responsabilité est régie par d'autres lois. Le *Sarbanes-Oxley Act* (2002), ou la réaction législative aux scandales comptables et boursiers des années 2000 et 2002, qui ont ébranlé les marchés financiers aux Etats-Unis avec des secousses ailleurs dans le monde, a instauré un régime de sanctions pénales (emprisonnement et amendes) quand un dirigeant commet une infraction déterminée par cette loi¹.

Nous allons traiter maintenant les aspects de cette responsabilité pénale qui pèse sur les dirigeants et sur les commissaires aux comptes ; les chefs d'accusation (1.), les titulaires de l'action en responsabilité pénale (2.) et l'extinction de l'action en responsabilité pénale (3.).

1. Chefs d'accusation

Cette responsabilité est forcément fondée sur des textes : pas de délits sans textes. Le droit du Delaware adopte ce même principe puisqu'il dispose que « *no conduct constitutes a criminal offense unless it is made a criminal offense by this criminal code or by another law* »² (aucune conduite ne peut constituer un délit si elle n'a pas été considérée comme tel par ce Code pénal ou par une autre loi). Elle est mise en œuvre naturellement par une action pénale.

Quels sont les chefs d'accusation contre les dirigeants ? (a) et contre les commissaires aux comptes (b) ?

a) Contre les dirigeants

La responsabilité pénale des dirigeants n'est pas aussi omniprésente dans les codes aux Etats-Unis qu'elle ne l'est en France. Même les ouvrages doctrinaux de référence la traitent d'une manière presque incidente. Ils ne font que proclamer qu'une variété de dispositions étatiques et fédérales imposent une responsabilité pénale aux dirigeants de sociétés pour la commission d'*unlawful corporate actions* (actions sociales illégales), soit de leur propre chef ou en tant que responsables pour les faits d'autrui, notamment des employés sous leur contrôle³. Toutefois, ces références confirment que les dirigeants peuvent être aussi responsables de leurs actions sous d'autres lois (non seulement les lois sur les *corporations*), comme le « *Criminal Code* » (Code pénal) ou « *penal laws* » (lois pénales)⁴.

1. P. Descheemaeker, Nouvelle régulation internationale des sociétés cotées : Les principales dispositions du « Sarbanes-Oxley Act of 2002 », Bull. Joly, janvier 2003, § 1, p. 5.

2. § 202 (a) Delaware Criminal Code.

3. J. Choper et M. Eisenberg, *Corporations*, op. cit., § 243, p. 47.

4. H. Henn et J. Alexander, *Laws of Corporations*, op. cit., § 218, p. 585.

La violation de la réglementation des conventions par les dirigeants constitue le plus souvent au Liban un abus de confiance (1), en France un abus de biens et de crédits sociaux (2). Le défaut de communication de ces conventions, quand cette communication est exigible est, dans certains cas, pénalement répréhensible au même titre que l'abus de biens sociaux(3).

(1) Abus de confiance

Il y a une similitude apparente entre l'abus de confiance commis par un dirigeant social et l'abus de biens sociaux. Toutefois, l'élément matériel que le dirigeant a pu tirer un profit personnel, à démontrer dans l'abus des biens, n'est pas nécessaire dans le délit d'abus de confiance où le seul acte de détournement suffit¹. L'abus de confiance, par ailleurs, n'est retenu que s'il y a un acte de disposition des biens sociaux, contrairement au délit d'abus des biens et des crédits sociaux qui peut exister sans acte de disposition. L'acte d'administration des biens sociaux, quand il est abusif, et même comme on l'a déjà vu, un acte d'abstention du dirigeant conclu, commis, ou omis dans un but personnel, que l'intéressé sait être contraire à l'intérêt social, est suffisant pour que le délit existe. Il y a des cas d'abus de biens sociaux tellement manifestes qu'ils constituent aussi des abus de confiance². Les deux sont des délits instantanés³.

Le droit libanais qui ne connaît pas de délit d'abus de biens sociaux, mais seulement celui d'abus de confiance et de détournement de fonds sociaux⁴, doit forcément avoir recours à ce dernier chef pour accuser non seulement l'administrateur délinquant mais tout autre mandataire social qui aurait commis un tel délit. Le droit pénal vient combler en quelque sorte et dans ce sens la lacune de l'art. 158 C.com.lib. qui ne fait peser l'obligation d'une autorisation préalable d'une convention réglementée que sur l'administrateur d'une société anonyme. Cela dit, le délit d'abus de confiance trouve son fondement dans la notion de mandat limitant ainsi le champ d'application de ce délit aux mandataires sociaux, et non aux autres dirigeants qui commettent ces abus.

La jurisprudence française a abandonné l'incrimination des délits d'abus de confiance au profit de celle du délit spécifique d'abus de biens, qui couvre un champ plus large de délits que peuvent commettre des dirigeants peu scrupuleux aux dépens de leur société. Des délits qui ne nécessitent pas une interprétation large de l'abus de confiance, une interprétation d'ailleurs défendue en droit pénal.

1. Art. 314-1 C. pén. fr ; Cass. crim., 18 février 1937 : D.H. 1937, p. 189.

2. Trib. corr. Seine., 4 avril 1955 : Rev. soc., 1957, p. 83; note J. Autessere; un dirigeant se fait allouer une augmentation d'appointements sans autorisation du conseil.

3. Cass. crim., 10 août 1981 : Rev. soc., 1983, p. 368, note B. Bouloc.

4. Art. 670 C. pén.lib.

En tout cas, dans les cas spécifiques de sociétés visées par le Code de commerce, à savoir les sociétés anonymes et sociétés à responsabilité limitée, l'incrimination de mandataires sociaux pour abus de biens sociaux semble être la plus appropriée. Quant aux autres dirigeants et dans les autres types de sociétés, sociétés en nom collectif, sociétés en commandite simple et autres, qui ne sont pas expressément mentionnées, il se peut très bien que de tels abus soient considérés comme des abus de confiance¹.

C'est quand même le développement du droit des sociétés et sa spécialisation qui, comme on l'a souligné plus haut, a fait de l'abus de confiance, jadis une notion recherchée pour sanctionner les agissements illicites des dirigeants, un chef d'accusation presque désuet quand il s'agit d'abus de biens et crédits sociaux². De toute façon, comme le relèvent à juste titre les auteurs à propos du droit français, le rôle que joue l'abus de confiance de nos jours, en matière de sociétés est de plus en plus « effacé »³, cédant la place au délit d'abus de biens sociaux.

Aux Etats-Unis, le *breach of trust* (abus de confiance) est considéré comme ayant été commis quand il y a une violation d'une obligation fiduciaire. Cette notion trouve son application en droit des sociétés quand les administrateurs d'une société commettent des actes les enrichissant aux dépens de cette dernière. C'est surtout l'aspect moral des dirigeants qui compte. Bien qu'ils ne soient pas « *in strictness trustees* » (strictement mandataires), ces administrateurs sont assimilés à des mandataires sociaux dans de pareils cas et ne peuvent profiter de la protection de la prescription⁴.

(2) Abus de biens ou de crédits sociaux

L'abus des biens et crédits sociaux est en droit français l'infraction qui s'apparente le plus à notre sujet ; la personne visée intéressée recourant à la conclusion d'une convention avec la société, à des fins purement personnelles, et dans son propre intérêt, aux dépens de l'intérêt social. Elle est aussi la plus fréquente⁵. Il convient de signaler que ce délit est loin d'être nouveau ou nouvellement sanctionné. Depuis très longtemps déjà, on assimilait cet abus à « un détournement de valeur sociale dans un but d'intérêt privé » et, en l'absence d'un texte

1. V. un aperçu général de cette matière dans Droit pénal des sociétés commerciales, Ph. Conte et W. Jeandidier, op. cit., n° 209 et s., pp. 115 et s.

2. L'administrateur, en ce temps-là, qui détournait des fonds sociaux en les prélevant dans la caisse sociale était accusé d'abus de confiance ; la notion de mandat le liant à la société prévalait alors ; Cass. com., 8 mai 1903 : Sirey 1905, 1, 153 ; v. aussi dans les cas de rémunérations consenties sur la base de comptes truqués, Cass. crim., 6 mai 1969 : Bull. crim., 1969, p. 151.

3. L. Constantin, Droit pénal des sociétés par actions, op. cit., p. 458.

4. 8 § 144 DCLA, note page 43, citant *Bovay v. H.M. Byllesby & Co.* : 27 Del. Ch. 381; 38 A. 2d 808 (Del. 1944).

5. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 202, p. 232.

sanctionnant ce délit d'une manière spécifique, on lui appliquait les sanctions de l'abus de confiance, même quand ces valeurs ne sont pas remises à celui qui les détourne pour en faire un emploi déterminé¹. En effet, si une convention constitue en même temps, et ce n'est pas toujours forcément le cas, un abus de crédit social, soit par sa dissimulation ou par le camouflage de son objet, on se trouve en présence du délit de recel d'abus de crédit social, et des sanctions pénales sont alors infligées².

La situation est différente selon que la convention est conclue hors groupe de sociétés (i) ou au sein d'un groupe de sociétés (ii).

(i) Hors groupe de sociétés

Le délit d'abus de biens sociaux consiste en l'usage fait par un dirigeant de mauvaise foi des biens ou crédits sociaux, qu'il savait contraire à l'intérêt social, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il est directement ou indirectement intéressé³. C'est l'intérêt personnel poursuivi par le délinquant qui rapproche la commission de ce délit de la violation de la réglementation des conventions réglementées.

Il faut, pour retenir le délit d'abus de biens sociaux en droit français, que le dirigeant ait agi dans un intérêt personnel⁴ et non pas nécessairement exclusivement personnel⁵, matériel ou moral⁶. L'usage à des fins personnelles est présumé si l'intéressé ne justifie pas que des

1. Cass. crim., 4 juin 1886 : S., 1887. I. 87.

2. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 400, p. 471.

3. Art. L. 242-6 (3°) C.com.fr. (Sociétés anonymes); L. 241-3 (4°) C.com.fr. (SARL). Nous rappelons brièvement ici les éléments constitutifs de ce délit qui doivent se retrouver dans tous les délits d'abus de biens sociaux dérivant de la conclusion d'une convention préjudiciable à la société. L'usage abusif de biens ou de crédits de la société suppose non seulement un acte de disposition, mais peut provenir également d'un acte d'administration accompli par le dirigeant personnellement (Trib. corr. Seine, 15 février 1950 : préc.; v. aussi Cass. crim., 25 novembre 1975 : JCP, 1976, n° 18476, note M. Delmas-Marty; comp. avec l'abus de confiance qui nécessite un acte de disposition) et non en une exécution d'une décision sociale collective. Il peut être une abstention volontaire et non seulement une action (Cass. crim., 28 janvier 2004 : Bull. Joly, juin 2004, § 171, p. 861, note J.-F. Barbière) comme, par exemple, le défaut de recouvrement de créances dues à la société; c'est donc aussi bien l'appropriation des fonds sociaux que leur dissipation qui constitue un usage pour les besoins de l'appréciation du délit d'abus des biens sociaux. L'abus des biens et crédits sociaux peut n'être que l'exposition de l'actif social et le crédit social à un risque potentiel (comme dans le cas pour un dirigeant de faire consentir des garanties hypothécaires, sur des immeubles sociaux pour se faire rembourser un prêt chirographaire qu'il avait consenti à la société, dans un but purement personnel à l'encontre de l'intérêt social; car l'intégrité de l'actif social et la possibilité de recours futur à l'emprunt se trouve compromise (Cass. crim., 12 juin 1978, Bull. crim., n° 189, p. 473; v. aussi Cass. crim., 8 décembre 1971, Rev. soc. 1972, p. 514, note B. Bouloc) cas où la société est exposée à un risque de pertes ou bien au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales (Cass. crim., 27 octobre 1997, Bull. Joly, janvier 1998, § 2, p. 11, note J.-F. Barbière).

4. Cass. crim., 1^{er} mars 2000 : Bull. Joly, juillet 2000, § 166, p. 710, note A. Médina; Rép. ministérielle au député Valbrun, RTDC 1977, p. 543, 30, note A. Médina.

5. Cass. crim., 25 octobre 2006, préc.

6. Cass. crim., 9 mai 1973 : Rev. soc. 1973, p. 696; Cass. crim., 15 septembre 1999 : Bull. Joly, janvier 2000, § 12, p. 65, note C. Mascala; CA Paris, 19 mai 1998 : Rev. soc. 1998, p. 810, note B. Bouloc (intérêt personnel découlant des fins relationnelles au profit de l'intéressé, sans que la société n'en profite); v. aussi Trib. com. Paris, 20 juin 2006 : Bull. Joly., décembre 2006, § 294, p. 1434, note J.-Cl. Hallouin.

fonds prélevés d'une manière occulte l'ont été dans le seul intérêt de la société¹. Le fait de n'avoir pas retiré un profit personnel des détournements ne permet pas en droit français à un prévenu de se disculper; l'absence de ce profit ne détruisant pas la présomption d'intérêt personnel².

En France, « L'usage des biens d'une société est nécessairement abusif, lorsqu'il est fait dans un but illicite »³, sans chercher si cela porte atteinte à l'intérêt social. Cette condition est partagée par le droit américain⁴. La contrariété à l'intérêt social peut être plus accentuée et claire dans les cas où il y a des prélèvements sur des fonds sociaux. Les exemples sont nombreux et variés⁵.

Le préjudice causé par un abus de bien sociaux est avant tout un préjudice causé à la société et non aux associés individuellement⁶, bien que l'impact se répercute naturellement sur le patrimoine individuel des associés suite à l'amointrissement des fonds propres qui en résulte.

1. Cass. com., 11 janvier 1996, Rev. soc., 1996, p. 586, note B. Bouloc.

2. Cass. crim., 9 juillet 1998, Bull. Joly, décembre 1998, § 377, 1257, note J.- F. Barbière .

3. Cass. crim., 20 juin 1991 : cité dans D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op. cit., n° 457, p. 448.

4. § 5.04 commentaire c (1) dernier paragraphe ALI PCG, vol.1, partie V, p. 256 ; v. aussi § 5.11 (a) ALI PCG, pour l'abus des biens commis par l'actionnaire dominant (controlling shareholder), vol.1, partie V, p. 333.

5. Nous retenons les suivants qui concernent des conventions ou des opérations conclues avec la société :

- Paiement avec des fonds sociaux des frais et honoraires relatifs à la défense en justice des dirigeants poursuivis pour actes préjudiciables à la société qu'ils dirigent (Trib. corr. Seine, 14 novembre 1958 : JCP 1959, n° 11240, note P. Bouzart; intérêt des administrateurs distinct de celui de l'intérêt social, non opposés). Dans ce cas, le délit peut en même temps être un abus de confiance puisque les fonds ont été détournés (Cass. crim., 25 novembre 1975, préc.).

- Paiement avec des fonds sociaux pour acquérir un bien, ou rémunérer des services profitant exclusivement à l'intéressé à titre personnel, sans que la société n'en profite ; des cotisations personnelles étrangères à l'activité sociale (Cass. crim., 29 octobre 1998: Rev. soc., 1999, 180, note B. Bouloc); des amendes personnelles (Cass. crim., 3 février 1992 : Gaz. Pal., 1992, II, p. 687); des emplois fictifs rémunérés (Cass. crim., 28 mai 2003 : Bull. Joly, novembre 2003, § 238, p. 1147, note J.-F. Barbière) ;

- Paiement non autorisé de rémunérations jugées excessives (Cass. crim., 9 mai 1973 : Rev. soc., 1973, p. 696, note B. Bouloc); les rémunérations jugées raisonnables sont exclues (CA Rennes, 15 mars 1967 : JCP, 1967, II, n° 15204). Aux Etats-Unis, ces dernières sont celles qui sont basées sur des pratiques antérieures de la société, pourvu que le rémunéré ait pu raisonnablement croire que l'usage des fonds sociaux correspondait à une *authorized compensation* (rémunération autorisée) (§ 5.04 ALI PCG., op. cit, p. 258) ;

- Avances consenties à une société dont les dirigeants étaient administrateurs (Trib. corr. Seine, 13 juillet 1963 : Gaz. Pal. 1963, 2°, p. 325).

- Prélèvements des fonds sociaux sans imputations correspondantes au débit du compte courant de l'auteur du prélèvement (Cass. crim., 5 novembre 1963 : Bull. crim., 1963, n° 307); même si les associés sont d'accord (Cass. crim., 8 mars 1967 : D., 1967, p. 586, note A. Dalsace) ; la régularisation ultérieure n'enlevant pas à des rémunérations excessives non préalablement autorisées leur caractère délictueux (Cass. crim., 22 septembre 2004: Bull. Joly, janvier 2005, § 6, p. 45, note J. – F. Barbière).

Parfois, les agissements du délinquant revêtent plusieurs caractères et comportent plusieurs actes qualifiables d'abus de biens et crédits sociaux (Trib. corr. Rouen, 1^{er} juillet 1977 : D., 1978, p. 142, note D. Fortin (perception de commissions, d'intérêts, remboursement de frais, appropriation de rémunération sans travail effectif ; v. aussi Cass. crim., 15 juillet 1981: Bull. Joly, 1981, §414, p. 840), comme par exemple l'utilisation des fonds sociaux à des fins de spéculation personnelle.

6. Cass. crim., 5 décembre 2001 : Bull. Joly, avril 2002, § 107, p. 492, note H. Le Nabasque.

La doctrine américaine assimile le *director self dealing* (le contrat d'un administrateur avec soi-même) au détriment de la société, à un « *unfair diversion of corporate assets* » (détournement injuste de biens sociaux)¹. Une notion comparable aux abus de biens sociaux en droit français. C'est ainsi qu'une cession d'un bien appartenant à la société sans contrepartie (*consideration*) est considérée comme un *waste of corporate assets* ou un abus de biens sociaux, qui ne peut être justifié ou ratifié par la majorité des associés et qui est contraire à l'intérêt social².

Le droit américain réprime l'abus quand il est fait dans le but de réaliser un « *improper pecuniary benefit* » (avantage pécuniaire indu) en soi, même si cela ne porte pas préjudice à la société ou n'est pas contraire à l'intérêt social³. Cette atteinte est sanctionnée par d'autres textes ; entre autres, par exemple, ceux qui régissent la violation des obligations fiduciaires des dirigeants comme l'obligation de diligence (*duty of care*)⁴.

Favoriser une société ou entreprise dans laquelle la personne visée est directement ou indirectement intéressée peut aussi constituer un acte d'abus de biens sociaux. C'est la notion de l'intérêt indirect que nous avons traitée plus haut (supra, pp. 44 à 46) qu'on retrouve ici sous l'angle de l'abus des biens. En effet, il y a également abus de biens sociaux quand la convention le consacrant, ou le créant, est conclue par la société avec une autre personne (physique ou morale) avec laquelle l'administrateur a un intérêt, *personal or financial* (personnel ou financier)⁵. Pour rappeler les cas où un tel intérêt indirect peut exister, nous évoquons à nouveau les personnes physiques ou morales interposées, les *related persons*, les sociétés ayant des dirigeants communs ou *interlocking directors*⁶.

La bonne foi (*good faith*) n'est pas suffisante aux Etats-Unis pour disqualifier l'abus de biens sociaux et exonérer le commettant de son devoir de restituer les fonds qui ont fait l'objet d'un usage abusif⁷.

Une manifestation de l'interdiction pour un dirigeant d'utiliser ses pouvoirs d'une manière qui diminue le patrimoine social est l'impossibilité par un dirigeant de faire des actes de disposition portant sur un bien social sans *fair compensation* (contrepartie équitable); en conséquence, il ne peut pas faire des cadeaux ou *give away corporate property* sans qu'il ne

1. L. Solomon et A. Palmiter, Corporations, op. cit., § 13.1.1, p. 223.

2. Meredith v. Camp Hill Estates, Inc., 28 juillet 1980:1980 N.Y. App. Div. LEXIS 12379; 430 N.Y.S. 2d 383 (1980).

3. § 5.04 ALI PCG., op. cit., vol.1, partie V, p. 256.

4. § 4.01 ALI PCG., op. cit., vol.1, partie IV, p. 138.

5. L. Solomon et A. Palmiter, Corporations, op. cit., § 13.1.2, p. 224.

6. § 8.60 RMBCA, p. 49.

7. § 5.04 ALI PCG, op. cit., note 1, p. 280.

soit autorisé¹ au préalable à ce faire². A défaut d'une telle autorisation, il y a abus de pouvoirs qui, dans certains cas, résulte en une dissipation des fonds sociaux assimilable dans sa nature à l'abus de biens sociaux en droit français. L'exemple le plus fréquent de cet abus reste l'attribution par les dirigeants de rémunérations non équitables et non autorisées à l'avance³. L'usage de biens sociaux par un dirigeant ou *Use of Corporate Property* pour réaliser un *pecuniary benefit* (avantage pécuniaire) ne peut avoir lieu sans qu'une *value is given* (une valeur soit donnée) à la société⁴.

(ii) Cas des groupes de sociétés

Les conventions normalement conclues entre sociétés appartenant au même groupe sont nombreuses ; les plus fréquentes ayant un caractère financier, telles les conventions de trésorerie ; avances en comptes courants et prêts consentis par la holding du groupe à ses filiales, ou entre filiales, et les contrats de caution etc. Le fait que de telles opérations soient conclues « en famille », n'exclut point que des abus puissent être commis, en violation de la loi.

L'intérêt du groupe, souvent représenté par l'intérêt social de la holding de ce groupe en tant qu'entité économique, est ce qui compte le plus, même si les intérêts d'une ou de plusieurs filiales sont lésés⁵. Cet intérêt justifie l'abus de biens sociaux au niveau des filiales. L'élément moral de l'abus disparaît quand il faut choisir « entre deux maux » ; cette disparition est due à un « état de nécessité »⁶.

Cette justification est toutefois conditionnelle ; trois conditions ont été retenues⁷. L'abus toléré doit avoir eu lieu (i) dans l'intérêt du groupe et non dans l'intérêt personnel des dirigeants⁸, (ii) le groupe doit exister, réellement en tant qu'une unité économique, et non par simple jeu d'écriture⁹, à tel point que son objet, l'objet social du groupe, peut être

-
1. Laquelle autorisation doit être spécifique en vertu de l'art. 8 § 122 DCLA, p. 16 ; au-delà, l'assentiment de tous les associés (décision unanime) est requise.
 2. Taussig v. Wellington Fund, Inc: 187 F. Supp. 179 (D. Del. 1960).
 3. § 5.03 ALI PCG, vol.1, partie V, p. 245.
 4. § 5.04 (a) (1) ALI PCG, vol.1, partie V, p. 254.
 5. Trib. corr. Paris, 16 mai 1974 : Ph. Merle, L'application jurisprudentielle de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, op. cit., n° 389, p. 453 ; v. aussi Cass. crim., 4 février 1985, préc. ; Cass. crim., 13 février 1989, préc. ; Cass. com., 18 janvier 1993 : D., Sociétés 1993, n° 101, p. 15, note 4, obs. H. Le Nabasque.
 6. Ph. Conte et Jeandidier, Droit pénal des sociétés commerciales, op. cit., n° 275, p. 141.
 7. P. Le Cannu et B. Dondero, Droit des sociétés, op. cit., n° 1576, p. 1005 ; Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit. n° 671, p. 891.
 8. Trib. corr. Seine, 16 mai 1974, Gaz. Pal., 1974.2.886 ; Cass. crim., 16 décembre 1975, JCP, 1976, II, n° 18476, note Mme M. Delmas – Marty.
 9. Cass. com., 23 avril 1991: Rev. soc., 1991, p. 785, note B. Bouloc.

provisoirement substitué à celui de chacune des sociétés qui le constituent¹, ou ayant toutes un but commun² et (iii) les sacrifices consentis par la filiale concernée ne doivent pas lui faire courir des risques trop importants, sans contreparties suffisantes, ou hors de proportion avec ses possibilités³, faisant prévoir au moment de la décision des difficultés graves pour l'avenir, préjudiciables à ses actionnaires et à ses créanciers personnels. Le concours financier des dirigeants d'une société d'un groupe à une autre entreprise du même groupe, dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement, n'est pas qualifié d'abus de biens sociaux, s'il est dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée par l'ensemble du groupe et ne doit être ni dépourvu de contrepartie ni rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des sociétés concernées⁴.

La complémentarité d'intérêts entre deux sociétés appartenant à un même groupe justifie l'usage des biens de l'une au profit de l'autre. L'absence d'une telle complémentarité rend cet usage abusif. Sur ce, il faut analyser les opérations conclues non isolément⁵, mais dans le contexte plus large de l'intérêt social du groupe et de l'impact que ces transactions ont sur ce dernier ; et à celui qui invoque le fait justifiant de l'existence d'un groupe de prouver cette existence selon les traits arrêtés en jurisprudence⁶.

L'existence d'un intérêt économique entre deux sociétés appartenant au même groupe qui concluent entre elles des transactions qui sont défavorables à l'une d'elle, est un indice d'un abus de biens sociaux quand l'un des dirigeants de la société défavorisée est intéressé dans l'autre société⁷. L'existence de comptes consolidés ne suffit pas à établir l'existence d'un groupe de sociétés de nature à justifier un fait autrement qualifiable d'abus de biens sociaux. Les autres conditions, à savoir l'intérêt de groupe et la contrepartie reçue par la société qui fournit le bien ou le service et l'absence d'excès des possibilités financières de la société qui a la charge des prestations en question doivent être réunies⁸. Cela dit, l'intérêt du groupe n'est pas souvent pris en compte⁹; il ne peut de toute manière être invoqué comme fait justificatif

1. Trib. corr, Paris, 16 mai 1974, préc.

2. Trib. corr, Seine, 26 novembre 1968 : Gaz. Pal., 1969, I, 308.

3. Trib. com. Seine, 26 mai 1968, préc., Trib. corr. Seine, 11 mai 1955, RTDC, 1956, p. 149, note P. Bouzat; CA Paris, 15 janvier 1964, Gaz. Pal., 1964. I. 293.

4. Cass. crim., 4 février 1985: préc.; Cass. crim., 20 mars 2007 : Bull. Joly, août – septembre 2007, § 269, p. 953, note J.-F. Barbièri ; v. aussi : Cass. crim., 3 octobre 2007 : Bull. Joly, janvier 2008, § 33, p. 134, note D. Chilstein.

5. Cass. com., 21 octobre 1974 : Bull. civ., IV, n° 257.

6. Cass. crim., 15 octobre 1998 : Rev. soc., 1999, 184, note B. Bouloc.

7. CA Versailles, 30 juin 2005 : Bull. Joly, janvier 2006, § 8, p. 54.

8. Cass. crim., 9 décembre 1991 : Rev. soc., 1992, p. 358.

9. Ph. Merle, Droit commercial, sociétés commerciales, op. cit., n° 671, p. 891 ; Cass. crim., 5 mai 1997 : Bull. Joly 1997, § 342, p. 953, note J.-F. Barbièri ; Rev. soc. 1998, p. 127, note B. Bouloc.

en cas de banqueroute¹. Cette dernière étant préjudiciable aux créanciers et actionnaires de la société, l'une des conditions requises pour la justification de l'abus des biens sociaux d'une filiale dans l'intérêt du groupe ne se trouve pas remplie.

Dans les groupes de sociétés, un dirigeant intéressé dans une filiale a tendance à faire prévaloir les intérêts de cette dernière sur ceux de la société mère². « Tout ce qui est sans utilité sociale constitue un engagement de la société ou l'expose sans nécessité à un risque évitable, doit être tenu pour abus illicite »³, allant jusqu'à faire acheter par la société mère à la filiale des biens dont la première n'avait pas besoin⁴.

(3) Défaut de communication des conventions

La dissimulation intentionnelle (de mauvaise foi) de l'intérêt personnel dans une convention soumise à l'approbation de l'assemblée générale ou la dissimulation de la convention elle-même par l'intéressé chargé par la loi d'en faire communication, peut cacher un abus de biens sociaux. Cette dissimulation est considérée comme une fraude consistant en une « manœuvre viciant le consentement de l'assemblée et par là son approbation »⁵, retenue aussi bien pour annuler la convention⁶ que pour engager la responsabilité de l'intéressé⁷.

b) Contre les *shareholders*

En droit américain, l'abus d'un bien social par un associé majoritaire est aussi prévu⁸. Il s'agit du « *use by a controlling shareholder of corporate property to secure a pecuniary benefit* » (usage d'un bien social pour réaliser un avantage pécuniaire). Ce cas est fréquent dans les groupes de sociétés. Les sociétés mères (*parent companies*) réalisent un « *profit from the sale of the controlled corporation's property to the exclusion of other shareholders...* » (bénéfice de la vente d'un bien appartenant à la société contrôlée en excluant les autres associés).

Aux Etats-Unis, l'abus commis par un associé est justifiable si le résultat est bénéfique aux autres associés qui en profitent également, dans la proportion de leur participation au capital ;

1. Cass. crim., 27 avril 2000 : Bull. Joly, juillet 2000, § 264, p. 1062.

2. Trib. corr. Seine, 13 décembre 1955: D., 1957, 519, note J. Autesserre.

3. Idem., p. 523.

4. CA Paris, 9 janvier 1952: JS, 1956, p. 297.

5. D. Bureau, actualisé par J.-J. Ansault, Contrats entre les administrateurs et la société, op. cit., n° 85, p. 17.

6. Art. L. 225-41, al.1, C.com.fr.

7. Art. L. 225-42, al.1, C.com.fr.

8. § 5.11 (a) ALI PCG, vol.1, partie V, p. 333.

ou si l'abus découle « *only from the use of the controlling position* » (seulement de l'usage de la position dominante) sans qu'il soit *unfair* à la société¹. La contrariété à l'intérêt social ne semble pas être dans ce cas tellement importante. En tout cas, si la société reçoit une *value, fair value* (contrepartie équitable) de *use of corporate property* (l'usage d'un bien social), la transaction ainsi conclue avec elle par un *director* (administrateur), *senior executive*², ou *shareholder* (associé)³, est considérée comme n'étant pas contraire à l'intérêt social. Toute prestation sociale qui ne reçoit pas une contrepartie équitable (*fair*) pour la société, provoquée par un dirigeant ou un associé, est assimilée à une *waste of corporate assets* (dilapidation de fonds sociaux) à moins que les associés ne l'approuvent unanimement. C'est pourquoi, un *gift* (cadeau) fait par des associés majoritaires n'est pas valable si les associés minoritaires ne sont pas consentants⁴.

c) Contre les commissaires aux comptes

Nous ne nous lasserons pas de répéter combien le rôle des commissaires aux comptes dans la vie des affaires et surtout des sociétés commerciales est important. En raison de leurs prérogatives, les commissaires ont une grande latitude dans la découverte d'informations relatives aux sociétés qu'ils contrôlent, que seulement un cercle très restreint de dirigeants connaît. Depuis que leurs pouvoirs découlant de ces prérogatives ont été accrus, leurs responsabilités civiles et pénales ont aussi augmenté. Désormais, les rapports établis par les commissaires aux comptes sont censés être des miroirs qui reflètent tous les détails de la gestion sociale et non seulement la sincérité des résultats de l'exploitation, surtout en mettant à jour les failles et irrégularités de gestion. Ils doivent fouiller dans les comptes et rapporter aux associés qui les ont mandatés, mais non seulement à ces derniers, tout fait susceptible de les éclairer sur la bonne, mais aussi et surtout, la mauvaise marche de leur société. En outre, au Liban, les commissaires de surveillance peuvent être tenus pour responsables d'infractions de nature pénale, de leur propre chef⁵ ou en tant que complices des dirigeants sociaux⁶,

-
1. § 5.11 (a) (2) ALI PCG, op. cit., vol.1, partie V, p. 333, pour l'abus commis par un associé dominant (controlling shareholder), et § 5.04 (a) (3) ALI PCG, op. cit., vol.1, partie V, p. 254, pour l'abus commis par un dirigeant.
 2. § 5.04 (a) (1) ALI PCG, op. cit., vol.1, partie V, p. 254.
 3. § 5.11 (a) (1) ALI PCG, op. cit., vol.1, partie V, p. 333.
 4. Rogers v. Hill et al., 29 mai 1933: 1933 U.S. LEXIS 194 ; 289 U.S. 583 (1933)
 5. V. les articles suivants: responsabilité pénale pour faute de surveillance dans le cas de distribution de dividendes fictifs (art. 107, al.1, C.com.lib.); escroquerie (art. 655-657 C.pén.lib.); violation de la loi sanctionnant les fraudes fiscales (D. L. n° 156 du 16 septembre 1983) ; violation du secret professionnel (art. 579-581 C.pén.lib.) ; v. aussi sanctions aggravées pour les commissaires de surveillance quand ils contrôlent les comptes des banques, et des établissements de crédits (art. 203 du CMCL).
 6. E. Tyan, Droit commercial, op. cit., n° 640, p. 729, au même titre que ceux-ci dans tous les cas où les mêmes obligations légalent sur eux.

comme dans les cas d'escroquerie, fraudes fiscales, et autres délits prévus par le Code pénal ou par d'autres lois, ainsi que pour la violation du secret professionnel. Ils engagent ainsi leur responsabilité pénale quand leur mauvaise foi les amène à violer intentionnellement leurs obligations à l'égard de la société.

L'élément intentionnel qui caractérise toute infraction pénale suppose une action délibérée, qui va à l'encontre des tâches dont l'exécution est dictée par la fonction même des commissaires aux comptes. Ils sont censés découvrir, et rapporter leurs découvertes d'une manière fidèle et intègre. Nous avons déjà traité le rôle des commissaires relatif aux conventions réglementées (v. supra, pp. 274 et s.). S'ils ne révèlent pas un fait délictueux (1) ou bien s'ils communiquent ou confirment une information mensongère (2), ou bien s'ils violent le secret professionnel (3), ils sont passibles de sanctions pénales.

(1) Non révélation d'un fait délictueux

Le commissaire aux comptes est tenu de révéler au procureur de la République tous les faits délictueux dont il a eu connaissance¹. L'exécution de cette obligation est des plus difficiles car, d'une part, la non révélation de ces faits peut conduire le juge pénal à considérer le commissaire comme un complice du dirigeant et, d'une autre part, la révélation faite à tort entraînera des conséquences fâcheuses pour le commissaire, allant jusqu'à sa « mort professionnelle »². La question s'est posée de savoir si les infractions à révéler sont uniquement celles qui sont découvertes lors de l'exercice de son devoir de surveillance et de vérification ou toutes celles dont il a pris connaissance directement, d'une manière fortuite, ou par un renseignement qui lui a été communiqué. L'abstention du commissaire dans ce cas doit avoir été délibérée et intentionnelle; une simple abstention par négligence n'est pas punissable³. De même, la qualification de l'opinion du commissaire dans le rapport soumis à l'assemblée, mentionnant les faits délictueux n'est pas suffisante à l'exonération de sa responsabilité pénale pour défaut de révélation au procureur de la République.

Les conventions conclues sans avoir été autorisées et qui ont été dissimilées abritent souvent, surtout quand elles appartiennent à la catégorie des conventions interdites, un abus de biens sociaux. Le commissaire aux comptes qui découvre qu'un dirigeant a commis un

-
1. Art. L. 820-7, C.com.fr; v. critique de la rédaction de cette article dans Ph. Conte et W. Jeandidier, *Droit pénal des sociétés commerciales*, op. cit., n° 485, p. 243. Nous y ajoutons que ce texte semble inclure les commissaires aux comptes « dans toute personne »; par égard à ce chapitre dédié à l'organisation et le contrôle de la profession de commissaires aux comptes, il aurait mieux fallu mentionner le commissaire exerçant individuellement, séparément de « toute personne »
 2. B. Bouloc, *Le secret professionnel du commissaire aux comptes*, *Rev. soc.*, 2008, op. cit., p. 298.
 3. G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain, *Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales*, n° 1740, p. 530; v. aussi CA Besançon, 11 avril 2000 : BCNCC, 2000, 374, note Ph. Merle; CA Caen, 14 avril 2000 : BCNCC, 2000, 202, note Ph. Merle; Cass. com., 17 décembre 2002, préc.

abus de biens sociaux et ne le dénonce pas est coupable de non révélation de ce fait au parquet¹. De même s'il « estime qu'une convention dont il a été informé ou qu'il a découverte a été conclue pour des raisons d'intérêt personnel, et présente de ce fait un caractère délictueux, cette convention doit faire l'objet d'une révélation au procureur de la République² ». En outre, cette obligation spécifique de révélation d'un fait délictueux au procureur de la République repose sur une présomption que le commissaire, à raison de l'obligation qui pèse sur lui en vertu de l'art. L. 823-16 (3^e) du C.com.fr., qui exige que les commissaires aux comptes doivent révéler « les irrégularités et les inexactitudes qu'ils auraient découvertes »³, sont supposés avoir découvert l'irrégularité constituant le fait délictueux ; normalement commise à l'occasion d'une convention interdite.

(2) Communication ou confirmation d'informations mensongères

Ce n'est pas seulement la non révélation d'une convention à caractère délictueux qui est sanctionnée pénalement, mais aussi la communication ou la confirmation d'une information mensongère dans le rapport spécial sur les conventions qui peut engager la responsabilité pénale des commissaires aux comptes.

Les commissaires aux comptes sont passibles de sanctions pénales s'ils donnent ou confirment des informations mensongères sur la situation de la société⁴, en sus des sanctions pécuniaires qui peuvent être prononcées contre eux. La communication ou la confirmation d'informations mensongères suppose un acte positif: « donner » ou « confirmer »⁵ et la certification des comptes doit avoir été faite d'une manière frauduleuse. La communication d'informations mensongères, ou la confirmation de telles informations émises par les dirigeants aux associés dans le rapport général sur la gestion ou dans un rapport spécial, comme celui sur les conventions réglementées, ou au tiers, expose les commissaires aux comptes à des poursuites pénales. Cela s'applique aussi bien dans le cas d'abstention, action ou omission d'apporter des corrections à de telles communications. Par « informations mensongères » on n'entend pas seulement une information qui altère la réalité mais aussi celle qui est incomplète et qui induit son destinataire en erreur. La responsabilité pénale des commissaires aux comptes pour communication d'une information « inexacte, imprécise ou

1. Cass. crim., 12 janvier 1981: JCP, 1981, 19660.

2. A. Mercier, Ph. Merle, Cl. Flahaut-Jasson et S. Besnard, *Audit et commissariat aux comptes 2009-2010*, op. cit., n° 52415, p. 785; v. aussi n° 52625, p.792, pour le cas des conventions interdites qui constituent un détournement de biens sociaux.

3. Cette révélation devant toutefois être faite à l'organe social dirigeant (conseil d'administration ou directoire), alors que l'art. L. 820-7 C.com.fr. prévoit la révélation au procureur de la République.

4. Art. L. 820-7 C.com.fr.; mais ils ne sont plus les seuls à être responsables d'une telle infraction (« toute personne »).

5. L. Constantin, *Droit pénal des sociétés par actions*, op. cit., p. 84.

trompeuse » qui « porte atteinte à la bonne information du public » peut engendrer leur responsabilité administrative à l'égard de l'AMF, pouvant résulter en une sanction pécuniaire¹.

(3) Violation du secret professionnel

Les commissaires aux comptes qui prennent connaissance au cours de l'exercice de leur mandat d'informations à caractère confidentiel appartenant à la société qu'ils contrôlent sont tenus de respecter le secret professionnel. La violation de cette obligation par un commissaire qui communique ces informations à des tiers², engage sa responsabilité pénale³. La marge de liberté des commissaires dans la communication ou révélation de ces informations est assez étroite⁴.

Mais est-ce que le commissaire aux comptes peut rester « inerte face à des opérations illicites » ? Le secret professionnel du commissaire aux comptes est-il absolu⁵?

La révélation par les commissaires qui est exigée par la loi⁶, comme celle de faits délictueux concernant une convention réglementée, ne peut être considérée comme une violation du secret professionnel et leur responsabilité pénale n'en est pas engagée. La Compagnie nationale des commissaires aux comptes considère qu'il n'y a pas d'obligation au secret professionnel à l'égard des juridictions pénales et de leurs auxiliaires pour ce qui concerne les faits délictueux que le commissaire aux comptes a révélés ou qui sont susceptibles d'être qualifiés de la sorte par le magistrat compétent⁷. L'art. 226-13 C. pén. fr., qui sanctionne la révélation d'un secret professionnel se trouve dans ce cas neutralisé. Cela dit, le commissaire aux comptes ne peut « bénéficier d'une immunité, tenant au secret, pouvant faire échec à une possible action en responsabilité »⁸ contre lui.

Il convient de noter que le droit français reconnaît la responsabilité pénale des personnes morales⁹. Cette responsabilité a été considérablement accrue pour toutes les sociétés, y

1. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 521-1, p. 629.

2. Est considérée comme un tiers, d'après la CNCC, « toute personne pour laquelle n'existe aucun texte législatif ou réglementaire prévoyant la levée du secret » : A. Mercier, Ph. Merle, Cl. Flahaut-Jasson et S. Besnard, Audit et commissariat aux comptes 2009-2010, op. cit., n° 5210, p. 144.

3. Art. L. 820-5, al.4, C.com.fr., qui renvoie aux art. 226-13 et 226-14 du C.pén. fr. relatifs au secret professionnel.

4. A. Mercier, Ph. Merle, Cl. Flahaut-Jasson et S. Besnard, Audit et commissariat aux comptes 2009-2010, op. cit., n°s 5216 et 5218, pp. 144 et 145.

5. B. Bouloc, Le secret professionnel du commissaire aux comptes, op. cit., p. 291.

6. Art. L. 823-12, al.2, C.com.fr.

7. A. Mercier, Ph. Merle, Cl. Flahaut-Jasson et S. Besnard, Audit et commissariat aux comptes 2009-2010, op. cit., n° 5655, p. 166.

8. B. Bouloc, Le secret professionnel du commissaires aux comptes, op. cit., p. 296.

9. Art. L. 121-2, C. pén. fr., pour infractions « commises pour leur compte par leurs organes ou représentants ».

compris les sociétés de commissaires aux comptes. « Toutes les infractions susceptibles d'être commises par une personne physique peuvent désormais être imputées à des personnes morales »¹.

2. Titulaires de l'action en responsabilité pénale

Qui sont les titulaires de l'action en responsabilité pénale pour délits commis à travers une convention réglementée? Bien entendu, la société elle-même (a) et les associés (b) ; mais les tiers sont-ils en mesure d'engager la responsabilité pénale des dirigeants ? (c).

a) Action pénale intentée par la société

Evidemment, la société dont les biens et crédits ont fait l'objet d'un abus est presque toujours la première victime des délits commis par ses dirigeants et elle est, en conséquence, le titulaire principal de l'action en responsabilité pénale contre eux. Nous venons de le voir, les dirigeants en droit libanais et en droit français sont responsables à l'égard de la société des délits qu'ils peuvent commettre et, en conséquence, la société est titulaire d'une action en responsabilité pénale contre eux. Aux Etats-Unis, les *directors* et *officers* sont responsables à l'égard de la société de leurs *tortuous acts* (actes délictuels) dans les cas de fraude ou *misappropriation of corporate property* (détournement d'un bien social) *for their own use* (à des fins personnelles). Cette responsabilité s'étend aux cas de violation de leurs obligations fiduciaires². Les commissaires aux comptes eux aussi peuvent être pénalement responsables. Cette responsabilité du fait des actions ou omissions dans l'exercice de leurs missions est déclenchée dans une action en justice intentée contre eux par les personnes à l'égard desquelles ils sont principalement responsables : la société et les tiers.

b) Action pénale intentée par les associés

Pour pouvoir se constituer individuellement partie civile dans une action pénale, un associé doit établir que le préjudice subi est un préjudice personnel direct. Il s'est avéré que la preuve d'un tel préjudice, dans les cas d'abus de biens sociaux ou abus de pouvoirs, est très difficile, la société toute entière subissant ce préjudice et non seulement l'associé à titre individuel. L'action individuelle d'un associé contre un dirigeant intéressé pour abus des

1. A. Mercier, Ph. Merle, Cl. Flahaut-Jasson et S. Besnard, *Audit et commissariat aux comptes 2009-2010*, op. cit., n^{os} 13995 et 13998, pp. 306 et 307.

2. W. Knepper et D. Bailey, *Liability of Corporate Officers and Directors*, op. cit., vol.1, § 6.08, p. 6-23.

biens de la société découlant d'une convention réglementée conclue en violation de la loi serait irrecevable¹.

Ce principe vaut aussi dans les groupes de sociétés. L'associé d'une holding ne pouvant agir en son nom personnel pour faire reconnaître un abus de biens sociaux au préjudice d'une filiale. Ce préjudice n'est causé qu'à la société elle-même et non à ses actionnaires².

c) Action pénale intentée par les tiers

Les tiers, essentiellement les créanciers sociaux, ne sont pas admis à agir contre les dirigeants dans une action pénale portant sur l'abus de biens sociaux. Le préjudice subi n'étant pas considéré comme étant un préjudice direct. La sanction de l'abus des biens sociaux est une incrimination qui vise à protéger la société et les créanciers ne sont pas des « victimes personnelles de l'abus de biens »³. Par contre, les tiers peuvent très bien agir contre les commissaires aux comptes pour violation de leurs obligations ; notamment la communication ou la confirmation d'informations mensongères⁴.

3. Extinction de l'action en responsabilité pénale

L'action pénale contre les dirigeants (a) et contre les commissaires aux comptes (b) pour avoir commis les délits mentionnés plus haut peut être éteinte.

a) Contre les dirigeants

L'action pénale contre les dirigeants ne peut être éteinte par une décision de ratification prise par un organe social (1) mais par l'écoulement du délai de prescription (2).

(1) Impossibilité de ratification par un organe social

L'accord des associés ou leur ratification d'une convention frauduleuse à la base de l'abus de biens sociaux n'éteint pas l'action pénale et ne peut enlever le caractère frauduleux à l'acte. Contrairement au cas où l'intérêt d'un groupe est en jeu, la régularisation ultérieure d'un acte frauduleux par un organe social ne peut être considérée comme un fait justificatif de l'abus. L'assentiment des associés ne fait pas disparaître le caractère délictueux de l'abus des biens sociaux, car la loi protège le patrimoine de la société et les intérêts des tiers, au

1. Ph. Conte et W. Jeandier, Droit pénal des sociétés commerciales ; op. cit., n° 316, p. 160 ; Cass. crim., 11 décembre 2002 : Rev. soc., 2003, p. 145, note B. Bouloc.

2. Cass. com., 4 avril 2001 : JCP E, 2001, p. 1817, note J.-H. Robert.

3. Ph. Conte et W. Jeandier, Droit pénal des sociétés commerciales, op. cit., n°s 319 et s, pp. 161 et s.

4. V. supra, Chefs d'accusation - contre les commissaires aux comptes, pp. 441 - 446 .

même titre que ceux des associés¹. Cette position nous semble être plus équitable que celle qui existait avant et qui acceptait des prélèvements sur les fonds sociaux par les organes sociaux en faveur d'un dirigeant, lui accordant ainsi un avantage, sans que pour autant un abus ou une déloyauté puisse être imputé à ce dirigeant². Ce qui revient à dire que la décision des organes sociaux enlevait le caractère frauduleux à un abus, tant qu'il n'a pas été commis ou tant que le prélèvement n'a pas été effectué par le dirigeant lui-même. La jurisprudence continue à confirmer que l'intérêt des associés d'une société n'est pas le seul à prendre en considération pour déterminer l'existence ou l'inexistence d'un abus des biens et du crédit de la société³.

En effet, tant qu'on considère que la société est une entité morale distincte de ses associés, l'intérêt social devient forcément distinct des autres intérêts en jeu. En rappelant cette évidence juridique, la jurisprudence maintient dans ce contexte que l'assentiment des associés ne peut libérer le dirigeant de la sanction pour abus de biens sociaux, les intérêts des tiers contractant avec la société doivent aussi être protégés⁴. Cette position vient encore une fois renforcer l'intérêt social dans sa théorie maximaliste, donc l'intérêt de l'entreprise et non celui commun des associés. Ce qui veut dire que des associés complaisants ne peuvent pas créer un obstacle au déclenchement de l'action pénale contre un dirigeant qui a conclu dans son intérêt personnel une convention qui cache un abus de biens sociaux.

Le même raisonnement vaut pour la décision collective prise en assemblée générale d'octroyer un quitus de gestion au dirigeant impliqué. Ce quitus ne peut constituer une renonciation à l'exercice que d'une action en responsabilité civile et seulement en ce qui concerne les affaires que l'assemblée a eu l'occasion d'en prendre acte. Il ne met pas fin à l'exercice de l'action publique⁵.

(2) Prescription

La prescription de l'action publique est interrompue ou suspendue conformément aux règles d'interruption ou de suspension du droit pénal commun⁶. La prescription de l'action

1. Cass. crim., 8 mars 1967, préc.

2. D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, op. cit., n°451, p. 441

3. Cass. crim., 30 septembre 1991 : *Rev. soc.*, 1992, p. 356, note B. Bouloc.

4. Cass. crim., 26 mai 1994 : *Bull. crim.*, 1994, n° 206, p. 482.

5. M. Vanhaecke, *Les groupes de sociétés*, op. cit., n° 357, p. 357.

6. A. Moreau, *La société anonyme*, Tome 1, op. cit., n° 210, p. 294 ; v. aussi L. Constantin, *Droit pénal des sociétés par actions*, op. cit., p. 969.

publique pour délit d'abus de biens ou de crédits sociaux est donc de trois ans¹. En principe, le délai de la prescription commence à courir du jour de la commission de l'infraction ou de la conclusion de la convention ou de l'acte générateur de l'abus. La jurisprudence tend, en cas de dissimulation, à faire courir le délai de prescription du jour où l'abus a été découvert ou a pu être constaté², dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique³. C'est la connaissance des faits abusifs qui semble être déterminante pour ce point de départ⁴. C'est ainsi que la non dissimulation des faits abusifs, en les portant dans les comptes sociaux, n'est pas suffisante à disqualifier l'abus ou faire courir le délai de prescription ; c'est la date de leur présentation aux actionnaires qui compte⁵.

La doctrine a critiqué ce point de départ qui a fait dire que l'abus des biens sociaux était devenu un « délit imprescriptible »⁶, tout en reconnaissant que ce retard du point de départ de la prescription a quand même ses avantages puisqu'il permet « d'étendre le champ d'application de l'ABS »⁷ (abus de biens sociaux).

Dans notre cas, quand une convention réglementée litigieuse est en jeu, le point de départ de la prescription est soit la date de sa conclusion, quand cette date est connue, soit celle de l'assemblée générale qui a statué sur la convention ou bien, en cas de dissimulation, quand la convention a été découverte. Toutefois, en cas de conventions à exécution successive, chaque modalité d'exécution a été considérée comme étant une infraction instantanée, à partir de laquelle la prescription commence à courir. Ce qui veut dire que tout paiement qui est reçu par l'intéressé, en vertu d'une telle convention, est une nouvelle infraction⁸.

En tout cas, il faut préciser ce qu'on veut dire par dissimulation. Ce concept ne doit pas être « étiré à l'extrême » et « doit être démontré »⁹. En somme, comme dans le cas de présentation des comptes sociaux annuels¹⁰, qui contiennent les dépenses litigieuses déboursées en vertu d'une convention réglementée d'une façon explicite, toute occasion qui

1. Elle est de 10 ans quand l'infraction est un crime ; v. art. L. 223-23 C.com.fr. (SARL) ; art. L. 225-254 C.com.fr (sociétés anonymes).

2. Cass. crim., 7 décembre 1967 : Bull. crim., 1967, n° 321, p. 752 ; Cass. crim., 12 juin 1978, préc.

3. Cass. crim., 6 septembre 2000 : Bull. Joly, janvier 2001, § 19, p. 61, note E. Dezeuze ; v. aussi, Cass. crim., 17 novembre 1986 : Bull. crim., 1986, n. 342.

4. Cass. crim., 19 mai 2005 : Bull. Joly, décembre 2005, § 300, p. 1378.

5. Cass. crim., 1^{er} décembre 2004 : Bull. Joly, avril 2005, § 100, p. 494, note J.-F. Barbièri. Le délai de prescription de l'action publique du chef de l'abus de biens sociaux court, sauf dissimulation, à compter de la présentation des comptes annuels par lesquels les dépenses litigieuses sont mises indûment à la charge de la société : Cass. crim., 5 mai 1997, préc.

6. Ph. Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit., n° 416, p. 499.

7. Idem.

8. Idem, p. 500 ; Cass. crim., 28 mai 2003 : Bull. Joly, novembre 2003, § 238, p. 1147, note J.-F. Barbièri ; v. aussi Cass. com., 8 octobre 2003 : Bull. Joly, janvier 2004, § 6, p. 54, note J.-F. Barbièri.

9. Ph. Conte et W. Jeandidier, Droit pénal des sociétés commerciales, op. cit., n° 308, p. 155.

10. Cass. com., 13 octobre 1999 : Bull. Joly, février 2000, § 34, p. 182, note J.-F. Barbièri.

permettrait de déceler l'existence de l'abus doit être saisie, et à partir d'une telle date, la prescription court. La date de départ de la prescription peut être repoussée dans tous les cas où la dissimulation a un caractère frauduleux et où les actes dissimulateurs ont fait camoufler l'abus¹.

Au Delaware, les délais de prescription des *felonies* (délits) dépendent de la nature du délit et varient en principe selon leurs classes (A ou B) de 2 à 3 ans. Les actions pour délits de fraude, de violation des obligations fiduciaires ou dissipation de fonds sociaux bénéficient d'un délai supplémentaire et doivent être intentées dans un délai de 3 ans qui est compté à partir de la date d'expiration du délai de l'action concernée; si le délit n'avait pas pu être découvert avant l'expiration du délai initial. Ce délai supplémentaire commence à courir à partir du « *discovery* » (découverte) du délit ou de la date à laquelle il aurait dû être découvert: « *should have been made* » par une personne exerçant « *ordinary diligence* »².

b) Contre les commissaires aux comptes

Les commissaires de surveillance sont soumis au Liban au même régime de responsabilité pénale que celui des administrateurs. Les mêmes règles édictées pour ces derniers sont applicables *mutatis mutandis*, qu'ils soient complices des administrateurs ou auteurs du délit, en raison de leur défaillance propre dans l'accomplissement de leur mission³.

L'action pénale contre le commissaire aux comptes en France se prescrit par trois ans. Les délits que peut commettre le commissaire aux comptes en France, étant des délits instantanés, la prescription commence à courir à partir du jour où l'acte incriminé a eu lieu ; à savoir, dans le cas d'une information mensongère, comme, par exemple, l'émission d'un rapport spécial sur les conventions comportant des informations inexacts, le jour où elle a été donnée ou confirmée et, dans le cas de non dénonciation de faits litigieux, le jour où les faits ont été découverts ou censés avoir été découverts.

§ 2. Conséquences de la mise en œuvre de la responsabilité des violateurs

Une fois la responsabilité personnelle des violateurs de la réglementation des conventions réglementées est établie, il s'agit maintenant de voir quelles mesures prendre pour réparer le préjudice que la violation a porté à la société. La loi réajuste les effets pécuniaires de cette

1. Qualification frauduleuse des dépenses en les classant sous une autre rubrique comptable ; v. Cass. crim., 10 avril 2002, préc.; M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, op. cit., n^{os} 634 à 636, pp. 342 et 343; Cass. crim., 31 janvier 2007, préc.
2. § 205 (b) et (c) Delaware Criminal Code, site internet: "delcode.delaware.gov., title II".
3. E. Tyan, *Droit commercial*, op. cit., n^o 640, p. 729.

convention pour les rendre plus équitables pour la société. Cela est accompli à travers le rééquilibrage de la convention (A). Mais, en cas de violation délictuelle, cela n'est pas suffisant, des sanctions pénales doivent être prononcées (B).

A. Rééquilibrage de la convention

« Le législateur a préféré à titre de sanction, un rééquilibrage du contrat, plutôt que son annulation »¹. C'est une sanction judiciaire de nature pécuniaire, qui consiste en un rétablissement de l'équilibre entre la lésion causée à la société et le bénéfice indu réalisé par l'intéressé. Il s'agit d'un réajustement au sein même de la convention qui intervient *a posteriori*, afin de corriger la disproportion entre la prestation rendue par la société et celle d'une valeur inférieure reçue de l'intéressé. Cette correction ne peut avoir lieu qu'en faisant réparer par l'intéressé la lésion dont a souffert la société. C'est en quelque sorte une indemnisation (1.) dont le montant (2.) est fixé par le tribunal en réparation du préjudice subi.

1. Indemnisation de la société

« *A rescission remedy does not always work* » (*La réparation par l'annulation ne marche pas toujours*)... « *The corporation may be entitled to damages instead of rescission* »² (la société peut avoir droit à une indemnité au lieu de l'annulation). Ce principe, adopté en droit américain, résume la situation plutôt classique qu'on connaît en droit libanais et en droit français. La sécurité des transactions, et le dommage éventuel plus important que la société peut encourir du fait de l'annulation d'une convention, font de l'indemnité un mode de réparation adéquat et équitable, rétablissant ainsi l'équilibre des intérêts au sein de la convention litigieuse.

Bien que la majorité de la doctrine soit favorable à l'indemnisation de la société plutôt qu'à l'annulation de la convention problématique comme mode de réparation, certains pensent que l'allocation de dommages intérêts est « inadaptée » car il vaut mieux effacer les conséquences de la faute... »³.

A notre sens, la position doit être plus nuancée. Tout dépend des effets de l'annulation sur la société. Ces effets sont à leur tour dépendants de l'avancement de l'exécution de la convention. L'option de l'annulation ne se pose même pas dans le cas des conventions à

1. Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, op. cit., n° 401, p. 479.

2. L. Solomon et A. Palmiter, *Corporations*, op. cit., § 13.5.2, p. 233.

3. Trib. com. Paris, 12 février 1991: Bull. Joly, 1991, p. 592, D. Schmidt, *les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, op. cit., n° 360, p. 353.

exécution instantanée qui ont été totalement consommées. La sécurité des transactions, eu égard aux droits des tiers de bonne foi, et les incidences fâcheuses pour la société en cas d'annulation inopportune d'une convention, sont à considérer avant de se prononcer sur l'annulation. C'est pourquoi nous pensons qu'il ne devrait pas y avoir une solution absolue et radicale à de telles questions. Chaque convention a ses circonstances propres et, dans beaucoup de cas, uniques. Les conditions qui y sont stipulées ne doivent pas être ignorées dans le processus de l'appréciation de l'opportunité de l'annulation d'une convention. Si les conditions d'une annulation ne sont pas onéreuses pour la société, le choix entre cette annulation du contrat et son maintien doit alors s'opérer en fonction d'autres critères. Par contre, si cette annulation fait subir à la société des conséquences négatives, l'appréciation doit dans ce cas comparer entre deux « maux » pour choisir le moindre.

Aux Etats-Unis, dans les cas d'une convention litigieuse, la société peut aussi choisir¹ entre les deux solutions possibles: l'annulation de la convention ou la réclamation d'une indemnité à l'intéressé, selon ses propres circonstances. Le demandeur en réparation contre un *director* doit prouver que la société ou les actionnaires ont subi un préjudice et le lien de causalité entre ce préjudice et le comportement du *director*²; une exigence classique. Etant entendu qu'en cas de non annulation de la convention, une indemnité n'est en principe prononcée par le tribunal que si l'administrateur intéressé est de mauvaise foi et a profité personnellement de la convention. Dans le cas contraire, l'annulation de la convention litigieuse reste la seule sanction, surtout dans le cas des opérations intra-groupe de sociétés³.

L'indemnité doit compenser aussi exactement que possible le dommage subi. Elle est requise pour que l'intéressé ne s'enrichisse pas aux dépens de la société. Faire prévaloir l'intérêt personnel sur l'intérêt social a un impact direct sur les patrimoines respectifs de l'intéressé et de la société. L'intéressé s'enrichit alors que la société s'appauvrit du fait de la convention. Il est vrai que la notion de l'enrichissement sans cause ne s'applique pas quand il y a un contrat et qu'elle s'applique surtout dans les quasi-contrats⁴, mais il y a des cas où une personne visée par la réglementation agit dans son propre intérêt et fait naître une obligation pour la société de payer, sans que pour autant une convention existe entre elle et la société.

1. New York Trust Co. v. American Realty Co., 31 décembre, 1926: 1926 N.Y. LEXIS 641; 244 N.Y. 209; 155 N.E. 102.

2. § 8.31 (II) RMBCA, p. 43.

3. Chelrob, Inc. v. Barrett, 20 octobre 1944: 1944 N.Y. LEXIS 1289; 293 N.Y. 442 (N.Y. 1944).

4. En droit libanais, art. 119 (3), 140, 141 et 142 (restitution) COCL; et en droit français, art. 1371, C.civ.fr.

Dans ce cas la société peut très bien exercer l'action prétorienne pour se faire rembourser le montant indu qui aurait été payé à la personne visée.

2. Montant de l'indemnité

Au Liban, comme en France, le montant des dommages intérêts est calculé selon les règles du droit commun. Il est évalué par le tribunal au cas par cas¹. En principe, l'intéressé est tenu de compenser le préjudice par le paiement d'un montant équivalent. Le droit français prescrit que l'indemnisation de la société par le commissaire aux comptes doit être la réparation du préjudice qu'il lui cause². Ce montant doit correspondre aux conséquences dommageables que la loi met à la charge du violateur de la réglementation.

Aux Etats-Unis, s'il s'agit de rémunérations excessives perçues par un dirigeant, ou de rémunérations perçues pendant la période au cours de laquelle le dirigeant a violé son obligation fiduciaire³, il doit les restituer à la société ou, dans le cas de l'achat ou la vente par l'intéressé d'un actif social à un prix, respectivement, inférieur ou supérieur à sa valeur réelle, le profit indu réalisé de cette opération⁴. Le montant de l'indemnité est augmenté en cas de violation d'une obligation fiduciaire, et peut même avoir un caractère *punitive* (répressif), une pénalité⁵, alors que la norme est de dédommager la société en versant la différence entre ce qu'elle a dû recevoir, ou la « valeur réelle » du bien acheté ou cédé à la société⁶, et ce qu'elle a effectivement reçu. Si un administrateur acquiert un avantage personnel ou réalise un profit au détriment de la société, le montant de l'indemnité sera égal à la valeur de cet avantage ou au montant de ce profit qu'il doit verser et rembourser à la société⁷.

Le dirigeant d'une société américaine qui commet un abus dans le *use of corporate property* (usage d'un actif social) n'est tenu pour responsable que dans la limite du *improper benefit* (avantage indu) reçu et *retained* (retenu) ou non restitué. La sanction se limitant donc au remboursement à la société du montant de cet avantage, sauf si le préjudice causé à la société est plus grand que cet avantage et que le dirigeant aurait dû le prévoir (*foreseeable*

1. C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann., op. cit., commentaire de l'art 166, note 16 ; v. aussi P. Pic et J. Kréher, op. cit., tome II, n° 3046, p. 617.

2. Cass. com., 17 décembre 2002 : Bull. Joly, mars 2003, § 56, p. 267, note J.-F. Barbière.

3. American Timber & Trading Co. v. Niedermeyer, 30 décembre 1976, 1976 Or. LEXIS 940; 558 p. 2d 1211 (Or. 1976).

4. J. Choper et M. Eisenberg, Corporations, op. cit., § 284, p. 53 ; Schlensky v. South Parkway Building Corp., 22 avril 1959, préc. ; Talbot v. James, 1 août 1972: 1972 S.C. LEXIS 214, 190 S.E. 2d 759.

5. Rowen v. Le Mars Mutual Insurance Co. of Iowa, 11 juillet 1979:1979 Iowa Sup. LEXIS 1979 ; 282 N.W. 2d 639 (Iowa 1979).

6. Lynch v. Victors Energy Corp., 3 avril 1981: 1981 Del. LEXIS 300; 429 A. 2d 497 (Del. 1981).

7. Kessler v. Commonwealth Doctors Hospital, Inc., 29 novembre 1971, préc.

harm). Dans ce cas, le dirigeant est tenu de réparer ce préjudice intégralement. Il est aussi précisé qu'on ne peut faire supporter au dirigeant le fardeau de plusieurs responsabilités en raison du même avantage reçu¹. Le dirigeant n'est tenu de payer qu'une seule fois le montant dû à celui qui a souffert de la convention litigieuse. En d'autres termes, dans le cas où un associé peut, dans une action individuelle directe, obtenir une réparation du préjudice personnel subi par les agissements d'un dirigeant, il ne peut, par le biais d'une action sociale, faire recouvrer par la société le même montant². Car, même si l'associé et la société sont des personnes juridiquement distinctes, les indemnités versées à la société profiteront indirectement à l'associé dans la limite de sa quote-part dans le capital social.

Le même régime de sanctions s'applique quand un associé dominant, *controlling shareholder*, abuse d'une *corporate property*³ (propriété sociale ou bien social).

B. Sanctions pénales

Le juge français et le juge américain, ne regardant pas de la même manière les mêmes faits juridiques, l'appréciation qu'ils en font n'est pas la même. « Mais là où le juge américain condamnera l'administrateur pour un manquement à son obligation de loyauté, le juge pénal français y voit le plus souvent un abus de bien social »⁴. Cette différence amènera un juge américain à se concentrer sur la réparation du préjudice causé à l'actionnaire et à la société par la violation de l'obligation de loyauté, alors que le juge français prononcera une sanction pénale⁵.

Les sanctions pénales suivantes sont prononcées contre les dirigeants (1.) et contre les commissaires aux comptes (2.).

1. Contre les dirigeants

Le Code de commerce libanais ne prévoit aucune sanction pénale pour violation des dispositions de l'art. 158⁶. Ce qui empêche, en vertu du principe « pas de délit sans texte », de pouvoir qualifier cette violation de délit. Cependant, et comme l'a noté à juste titre la doctrine libanaise, si les faits qui accompagnent la violation le justifient, la qualification de ces faits

1. § 5.04 (c) ALI PCG., vol.1, partie V, p. 255.

2. Idem, commentaire n° 5, p. 262.

3. § 5.11 (c) ALI PCG., op. cit., vol.1, partie V, p. 333, commentaire n° 4, p. 339.

4. F. Peltier, La Corporate Governance au secours des conseil d'administration, op. cit., p. 131.

5. Idem.

6. C. Fabia et P. Safa, C.com.lib.ann., op. cit., commentaire de l'art. 158, note 32.

comme étant des délits d'escroquerie, de fraude, d'abus de confiance ou autres délits peut être envisagée¹.

Les sanctions qui peuvent être prononcées contre les délinquants sont variées, allant de l'amende à l'emprisonnement, dépendant du délit et de sa gravité.

Le Code pénal libanais prévoit pour les délits d'abus de confiance² les sanctions de l'emprisonnement entre 2 mois et 2 ans et une amende équivalente à la différence entre le montant du quart (au minimum) et la moitié (au maximum) des montants restitués et le dommage subi ; et pour le détournement³, l'emprisonnement jusqu'à une année et une amende égale au quart de la somme détournée.

En droit français, les sanctions pénales des infractions aux dispositions du Code de commerce sont prévues dans ce code lui-même. Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme⁴, ou les gérants d'une société à responsabilité limitée⁵, qui commettent le délit d'abus des biens ou du crédit de la société sont punis d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375000 €⁶. La même sanction est prévue pour les gérants des sociétés à responsabilité limitée et aussi pour le président, administrateurs ou directeurs généraux d'une société anonyme⁷ ou gérants de SARL⁸ qui commettent le délit d'abus de pouvoirs ou de vote (voix).

Comme nous l'avons déjà souligné, le dédommagement de la société pour réparer les méfaits d'un dirigeant compte aux Etats-Unis plus que les sanctions d'emprisonnement ou les amendes. L'essentiel c'est d'indemniser la société victime d'une infraction pénale commise par un *director* ou *officer* découlant de la violation d'une obligation fiduciaire. L'intérêt personnel de ces dirigeants *fiduciaries* ne doit pas *compete* avec (concurrer) l'intérêt de la partie à l'égard de laquelle l'obligation fiduciaire est due⁹.

1. Gh. Mahmassani, Les contrats des administrateurs de sociétés anonymes avec leurs sociétés suivant l'art. 158 nouveau du Code de commerce, op. cit., p. 63.

2. Art. 670, C.pén.lib.

3. Art. 671, C. pén.lib.

4. Art. L. 242-6 (3°) C.com.fr. (sociétés anonymes).

5. Art. L. 241-3 (4°) C.com.fr. (SARL).

6. Art. L. 242-6, (3°), C.com.fr. (Société anonyme); amende identique à celle prévue pour abus de confiance et escroquerie, mais emprisonnement supérieur à celui de l'abus de confiance.

7. Art. L. 242-6 (4°) C.com.fr. (SA).

8. Art. L. 242-3 (5°) C.com.fr. (SARL).

9. W. Knepper et D. Bailey, Liability of Corporate Officers and Directors, op.cit., vol.1, § 8.14, p. 8-52.

2. Contre les commissaires aux comptes

Le commissaire aux comptes (à titre personnel, ou en tant qu'associé dans une société de commissaires aux comptes), qui donne ou confirme des informations mensongères sur la situation des sociétés qu'il contrôle, ou s'il ne dénonce pas au procureur de la République les faits délictueux dont il a eu connaissance, est puni d'emprisonnement pour 5 ans et d'une amende de 75000 €¹.

* * *

Les sanctions de l'atteinte à l'intérêt social, prévues dans la loi, frappent donc aussi bien la convention préjudiciable à la société que la convention frauduleuse. La sécurité des transactions avec, nous le pensons, l'intérêt de l'entreprise dans sa globalité en vue, plutôt que l'intérêt étroit de la société, jouent contre l'annulation, d'ailleurs facultative, d'une convention litigieuse. L'intéressé qui viole la réglementation est tenu de réparer le préjudice porté à la société par la convention conclue sans avoir été soumise au contrôle de la réglementation des conventions. La responsabilité personnelle, aussi bien des intéressés que des commissaires aux comptes, peut être engagée ; une responsabilité qui n'est pas seulement civile. Nombre de dirigeants et de commissaires aux comptes ont été condamnés ces dernières années à cause des abus qu'ils ont commis et dont ils étaient pénalement responsables.

* * *

La deuxième partie de notre thèse a révélé que la mise en œuvre de la protection de l'intérêt social s'opère selon un processus. L'objectif de la procédure est bien entendu d'encadrer les mouvements des acteurs visés par la réglementation des conventions réglementées, soit au niveau des personnes intéressées à une convention, soit à celui des organes de gestion et de contrôle dont les décisions et actes sont censés jouer en faveur de la prévention des conflits et, au cas où cette prévention échoue ou n'est plus possible, faire supporter au violateur les conséquences préjudiciables à la société.

Les garanties de la primauté de l'intérêt social que nous avons évoquées, tant législatives que jurisprudentielles, et les sanctions renforcées qui les accompagnent, présentent une protection adéquate de l'intérêt social et de sa prévalence sur les intérêts privés des intéressés.

1. Art. L. 820-7 C.com.fr.

L'application stricte des sanctions en cas de violation de la réglementation des conventions réglementées, surtout dans les sociétés cotées en bourse, est la véritable garantie de la société contre les conflits qui peuvent surgir à la suite de cette violation.

Des efforts considérables ont été déployés par le législateur, qui a réagi aux développements du monde des affaires sur tous les plans susceptibles de protéger l'intérêt social. Nous avons constaté à quel point la doctrine française a été amenée à suivre l'évolution législative¹ et à quel point la jurisprudence a inspiré les initiatives du législateur.

* * *

1. Certaines références doctrinales que nous avons consultées ont dû être mises à jour plusieurs fois ces dernières années; de nouvelles éditions de certains ouvrages paraissant maintenant tous les ans.

CONCLUSION

L'intérêt social, nous espérons l'avoir démontré, est bel et bien la raison d'être principale de la réglementation des conventions réglementées ; et sa protection, la préoccupation essentielle de la procédure de contrôle spécial adoptée dans les trois systèmes juridiques comparés.

Cette procédure est simple au Liban ; mais elle est incomplètement organisée. Quand elle est appliquée, elle l'est le plus souvent avec légèreté. La limitation du contrôle spécial qu'elle instaure uniquement aux administrateurs de sociétés anonymes reste son point faible le plus évident.

En France, cette procédure a été qualifiée de lourde, inadaptée, complexe et d'un « formalisme étroit et réducteur de l'article 101... »¹, sans que la frénésie législative de ces dernières années n'ait réussi à apaiser les voix critiques. C'est peut-être la raison pour laquelle l'exemple français ne semble pas avoir séduit le droit européen des sociétés. Les droits allemands et anglo-saxons ont été des sources plus marquantes de ce droit. Hormis une obligation de révélation des conventions réglementées dans les sociétés européennes cotées sur un des marchés financiers européens, il n'y a en droit européen aucune disposition concernant l'approbation ou la mise en cause de la validité d'une convention conclue entre un dirigeant et sa société².

Aux Etats-Unis, le formalisme de la procédure est réduit au minimum. La convention n'est pas soumise à une autorisation préalable, suivie d'une approbation comme dans l'exemple français. Le rôle des organes sociaux (conseil et assemblée) n'est pas dédoublé ; le premier de ces organes qui est saisi est habilité à approuver une convention, à condition que les membres délibérants qui apprécient la convention et votent sur elles n'y soient pas intéressés. En effet, la doctrine aux Etats-Unis considère depuis longtemps que les affaires peuvent être « *greatly impeded* » (sérieusement compromises) s'il n'est pas permis aux associés et administrateurs de conclure des conventions avec la société³.

1. Petite affiches, 4 mai 2001, n° 89, p. 58 : Débat, commentaire de M.B. Field ; v. aussi intervention de Ph. Merle, au cours de ce même débat en faveur d'une interprétation très restrictive de la loi qui consacre le formalisme ; v. aussi d'autres qualificatifs peu flatteurs donnés à la procédure ailleurs dans cette thèse.

2. G. Hertig et J. Mc Cahery, Revue trimestrielle de droit financier, RTDF, n°1-2006, p. 2.

3. R. Stevens, Handbook on the Law of Private Corporations, op. cit., § 149, p. 687.

Cela dit, nous ne voyons toujours pas vraiment comment dans le processus de protection de l'intérêt social à l'occasion d'une convention réglementée il y a une véritable prévention des conflits d'intérêts. Comme l'écrit brillamment un auteur, « Chacun s'afflige des effets de ces conflits mais tout le monde s'accommode de leurs causes »¹. Il y a donc effectivement plus de gestion qu'une prévention proprement dite des conflits en question.

Nous avons cru déceler un point timidement commun aux trois systèmes juridiques que nous avons comparés, aussi bien dans les textes des lois consultées que dans l'esprit des décisions de justice qui sont venues les appliquer, les interpréter et parfois les inspirer. Nous citons l'équité, ou *fairness*. Le préjudice qui conditionne l'obligation de réparation en droit français, se traduit tout naturellement en un *unfairness*, si la notion était à apprécier à la lumière des principes anglo-saxons.

Revenons à la source de tous les droits, au droit civil, qui évoque la notion d'équité à maintes reprises, l'équité naturelle², l'équité comme source complémentaire d'obligations, quand une convention est silencieuse sur un point, avec la prédominance apparente qui lui est conférée par le législateur en la mentionnant dans le Code civil avant l'usage et la loi³; et d'autres exemples⁴. En outre, l'équité n'est pas une notion étrangère au droit commercial. Le Code de commerce libanais y a recours à défaut d'une disposition légale applicable. La « bonne équité » devrait faire face « à la rigidité et l'insuffisance du droit et empêche que l'homme soit victime de l'iniquité ». La « mauvaise équité » sert de « prétexte à l'arbitraire, aux excès et aux solutions injustes et imprévisibles⁵. C'est un principe qui « s'impose à l'auteur de la règle ou de la décision de faire prévaloir l'axiome selon lequel le droit est fait pour l'homme et non l'homme pour le droit »⁶.

Le souci doit être moins d'attaquer la convention et / ou l'intéressé que d'apprécier la convention dans un contexte bien plus généralisé qui prend en compte aussi bien l'intérêt propre de la société que celui de toutes les personnes qui y sont intéressées, ou celles qui sont concernées par les résultats de son exécution. Nos acteurs principaux sont la société, ses

1. D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, op. cit., n° 460, p. 452.

2. Art. 565, al. 1, C.civ.fr.

3. Art. 1135 C.civ.fr.

4. Art. 815-13, al. 1, C.civ.fr.

5. F. Hage – Chahine, Rapport de synthèse: "L'équité ou les équités", Confrontation Occident et Monde Arabe, Centre d'études des droits du Monde Arabe (Beyrouth), Société de législation comparée, colloque tenu les 3 et 4 octobre 2002.

6. Idem, p. 239.

associés, l'intéressé et les tiers. Pour que l'équité puisse jouer à plein, l'idée qu'une convention conclue avec la société par un dirigeant ou un associé a nécessairement et forcément des conséquences préjudiciables devient impensable¹. Une telle convention peut profiter à tous, et à la société en premier lieu. En sousesant les intérêts qu'elle met en jeu, certaines conventions peuvent faire le bonheur des acteurs principaux et la société ne peut qu'en profiter sur plusieurs plans. En des termes plus directs, si une convention à laquelle est intéressé une des personnes visées par la réglementation est *fair* et fait aussi profiter la société et, en conséquence, les tiers (comme les créanciers sociaux), il faut la maintenir.

Pour conclure, les scrupules qui n'inquiètent pas les personnes susceptibles de les ignorer justifient des abus de tout genre. Veiller à préserver le bien d'autrui qui nous est confié, est une obligation presque naturelle qui obéit à des règles de probité. Les dirigeants ou associés qui sont astreints à respecter les dispositions légales relatives aux conventions réglementées doivent tout d'abord répondre à l'appel de leur conscience et agir en fonction de la morale, une certaine morale universelle qui est reconnue indépendamment de toute réglementation, éthique ou croyance. Les tentations étant parfois très fortes, il ne peut y avoir qu'une seule et unique garantie fondamentale qui n'est autre que l'intégrité morale propre des personnes visées.

* * *

1. V. supra, p. 159.

LISTE BIBLIOGRAPHIQUE
des principaux ouvrages et références consultés

Les abréviations suivantes mentionnées entre parenthèses dans
la liste des ouvrages consultés se réfèrent à la langue de
l'ouvrage

Ar	Arabe
F	Français
An	Anglais

DROIT LIBANAIS

Traité et manuels

- ABDELSATER - ABUSAMRA N. et BISHARA N., Lebanese Code of Corporate Governance, The Lebanese Transparency Association, 2006, 47 pages ; (An).
- AOUGEH M., Droit civil, 2 volumes : vol. 1, Le contrat, 801 pages ; vol. 2, La responsabilité civile, 808 pages, éd. Manshourat Al Halabi el Houkoulia, 2003 ; (Ar).
- AUADE Ph., Traité des sociétés, Tome 1, la SARL, 296 pages (2002) ; Tome 2, vol. 1, La société anonyme, 672 pages (2004) ; Beyrouth, éd. juridique Sader; (F).
- EID E., Encyclopédie de procédure civile, La preuve de l'exécution, 13^e vol. (La preuve), éd. Sader 1991, 525 pages ; (Ar).
- FABIA C., SAFA P., Code de commerce libanais annoté; Tome premier : art. 1 – art. 95, Tome second : art. 96 – art. 250, Tome troisième: art. 251 – art. 353, Tome quatrième art. 354 – art. 508, Tome cinquième: art. 509 – art. 514; éd. Sader, Beyrouth ; (F).
- NAJJAR A., L'administration de la société anonyme libanaise, Bruylant-Delta, 1998, 341 pages ; (F).
- SADER, Entre la législation et la jurisprudence, Code de commerce annoté, Ed. Sader 2006, 512 pages + 112 pages (Index) ; (Ar+F).
- SAIDI N., Corporate Governance in MENA countries: Improving Transparency and Disclosure, the second MENA regional corporate governance forum, 2004, 130 pages; (An).
- TYAN E., Droit commercial, 2 Tomes : Tome premier (Actes de commerce, commerçants, fond de commerce, sociétés, banques et bourses), 1079 pages ; Tome deuxième (Effets de commerce, contrats commerciaux, faillite, concordat préventif), 1193 pages, éd. Librairie Antoine, Beyrouth, 1968 ; (F).
- TYAN E., Etudes de droit commercial, éd. Librairie Antoine, Beyrouth, 1975, 405 pages ; (F).
- YAKAN Z. Code des obligations et des contrats annoté, 16 vol., . (Dar al Sakafa, Sader, al Maktaba al Asriah), 14^e vol., Les sociétés, art. 823-949 du COCL, Dar al Sakafa, Beyrouth, 1969, 415 pages ; (A).

Articles, conférences, communications à des colloques

- FABIA C., les contrats des administrateurs de sociétés anonymes avec leur société, Commerce du Levant, n° 113, Beyrouth, 1968, pp.16-19, 4 pages ; (F).
- HAGE-CHAHINE F., Rapport "L'ordre public dans la vie des affaires », Journée libanaise de Beyrouth : « l'ordre public – aspects et nuances », 1998 ; (F).
- HAGE-CHAHINE F., L'Equité ou les Equités; Confrontation Occident et Monde Arabe, colloque tenu le 3 et 4 octobre 2002, Centre d'études des droits du monde arabe CEDROMA, Beyrouth, Société de législation comparée, 15 pages ; (F).

- HAGE-CHAHINE F., La règle de la perpétuité de l'exception dans le livre du président Kh. Jreige ; intervention à l'occasion du séminaire autour du livre « La théorie générale des obligations », octobre 2005 photocopié; (A).
- MAHMASSANI Gh., Les contrats des administrateurs de sociétés anonymes avec leurs sociétés suivant l'article 158 nouveau du Code de commerce libanais, Proche-Orient études juridiques, Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Beyrouth, janvier-avril 1969, n° 6, pp. 37-71 (35 pages); (F).
- SAIDI N., Corporate Governance in MENA Countries-Improving Transparency and Disclosure (The Second Middle East and North Africa Regional Corporate Governance (Forum), Beyrouth, 3-5 juin 2004, The Lebanese Transparency Association, éd. Technopress, Beyrouth, 2004, 47 pages; (An).

DROIT FRANÇAIS

Traités et manuels

- BARBIÈRI J.-F., MONSERIE-BON H., La loi NRE et le droit des sociétés, éd. Montchrestien, 2003, 151 pages; (F).
- BEZARD P., DABIN L., ECHARD J-F. et al. Les groupes de sociétés, une politique législative, Etude du Centre de recherches sur le droit des affaires de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, 1976, 372 pages; (F).
- BUREAU D., actualisé par ANSAULT J-J., Contrats entre les administrateurs et la société, Fasc. 130-50, Sociétés Traité, Juris-classeurs, LexisNexis 2005, 32 pages ; (F).
- CHARVERIAT A., COURET A., Sociétés commerciales, 2008, Memento pratique F. Lefebvre, éd. F. Lefebvre 2007; (F).
- COMPAGNIE NATIONALE DES COMMISSAIRES AUX COMPTES, Etudes juridiques, Les conventions entre les entités et les personnes « intéressées », éd. CNCC, mai 2004, 128 pages ; (F).
- CONSTANTIN L., Droit pénal des sociétés par actions, éd. PUF, 1968, 1260 pages; (F).
- CONTE Ph. et JEANDIDIER W., Droit pénal des sociétés commerciales, éd. LexisNexis, Litec 2004, 274 pages ; (F).
- COZIAN M., VIANDIER A., DEBOISSY Fl., Droit des sociétés, 23^e éd ; LexisNexis - Litec, 2010, 826 pages; (F).
- De JUGLART M., IPPOLITO B., Traité de droit commercial, 2 vol., deuxième volume, Les sociétés, 3^e éd., refondue et mise à jour par E. du Pontavice et J. Dupichot, deuxième partie; Société de capitaux, Sociétés anonymes et commandites par actions, Sociétés à responsabilité limitée, éd. Montchrestien 1982, 303 pages; (F).
- DUTILLEUL F., DELEBECQUE Ph., Contrats civils et commerciaux, 3^e éd., Dalloz (Delta) 1996, 883 pages; (F).
- ESCARRA J., ESCARRA E., RAULT J., Traité théorique et pratique de droit commercial, les Sociétés commerciales, 4 Tomes: Tome premier : 597 pages, Tome second : 491 Pages, Tome troisième: 468 pages et Tome quatrième, les Sociétés par actions, L'administration de la société anonyme, 521 pages; Sirey 1959 (F).

- GLASSON E., TISSIER A., Théorie théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, 3^e éd., Tome 2^e, Sirey 1926, 904 pages ; (F).
- GUYON Y., Droit des affaires, Tome 1, Droit commercial général et sociétés, 7^e éd., Economica, 1992, 996 pages, Tome 2, Entreprises en difficultés, Redressement Judiciaire - Faillite, 4^e éd., Economica 1993, 494 pages; (F).
- GUYON Y., Traité des contrats, Les sociétés, 3^e éd., LGDJ (1997)-Delta 1998, 426 pages; (F).
- GUYON Y., actualisé par B. Le Bars, Responsabilité civile des administrateurs, Sociétés-Traité, Juris-classeurs 2002, art. 132-10, 28 pages ; (F).
- HOUILLON Ph., Rapport d'information déposé par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur les rémunérations des dirigeants mandataires sociaux et des opérateurs de marchés, N° 1798, enregistré à la présidence de la République le 7 juillet 2009 ; recherche sur internet, Google « Houillon Ph. » 109 pages ; (F).
- HOUIN R, BOULOC B., Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale, Tome 1, 2^e éd., Sirey 1961, 352 pages; (F).
- HOUIN R., Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale, Tome 2, Sirey 1962, 529 pages; (F).
- HOUPIN C. et BOSVIEUX H., Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations, 3 Tomes, Tome 1: 1187 pages; Tome 2: 1049 pages, Tome 3: 1411 pages, Administration du journal des notaires et des avocats, Librairie de la société du recueil Sirey, 1935; (F).
- JEANTIN M., Droit des sociétés, Domat droit privé, 3^e éd., Montchrestien 1994, 456 pages; (F).
- LARROUMET C., Droit civil, 3^e éd., 3 Tomes, Tome 1: Introduction à l'étude du droit privé, 378 pages ; Tome 2: les Biens Droits réels principaux, 626 pages; Tome 3: Les obligations, le contrat ;, 972 pages; éd. Economica 1996 (F).
- LE CANNU, P., DONDERO B., Droit des sociétés, 3^e éd., Montchrestien – Lextenso 2009, 1087 pages ; (F)
- MALECKI C., Conventions réglementées, Rép. Soc., Dalloz, septembre 2002, 27 pages; (F).
- MERCIER A., MERLE Ph., FLAHAUT-JASSON Cl., BESNARD S., Mémento pratique Francis Lefebvre, Audit et commissariat aux comptes 2009 – 2010, éd. F. Lefebvre 2008, 1412 pages; (F).
- MERLE Ph., E. Chevalier, L'application jurisprudentielle de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, Dalloz 1976, 509 pages; (F).
- MERLE Ph., Droit commercial, Sociétés commerciales, Précis Dalloz, 14^e éd., Dalloz 2010, 955 pages ; (F).
- MOLIERAC J., Manuel des sociétés, 2 Tomes, Tome 1 : 844 pages, Tome 2 : 1223 pages ; Dalloz 1956; (F).
- MOREAU A., La société anonyme, Traité pratique; 2^e éd.; Librairie du journal des notaires et des avocats, Paris, Tome 1 : 1009 pages, Tome 2 : 2096 pages, 1955 ; (F).
- NOIREL J., Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale, Tome 2 ; Sirey 1962, 529 pages, Commentaire de l'arrêt de la CA de Paris du 24 février 1954, n° 73, pp. 245-250 ; (F).

- PELTIER F., la Corporate Governance au secours des conseils d'administration, Dunod, 2004, 164 pages ; (F).
- PIC P., KREHER J., Traité général théorique et pratique de droit commercial, des sociétés commerciales, 3^e éd., Tome II, Rousseau & Cie, Paris, 1948, 678 pages ; (F).
- PLANIOL M., RIFERT G., par ESMEIN, P, Traité pratique de droit civil français, LGDJ, 1952 et s, 14 vol., vol. consulté n°. 6, 1047 pages ; (F).
- RIPERT G., DURAND P., ROBLOT R., Traité élémentaire de droit commercial, 4^e éd., 2 Tomes ; Tome 1 (1959) : 908 pages, Tome 2 (1960) : 456 pages, LGDJ ; (F).
- RIPERT G., ROBLOT R., par M. Germain, Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales; Tome 1-Volume 2, Les sociétés commerciales, 19^e éd., LGDJ- Lextenso, 2009, 994 pages; (F).
- ROLAND H., BOYER L., Adages du droit français, 4^e éd., Litec (polycopié Université Saint-Joseph, Beyrouth) ; (Latin - F).
- SCHMIDT D., Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, éd. Joly 2004, 565 pages; (F).
- VANHAECKE M., Les groupes de sociétés, LGDJ 1959, 519 pages ; (F).
- VIANDIER A., CHARVERIAT A., Sociétés et loi NRE., 2^e éd., F. Lefebvre, 2002, 381 pages; (F).

Thèses

- BALENSI I, Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants, Economica, 1975, 179 pages; (F).
- FADEL RAAD N., L'abus de la personnalité morale en droit privé, Thèse, Paris 2, dir. F. Terré, LGDJ, 1991, 322 Pages ; (F).
- LEDOUX, P., Le droit de vote des actionnaires, Thèse, Paris 2, dir. Ph. Merle, LGDG, 2002, 446 pages ; (F).
- ÖZTEK S., La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés dirigées par une holding, Thèse de doctorat en droit, Univ. de Lausanne, éd. Nouvelle imprimerie du Lemman, Lausanne, 1982, 431 pages ; (F).
- SCHOLASTIQUE, E., Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés, Droits français et anglais, Thèse, Panthéon-Sorbonne, dir. A.Tunc, LGDJ, 1998, 465 pages ; (F).

Articles, conférences, communications à des colloques

- ATHLAN L., la transparence au travers des principes de la « Corporate Gouvernance » et de la loi NRE, article sur internet, www.afje.org., 5 pages; (F).
- BARBIÈRI J-F., La notion d'intérêt indirect et d'interposition de personnes dans l'art 101-2 de la loi sur les sociétés commerciales, E. du Pontavice, Bull. Féd. Assoc. Commissaires de sociétés 1969, 14 pages; (F).
- BARBIÈRI J.-F., M. H. Monserie-Bon, « Les conventions réglementées entre la réalité de l'ambition régulatrice et fiction de la prévention des conflits », La loi NRE et le droit des sociétés, Actes du colloque organisé à l'Université des sciences sociales de Toulouse, le 5 octobre 2001, Centre de droit des affaires, Montchrestien 2003; (F).

- BAUMERT F., BELZUNG B., L'apport de la technique contractuelle aux besoins d'acquisition d'un groupe, Séminaire de Groupe de sociétés, 20 janvier 2004, Q. Urban, 31 pages. (recherche sur internet « Ph. Merle ») ; (F).
- DALODE J., Présentation des paradis fiscaux et judiciaires ; recherche sur internet, site www.survie.org, 9 pages, consulté le 12 novembre 2009 ; (F).
- De ROULHAC B., l'éventuel remboursement du parachute de Therry Morin s'annonce difficile, article sur internet : www.agefi.fr 11 juin 2009, consulté le 5 décembre 2009 ; (F).
- HERTIG G., McCAHERY. J, Revue trimestrielle de droit financier, (RTDF) n°1-2006, 3 pages; (F).
- HOUIN R., note sur Rép. min., 3 avril 1969 : RTDC, 1969, p. 514.
- LE CANNU P., Les conventions réglementées après la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, Bull. Joly, juillet 2001, § 165, p. 720; (F).
- MERLE Ph., Les nouvelles obligations des commissaires aux comptes après la loi NRE du 15 mai 2001, Recueil Dalloz, 2001, Chron. 43, 4 pages ; (F).
- MERLE Ph., Les conventions au sein des groupes, Petites affiches, n° 89, 4 mai 2001, p.p. 49-59; (F).
- POULIQUEN H., les conventions réglementées dans les personnes morales de droit privé non commerçantes, Guide pratique Deloitte, Paris, mai 2004, 76 pages, site Internet : "www.Deloitte.fr", consulté le 14 mars 2006 ; (F).
- REINHARD, Y., La *holding* familiale, Defrénois 2001, n° 5/01, art. n° 37313, pp. 291 à 298, 8 pages ; (F).
- ROUSSEAU S., TCHOTOURIAN I., « L'intérêt social » en droit des sociétés, Rev. soc. N° 4/2009, pp. 735-759, 25 pages (F).
- TERRÉ, F., Introduction générale au droit, 8^e éd., Dalloz 2009, 656 pages ; (F).

Notes et observations de jurisprudence

ALFANDARI E.

- Cass. com., 11 décembre 1963 : JCP, 1964, II, 13873.

AUTESSERRE J.

- Trib. corr. Seine, 4 avril 1955 : Rev. soc., 1957, p. 83.
- Trib. corr. Seine, 13 décembre 1955 : D., 57, I, 519.

BALENSI I.

- Cass. soc., 8 décembre 1976 : Rev. soc. 1977, p. 251.
- Cass. com., 14 mars 1979 : Rev. soc. 1980, p. 304.
- Cass. com., 10 juillet 1978 : Rev. soc., 1979, p. 848.

BARBIÈRI J.-F.

- Cass. com., 6 octobre 1992 : Bull. Joly, décembre 1982, p. 1288.
- Cass. com., 4 juillet 1995 : Bull. Joly, novembre 1995, § 350, p. 968.
- Cass. crim., 6 février 1997 : Bull. Joly, avril 1997, p. 291.
- Cass. crim., 5 mai 1997 : Bull. Joly 1997, § 342, p. 953.
- Cass. crim., 27 octobre 1997 : Bull. Joly, janvier 1998, § 2, p. 11.
- Cass. crim., 9 juillet 1998 : Bull. Joly, décembre, 1998, 1257.
- Cass. civ., 6 octobre 1998 : Rev. soc., 1999, p. 115.
- Cass. com., 13 octobre 1999 : Bull. Joly, février 2000, § 34, p. 182.
- Cass. com., 17 décembre 2002 : Bull. Joly, mars 2003, § 56, p. 267.

- Cass. crim., 28 mai 2003 : Bull. Joly, novembre 2003, § 238, p. 1147.
- Cass. com., 8 octobre 2003 : Bull. Joly, janvier 2004, § 6, p. 54.
- Cass. crim., 28 janvier 2004 : Bull. Joly, juin 2004, § 171, p. 861.
- Cass. crim., 22 septembre 2004 : Bull. Joly, janvier 2005, § 6, p. 45.
- Cass. crim., 1^{er} décembre 2004 : Bull. Joly, avril 2005, § 100, p. 494.
- Cass. com., 14 février 2006 : Bull. Joly, juillet 2006, § 182, p. 897.
- CA. Paris., 10 mars 2006 : Bull. Joly, août-septembre 2006, § 205, p. 1001.
- CA Paris, 30 juin 2006 : Bull. Joly, décembre 2006, § 285, p. 1364.
- Cass. crim., 25 octobre 2006 : Bull. Joly, février 2007, § 47, p. 243.
- Cass. crim., 20 mars 2007 : Bull. Joly, août-septembre 2007, § 269, p. 953.
- Cass. com., 15 mai 2007 : Bull. Joly, octobre 2007, § 289, p. 1053.

BASTIAN D.

- CA Lyon, 21 mai 1951 : JCP, 1951.II.6547.

BERNARD N.

- TGI Compiègne, 22 décembre 1964, JCP, II, 1965, 14279.

BOIZARD M.

- CA Versailles, 15 mai 1985 : D., 1987, p. 404.

BOSVIEUX H.

- Trib. com. Seine, 24 juillet 1941 : JS, 1942, p. 127.

BOULOC B.

- Cass. crim., 16 février 1971 : Rev. soc., 1971, p. 418.
- Cass. crim., 8 décembre 1971 : Rev. soc., 1972, p. 514.
- Cass. crim., 9 mai 1973 : Rev. soc., 1973, p. 696.
- Cass. crim. 27 février 1978 : Rev. soc., 1978, p. 496.
- Cass. crim., 10 août 1981 : Rev. soc., 1983, p. 368.
- Cass. crim., 13 février 1989 : Rev. soc., 1989, p. 692, note avec C. Freyria.
- Cass. crim., 23 avril 1991 : Rev. soc., 1991, p. 785.
- Cass. crim., 30 septembre 1991 : Rev. soc., 1992, p. 356.
- Cass. crim., 22 avril 1992 : Rev. soc., 1993, p. 124.
- Cass. crim., 11 janvier 1996 : Rev. soc., 1996, 586.
- Cass. crim., 20 mars 1997 : Rev. soc., 1997, p. 581.
- Cass. crim., 5 mai 1997 : Rev. soc., janvier-mars 1998, p. 127.
- CA Paris, 19 mai 1998 : Rev. soc. 1998, § 355, p. 810.
- Cass. crim., 15 octobre 1998 : Rev. soc., 1999, p. 184.
- Cass. crim., 29 octobre 1998 : Rev. soc., 1999, p. 180.
- Cass. crim., 10 avril 2002 : Rev. soc., juillet-septembre 2002, p. 549.
- Cass. crim., 11 décembre 2002 : Rev. soc., 2003, p. 145.

BOUSQUET J.-Cl.

- CA Paris, 27 juin 1980 : D., 1981, 634.
- CA Paris, 21 janvier 1981 : D., 1983, IR, p. 69.
- CA Rouen, 19 novembre 1981 : D., 1983, IR, p. 71.

BOUZAT P.

- Trib. corr. Seine, 11 mai 1955 : RTDC, 1956, p. 149.
- Trib. corr. Seine, 14 novembre 1958 : D., 1959. 11240.

BRETON A.

- Cass. civ., 13 novembre 1984 : DS, 1985, p. 104.

BURGARD J.

- Cass. soc., 5 novembre 1982 : Rev. soc., 1983, p. 567.

CAUSSAIN J.- J.

- Cass. com., 23 juin 1987: JCP, 1987, E, I, 16959, n° 15, obs. avec A. Viandier.
- CA Paris, 17 septembre 1993 : JCP, 1994, I, 3795, n° 1, obs. avec A. Viandier.
- Cass. com., 7 octobre 1997: JCP E, 1997, I, 710, obs. avec A Viandier.

CHAMPAUD C.

- CA Paris, 7 octobre 1997 : RTDC, avril-juin, 1998, p. 350, obs. avec D. Danet.
- Cass. com., 15 septembre 2009 : RTDC, octobre-décembre 2009, n° 11, p. 756, avec D. Danet.

CHAPUT Y.

- Cass. soc., 7 juin 1974 : Rev. soc., 1975, p. 91.
- Cass. com., 25 mai 1993 : Bull. Joly, juillet 1993, § 221, p. 760.

CHILSTEIN D.

- Cass. crim., 3 octobre 2007 : Bull. Joly, janvier 2008, § 33, p. 134.

COURET A.

- CA Paris, 18 juin 1991: Bull. Joly, mars 1992, p. 227.
- CA Paris, 6 février 1998: Bull. Joly, avril 1998, § 114, p. 333.
- Cass. crim., 9 juillet 2002 : Bull. Joly, 2002, p. 939.
- Cass. com., 6 février 2007 : Bull. Joly, août-septembre 2007, § 279, p. 1007.
- CA Versailles, 16 juillet 2007, Bull. Joly, juillet 2007, § 236, p. 848.
- Cass. com., 30 septembre 2008 : Bull. Joly, mars 2009, § 53, p. 269.

DAIGRE J.-J.

- Cass. com., 10 décembre 1996 : Bull. Joly, avril 1997, § 124, p. 311.
- Cass. com., 21 janvier 1997 : JCP E, 1997, II, p. 965.
- CA Paris, 10 octobre 1997 : Bull. Joly, avril 1998, § 116, p. 338.
- CA Versailles, 23 octobre 1997 : Bull. Joly, 1998, p. 341.
- CA Rouen, 11 mai 2000 : Bull. Joly, janvier 2001, § 69, p. 254.
- Cass. com., 27 février 2001 : Bull. Joly, juin 2001, § 155, p. 614.

DALSACE A.

- CA Paris, 24 février 1954 : Rev. soc., 1954, p. 27.
- CA Besançon, 5 juin 1957, D., 1959, p. 605.
- Cass. com., 16 juin 1959 : D., 1959, p 414.
- CA Paris 24 octobre 1960 : D., 1961, p. 97.
- Cass. civ., 18 avril 1961 : S., 1961, p. 257.
- Cass. com., 7 juin 1963 : D., 1964, p. 308.
- CA Amiens, 1^{er} décembre 1966 : D. 1967, 234.
- Cass. crim., 8 mars 1967 : D., 1967, p. 586.
- Cass. com., 23 mai 1967 : D., 1968, 173, note A. Dalsace, Bull. civ.1968, III, p.191.

DANET D.

- CA Paris, 7 octobre 1997 : RTDC, avril-juin 1998, p. 350, obs. avec C. Champaud.
- Cass. com., 15 septembre 2009 : RTDC, octobre-décembre 2009, n° 11, p. 756, avec C. Champaud.

DELMAS-MARTY M.

- Trib. com. Seine, 16 mai 1974 : Gaz. Pal., 1974, 2, 886.
- Cass. crim., 25 novembre 1975 : JCP, 1976, n° 18476.

DEZEUZE E.

- Cass. crim., 6 septembre 2000, Bull. Joly, janvier 2001, § 19, p. 61.

DIDIER P.

- Cass. com., 2 mai 1983: Rev. soc., 1984, p. 775.

DIENER P.

- Cass. com., 9 juin 1976 : D. 1977, jur., p. 619.

DOM J.-Ph.

- Cass. soc., 4 mars 1997 : Bull. Joly, 1997, p. 661.

- Cass. com., 7 juillet 2004 : Bull. Joly, December 2004, § 300, p. 1510.

DONDERO B.

- Cass. com., 15 septembre 2009 : RTDC octobre/décembre 2009, n° 6, p. 768, avec P. Le Cannu.

DU PONTAVICE E.

- Cass. com., 2 juillet 1973 : Rev. soc., 1973, p. 662.

FORTIN D.

- Trib. corr. Rouen, 1^{er} juillet 1977 : D., 1978, p. 142.

FREYRIA C.

- Cass. crim., 13 février 1989 : Rev. soc., 1989, p. 692, note avec B. Bouloc.

GODON L.

- CA Paris, 4 juin 2003 : Bull. Joly, décembre 2003, § 273, p. 1315.

- Cass. com., 5 mai 2009 : Rev. soc., n° 4/2009, p. 807.

GORÉ F.

- CA Paris, 23 novembre 1955 : DS, 1956, p. 290.

GOYET C.

- Trib. com. Paris, 26 avril 1990 : RJC, janvier 1981, p. 35.

GRANIER Th.

- Cass. crim., 31 janvier 2007 : Bull. Joly, juin 2007, § 186, p. 686.

GROSCLAUDE L.

- CA Paris, 29 juin 2000 : Bull. Joly, décembre 2000, § 286, p. 1156.

- Cass. civ., 25 novembre 1998, Bull. Joly 1999, § 53, p. 294.

GUILBERTEAU M.

- CA Rouen, 19 novembre 1981 : Rev. soc., 1983, p. 347.

GUYÉNOT J.

- Cass. civ. 3^e, 29 novembre 1972 : Rev. soc., 1973, p. 660.

GUYON Y.

- Cass. com., 4 mars 1969 : JCP 1969, éd G. II, 15949.

- Cass. com., 12 novembre 1969 : JCP G, 1970, II, 16264.

- Cass. com., 2 juillet 1973 : D., 1973. 674.

- Cass. com., 22 juillet 1986 : Rev. soc., 1987, p. 46.

- Cass. com., 3 mars 1987 : Rev. soc., 1987, p. 266.

- Cass. com., 23 octobre 1990 : Rev. soc., 1991. 92.

- Cass. com., 14 décembre 1993 : JCP E, 1994, II 567.

- Cass. com., 9 février 1999 : arrêt « Château d'Yquem », JCP E, 1999, 724.

HALLOUIN J.-Cl.

- T. com., Paris, 2^e chambre, 20 juin 2006 : Bull. Joly, décembre 2006, § 294, p. 1434.

HÉMARD J.

- CA Paris, 30 mars 1977 : Rev. soc., 1977, p. 470.

HOUIN R.

- TGI Blida, civ., 24 avril 1963 : RTDC, 1964, p. 99.
- CA Montpellier, 28 novembre 1963 : RTDC, 1964, p. 344.
- Cass. com., 26 janvier 1965: RTDC, 1965, p. 624.
- Cass. com., 23 mai 1967: RTDC, 1967, p. 1085.
- Cass. com., 17 octobre 1967 : RTDC, 1968, n° 3, p. 90.
- Cass. com., 8 octobre 1973 : RTDC, 1974, n° 8, p. 296.
- Cass. com., 2 juillet 1974 : RTDC, 1975, p. 545.
- Cass. com., 24 février 1976 : RTDC, 1976, p. 542.

JEANTIN M.

- Cass. com., 13 décembre 1976 : DS, 1977, p. 375.
- Cass. com., 22 janvier 1991 : Bull. Joly, avril 1991, § 123, p. 389.

KEITA M.

- Cass. com., 24 février 1998 : JCP G, 1999, II, 10003.

LAMBERT

- CA Paris, 18 mars 1959 : Gaz. Pal., 1959.2, p. 6.

LE CANNU P.

- CA Paris, 23 octobre 1965 : JCP 1966. II. 14491.
- Cass. soc., 28 mars 1979 : Rev. soc., 1979, p. 819.
- Cass. soc., 12 février 1987 : Bull. Joly, mars 1987, § 179, p. 384.
- CA Paris, 11 juin 1987, p. 719.
- Cass. com., 4 octobre 1988: Bull. Joly, novembre 1988, § 276, p. 861.
- Cass. com., 30 mai 1989 : Bull. Joly, août-septembre 1989, § 258, p. 715.
- Cass. com., 24 avril 1990 : Bull. Joly, 1990, § 134, p. 511.
- Cass. com., 6 juin 1990 : Bull. Joly 1990, p. 782.
- CA Versailles, 12 mars 1991 : Bull. Joly, mai 1991, § 181, p. 525.
- CA Paris, 22 mars 1991 : Bull. Joly, mai 1991, § 177, p. 517.
- CA Paris, 26 septembre 1991 : Bull. Joly, novembre 1991, § 354, p. 1014.
- CA Versailles, 24 septembre 1992 : Bull. Joly, décembre 1992, § 418, p. 1294.
- Cass. com., 9 mars 1993: Bull. Joly, janvier 1993, § 152, p. 537.
- Cass. com., 4 octobre 1994 : Defrénois, 1995, n° 36017-2, p. 251.
- Cass. com., 18 octobre 1994 : Bull. Joly. décembre 1994, § 368, p. 1311.
- Cass. com., 4 juillet 1995 : Rev. soc. 1995, p. 504.
- Cass. com., 28 novembre 1995 : Bull. Joly, mars 1996, § 67, p. 204.
- Cass. com., 27 février 1996 : Bull. Joly, juin 1996, § 167, p. 492.
- Cass. com., 9 avril 1996: Bull. Joly, août-septembre 1996, § 241, p. 677.
- CA Versailles, 12 avril 1996 : Bull. Joly, août-septembre 1996, n° 239, p. 672.
- Cass. com., 6 mai 1996 : Bull. Joly, octobre 1997, § 286, p. 821.
- Cass. com., 1 octobre 1996 : Bull. Joly, février 1997, § 46, p.138.
- CA Versailles, 12^e ch., 2^e section, 27 février 1997 : Bull. Joly, juin 1997, § 220, p. 543, note avec M. Menjucq.
- Cass. com., 18 mars 1997 : Bull. Joly, juin 1997, § 218, p. 538.
- Cass. crim., 5 mai 1997 : Bull. Joly 1977, § 342, p. 953, note J.-F. Barbièri.
- Cass. civ. 3^e, 18 juin 1997 : Bull. Joly, novembre 1997, § 346, p. 968.
- Cass. com., 10 février 1998 : Bull. Joly, mai 1998, p. 521.

- Cass. com., 28 avril 1998 : Bull. Joly 1998, § 263, p. 808.
- Cass. com., 19 mai 1998: Bull. Joly, 1996, § 289, p 918.
- CA Paris, 20 mai 1998 : Bull. Joly, novembre 1998, § 331, p. 1159.
- Cass. com., 2 décembre 1998 : Bull. Joly, mai 1999, § 121, p. 565.
- Cass. com., 9 février 1999 : arrêt « Château d'Yquem », Rev. soc., janvier-mars 1999, p. 81.
- CA Paris, 28 mai 1999 : Bull. Joly, décembre 1999, § 286, p. 1228.
- Cass. com., 3 mai 2000, Bull. Joly, août – septembre 2000, § 198, p. 821.
- Cass. com., 11 juillet 2000 : Bull. Joly, janvier 2001, § 10, p. 34.
- Cass. com., 21 novembre 2000 : Bull. Joly, février 2001, § 46, p. 172.
- CA Versailles, 23 octobre 2002 : Bull. Joly, février 2003, § 45, p. 204.
- Cass. com., 20 mars 2007 ; Bull. Joly, octobre 2007, § 300, p. 105.
- Cass. soc., 11 juin 2008 ; Bull. Joly, janvier 2009, § 5, p. 25.
- Cass. com., 15 septembre 2009 : RTDC, octobre-décembre 2009, n° 6, p. 768, avec B. Dondero.

LECOURT A.

- Cass. com., 13 février 2007 : Bull. Joly, juin 2007, § 190, p. 697.
- CA Pau, 1^{ère} ch., 29 avril 2009: Bull. Joly, novembre 2009, § 194, p. 969.

LE NABASQUE H.

- Cass. com., 18 janvier 1993 : D. sociétés, 1993, n° 101, p. 15, note 4.
- Cass. com., 4 octobre 1994 : D., soc., 1994, n° 207.
- Cass. crim., 5 décembre 2001 : Bull. Joly, avril 2002, § 107, p. 492.
- CA Versailles, 2 avril 2002 : Bull. Joly, août-septembre 2002, § 207, p. 923.
- Cass. com., 20 mai 2003 : Bull. Joly, juillet 2003, § 167, p. 786.

LUCAS F.-X.

- Cass. com., 22 mai 2001 : Bull. Joly, octobre 2001, § 226, p. 988.

MASCALA C.

- Cass. crim., 15 septembre 1999 : Bull. Joly, janvier 2000, § 12, p. 65.

MATHEY N.

- Cass. com., 9 juin 2009, Rev. Soc., n° 4/2009, p. 781..

MEDINA A.

- Cass. crim., 1^{er} mars 2000 : Bull. Joly, juillet 2000, § 166, p. 710.

MENJUCQ M.

- CA Versailles, 12^e ch., 12^e section, 27 février 1997 : Bull. Joly, juin 1997, § 220, p. 543, note avec P. Le Cannu.
- Cass. com., 26 mai 1999 : Bull. Joly, octobre 1999, § 226, p. 962.

MERLE Ph.

- CA Besançon, 11 avril 2000 : BCNCC, 2000, p. 374.
- CA Caen, 14 avril 2000 : BCNCC, 2000, p. 202.

MOULY C.

- Cass. ch. mixte, 10 juillet 1981 : Rev. soc., 1982, p. 84.

OHL D.

- Cass. crim., 4 février 1985 : D., 1985, p. 478.

PETIT B.

- Cass. com., 24 janvier 1995 : RTDC, 1995, p. 622, obs. avec Y. Reinhard.
- Cass. com., 27 février 1996 : RTDC, 1996, p. 482, note avec Y. Reinhard.
- CA Paris, 16^o ch. B, 20 novembre 1998 : RTDC, 1999 145, obs. avec Y. Reinhard.
- Cass. com., 12 janvier 1999 : Bull. Joly, janvier 1999, § 96, p. 464.

PORACCHIA D.

- Cass. com., 20 février 2007 : Bull. Joly, août-septembre 2007, § 276, p. 989.
- Cass. soc., 8 juillet 2009 : Rev. soc., n^o 4/2009, p. 823.

PRIÉTO C.

- CA Versailles, 9 octobre 1997 : Bull. Joly, janvier 1998, § 12, p. 43.

PUTMAN E.

- CA Aix- en Provence, 27 janvier 1995 : Bull. Joly, avril 1995, § 103, p. 325.

REIGNE Ph.

- Cass. com., 9 mai 1990 : Bull. Joly, juillet 1990, § 177, p. 641.

REILLE F.

- CA Paris, 3^o ch., 1^{er} juillet 2008 : Bull. Joly, janvier 2009, § 12, p. 48..

REINHARD Y.

- Cass. com., 6 juin 1990 : RTDC, 1990, p. 592.
- CA Paris, 18 décembre 1990 : RTDC, 1991, p. 229.
- Cass. com., 24 janvier 1995 : RTDC, 1995, p. 622, obs. avec B. Petit.
- Cass. com., 27 février 1996, RTDC, 1996, p. 482, note avec B. Petit.
- CA Paris, 16^o ch. B, 20 novembre 1998 : RTDC, 1999, 145, obs. avec B. Petit.

ROBERT J.-H.

- Cass. crim., 4 avril 2001 : JCP E 2001, p.1817.
- Cass. crim., 23 mars 2005: La semaine juridique, éd. Entreprises et affaires, 1 septembre 2005, n^o 35, art. 1230, p. 1382.

SAINTOURENS B.

- Cass. com., 13 février 1996 : Bull. Joly, juin 1996, § 178, p. 523.
- CA Paris, 24 janvier 1997 : Bull. Joly, mars 1997, p. 405.
- CA Versailles, 12 septembre 2002 : Bull. Joly, janvier 2003, § 10, p. 57.
- Cass. com., 13 novembre 2003, n^o 1535 : Rev. soc., 2004, p. 97.
- Cass. com., 26 mai 2004 : Bull. Joly, novembre 2004, § 279, p. 1407.
- Cass. soc., 29 novembre 2006: Bull. Joly, avril 2007, § 128, p. 496.
- Cass. soc., 16 septembre 2008 : Bull. Joly, février 2009, § 29, p. 132.
- Cass. com., 7 juillet 2009, Rev soc., n^o 4/2009, p. 801.

SCHMIDT D.

- CA Paris, 25 janvier 1972, Rev. soc., 1972, p. 688.
- CA Paris, 3 juillet 1976 : Rev. soc., 1977, p. 465.
- Cass. com., 30 mai 1980 : Rev. soc., 1981, p. 311.
- CA Paris, 17 Octobre 2003 : Bull. Joly, février 2004, § 35, p. 224.

SCHOLER P.

- Cass. com., 3 mai 2000 : Bull. Joly, octobre 2000, § 241, p. 947.

STORCK M.

- Cass. com., 25 mars 2003 : Bull. Joly, juillet 2003, § 169, p. 803.

VASSEUR M.

- Cass. crim. 19 novembre 1979 : D.S., 1980, I.R., 379.

VIANDIER A.

- Cass. com., 23 juin 1987: JCP, 1987, E, I, 16959, n° 15, obs. avec J. J- Caussain.
- CA Paris, 17 septembre 1993 : JCP, 1994. I. 3795, n° 1, obs. avec J.-J. Caussain.
- Cass. com., 7 octobre 1997: JCP E, 1997, I, 710, obs. avec J.- J. Caussain.
- Cass. com., 18 juin 2002 : JCP E, 2002, n° 1556, p. 1728.

VIDAL D.

- Cass. com., 11 mars 2003 : Bull. Joly, 2003, § 145, p. 684.
- Cass. com., 11 octobre 2005 : Bull. Joly, avril 2006, § 98, p. 498.
- Cass. com., 14 février 2006: Bull. Joly, août-septembre 2006, § 204, p. 997 (Sté Gedinat).

YOUEGO C.

- Cass. civ., 12 décembre 2000 : JCP E, 2001, p. 2008.

DROIT AMÉRICAIN

Codes, normes et textes de lois américains^{*}

- Delaware Civil Statute of Limitations Laws, Limitations of actions, Titre 10, §§ 8101-8145, site Internet: "www.delcode.delaware.gov.", 19 pages, visité le 18 avril 2009; (An).
- Delaware Corporation Laws Annotated, LexisNexis, Matthew Bender & Company, Inc., Virginia, USA, 2007, éd. 2007-2008, 526 pages; (An).
- Delaware Criminal Statute of Limitations Laws, Titre 1, §§ 201- 284, site Internet: "www.delcode.delaware.gov.", 17 pages, visité le 1 avril 2009; (An).
- International Accounting Standards-IAS 24, related party disclosure, IASCF, 9 pages; (An).
- Restatement (Second) of Contracts, American Law Institute, § 1- § 371, 1981.
- Revised Model Business Corporations Act, §§ 2.25 du chapitre 1 de Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corporations, West, 2004, 99 pages; (An).
- Sarbanes-Oxley Act, 2002, Asknam Books & Databases, §§ 402-403, site Internet: www.Asknam.com ; (An).
- Statement of Financial Accounting Standards, n° 6: Disclosure of related parties transactions, 15 juin 1985, FASC, Texas, 1985, 4 pages; (An).
- The American Law Institute - Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, 2 volumes: vol. 1, parties I-VI, §§ 1.01 -6.02, 432 pages; vol. 2, partie VII, §§ 7.01-7.25, American Law Institute Publ., 1994, 477 pages; (An).

* Nous avons estimé qu'il serait utile d'énumérer les références aux textes de lois, standards et textes assimilés que nous avons consultés en droit américain, parce que ces références ne sont pas nécessairement facilement disponibles.

Traité et manuels

- BARRY E., ABBAS A. N., International Accounting Standards (IAS), Interpretation and Application of Accounting Standards, 1999, éd. John Wiley and Sons Inc.; (An).
- CHOPER J., EISENBERG M., Corporations, Gilbert Law Summaries, , 14^e éd., Harcourt Brace Legal and Professional Publications Inc., USA, 1996, 282 pages; (An).
- CHOPER J., Corporations I, Printemps 2000, “Contracts with Interested Directors”, site Internet: www.thattechnicalbookstore.com, 71 pages; (An).
- EISENBERG M., Contracts, Gilbert Law Summaries, 13^e éd., Harcourt Professional Education Group, Inc., Chicago, Illinois, USA, 2000, 332 pages; (An).
- EMANUEL S., Corporations, 3^e éd., Emanuel Publishing Corp., New York, USA, 1997, 646 pages; (An).
- EPSTEIN B., JERMAKOWICZ E., Interpretation and Application of International Financial Reporting Standards (IFRS), 2007, John Wiley & Sons, Inc., 1211 pages; (An).
- FREY A., CHOPER J., LEECH N., MORRIS C. Jr., Cases and Materials on Corporations, 2^e éd. Little, Brown and Company, Boston et Toronto, 1977, 1337 pages; (An).
- FULLER L., EISENBERG M., Basic Contract Law, West Publishing Co., Minnesota, USA 1972, 1043 pages; (An).
- HENN H., ALEXANDER J., Laws of Corporations and Other Business Enterprises, 3^e éd., West Group, Minnesota, USA, 1983, 1371 pages; (An).
- KNEPPER W. et BAILEY D., Liability of Corporate Officers and Directors, 7^e éd., 2 volumes: vol. 1: §§ 1.01-15.14; vol. 2, §§ 16.01 - 27.11 + Annexes A à G, LexisNexis, Mathew Bender & Company Inc, USA, 2006; (An).
- LEPARGNEUR H., Les sociétés commerciales aux Etats-Unis d'Amérique, Dalloz 1951, 360 pages; (F).
- MILLER M., Generally Accepted Accounting Principles, (GAAP), 1987, éd. Harcourt Brace Jovanovich, Inc.
- NEWTON C., General Principles of Law, Sweet & Maxwell, London, 1972, 339 pages; (An).
- SCHWARTZ B., GOODMAN A., Corporate Governance: Law and Practice, 2 volumes; vol 1: §§1-12; vol 2: §§ 13-16, LexisNexis, 2008; (An).
- SIMPSON L., Handbook of the Law of Contracts, West publishing Co., 2^e éd, 1965, 510 pages; (An).
- SODERQUIST L., SMIDDY L., CUNNINGHAM L., Corporations and Other Business Organizations: Cases, Materials, Problems; 6^e éd., LexisNexis, 2005; 1090 pages + TC1 - TC7 (7 pages) + I1-I11 (11 pages), (An).
- SOLOMON L., PALMITER A., Corporations, 3^e éd., Aspen Law & Business, New York, USA, 1999, 667 pages; (An).
- STEVENS R., Handbook on the Law of Private Corporations, 2^e éd., West Publishing Co, Minnesota, USA, 1949, 1125 pages; (An).
- TUNC A., Le droit américain des sociétés anonymes, Collection Etudes juridiques comparatives, Economica, Paris, 1985, 332 pages; (F).

Articles, conférences

- AKIN GRUMP, STRAUSS HAUER & FELD LLP, Corporate Governance Alert, Loans to officers and directors prohibited immediately, site Internet: "www.Akingrump.com", 2 août 2002; (An).
- BAR B., Challenge to Compensation of Viacom Officials Proceeds, www.law.com, 27 Juin 2006; (An).
- BEVERIDGE N.P., Interested Directors Contracts at Common Law, Validation under the doctrine of constructive fraud, Loyola of Los Angeles Law Review, volume 33, November 1999, pp. 97-131, 35 pages; (An).
- DESCHEEMAER P., Nouvelle régulation internationale des sociétés cotées : les principales dispositions du Sarbanes – Oxley Act of 2002, Bull-Joly, janvier 2003 ; (F).
- FULLBRIGHT & JAWOSKI, LLP, Corporate Update, "SEC Proposes New Rules Governing Executive Compensation Disclosure and Corporate Governance matters"; mars 2006; (An).
- LENSON T., Private Company Directors beware, some business judgment rule protections lost with Trace, Stroock special bulletin, 15 juillet 2003; (An).
- MORRISON & FORESTER LLP, Boardroom Best Practices Are Changing; the need to demonstrate "Good Faith": site Internet:"library.Findlaw.com/2003/Sept/26/33075.html"; (An).
- STONE A., WEINER P., Advancing Litigation Expenses for Corporate Officers and Directors, LexisNexis, Marthindale & Hubble, Legal Articles, 2 mai 2003, 10 pages ; (An).
- SUTHERLAND, ASHILL, BRENNAN LLP, Prohibition on personal Loans to Directors and Executive Officers of Public Companies, 8 octobre, 2002; (An).

DICTIONNAIRES JURIDIQUES

- NAJJAR I., BADAOUI A.Z., CHELALAH Y., Nouveau Dictionnaire Juridique, Librairie du Liban, 2006, 784 pages ; (F-Ar, Ar-F).
- GUILLIEN R., VINCENT J., Lexique de termes juridiques, 9^e éd., Dalloz, 1993, 565 pages ; (F-F).
- CORNU G., Association H. Capitant, Vocabulaire Juridique, 6^e éd., PUF, 2004, 968 pages; (F-F).
- BALLENTINE J. Law Dictionary, 3^e éd. par W.S. Anderson, Lawyers Cooperative Publishing, New York, USA, 1969, 1429 pages; (An-An).
- CURZON L.B., A Dictionary of Law, McDonald & Evans Ltd., GB 1979, 375 pages ; (An-An).
- BLACK'S Law Dictionary, 7^e éd., West Publishing Co., USA, 1999, 1738 pages; (An-An).
- DHUICQ B., FRISON D., Dictionnaire de l'anglais juridique, Langues pour tous, Business Management Series, 2004, 652 pages ; (An-F ; F-An).

LISTE CHRONOLOGIQUE DE JURISPRUDENCE

DROIT LIBANAIS

- TPI. com. Beyrouth, déc. n° 1462, 13 mai 1963: inédit, cité dans Gh. Mahmassani, Les contrats des administrateurs de sociétés anonymes avec leurs sociétés suivant l'art. 158 nouveau du Code de commerce libanais, POEJ n° 6, janvier-avril 1969, p. 60.
- TPI. com. Beyrouth, déc. n° 840, 25 novembre 1963: RJL, 1963, p. 1213.
- CA Beyrouth, 4 mars 1965 : RJL, 1965, p. 894.
- TPI Beyrouth, 22 juillet 1965: RJL, 1965, p. 640.
- Bureau exécutif, Beyrouth, déc. n° 123, 2 juillet 1966 : RJL, janvier 1966, p. 778.
- CA Beyrouth, arrêt n° 1479, 5 décembre 1969 : Al Adl, 1970, n° 427, p. 725.
- Cass. civ., déc. n° 133 , 17 décembre 1969: Al Adl, juillet-août-septembre 1970, n° 275, p. 441.
- TPI com. Beyrouth, n° 416/653, 8 octobre 1970 : Hatem, n° 131, p. 43.
- CA Beyrouth, arrêt n° 969, 23 octobre 1995: RJL, 1996, p. 1132.
- Cass. civ., 3^e ch., 15 mai 1996 : RJL, 1996, n° 1077, p. 18.

DROIT FRANÇAIS

- Cass. crim., 8 août 1845 : D., 1845. I. 364.
- CA Bordeaux, 20 novembre 1865 : S., 1966, II, 119.
- Cass. crim., 4 juin 1886 : S., 1887. I. 87.
- Cass. com., 8 mai 1903 : S., 1905, I, 153.
- Trib. com. Seine : 21 mai 1904 : Journal des sociétés, 1905, p. 186.
- CA Rennes, 6 avril 1905 : Journal des sociétés, 1906, p. 107.
- CA Paris, 31 juillet 1911 : Journal des sociétés, 1912, p. 148.
- Cass. req., 22 décembre 1913 : Journal des sociétés, 1914, art. 2364, p. 352.
- CA Lyon, 15 mars 1928 : Journal des sociétés, 1929, p. 202.
- Trib. com. Seine, 24 juillet 1941: JS, 1942, p. 127, note H. Bosvieux.
- Trib. corr. Nice, 8 mai 1944 : Gaz. Pal, 11 juillet 1944, Journal des sociétés, 1945, p. 120.
- Trib. corr. Seine, 15 février 1950 : Rev. soc., 1950, p. 304.
- Trib. com. Lyon, 4 janvier 1951 : Journal des sociétés, 1954, art. 5836, p. 230.
- CA Lyon, 21 mai 1951 : JCP, 1951, II, 6547, note D. Bastian.
- CA Paris, 9 janvier 1952 : Journal des sociétés, 1956, p. 297.
- CA Paris, 24 février 1954 : Rev. soc., 1954, p. 27, note A. Dalsace ; R. Houin, Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale, Tome 2, Sirey 1962, n° 73, p. 245, note J. Noirel.
- Trib. corr. Seine, 4 avril 1955 : Rev. soc., 1957, p. 83, note J. Autesserre.
- Trib. corr. Seine, 11 mai 1955 : RTDC, 1956, p. 149, note P. Bouzat.
- CA Paris, 23 novembre 1955 : Dalloz- Sirey, 1956, p. 290, note F. Goré.
- Trib. corr. Seine, 13 décembre 1955 : D., 1957, 519, note J. Autesserre.
- Trib. civ. Béthune, 14 décembre 1955 : RTDC, 1957, p. 132.

- CA Besançon, 5 juin 1957 : D., 1959, 605, note A. Dalsace.
- Trib. corr. Seine, 14 novembre 1958: D., 1959, 11240, note P. Bouzat.
- CA Paris, 18 mars 1959 : Gaz. Pal., 1959, 2, p. 6, note Lambert.
- CA Paris, 6 juin 1959 : Journal des sociétés, 1959, p. 325.
- Cass. com., 16 juin 1959 : D., 1959, p. 414, note A. Dalsace.
- CA Paris, 24 octobre 1960 : D., 1961, 97, note A. Dalsace.
- Cass.com., 9 mars 1961 : RTDC, 1961, n° 3, p. 628.
- Cass. civ., 18 avril 1961 : S. 1961, 257, note A. Dalsace.
- CA Paris, 9 mai 1961 : D., 1962, somm., p. 26.
- Cass. com., 7 juin 1961: Bull. civ., 1961, IV, n° 259, p. 223.
- CA Paris, 30 juin 1961 : D., 1962, p. 393.
- TGI Blida., 24 avril 1963 : RTDC, 1964, n° 3, p. 99, obs. R. Houin.
- Cass. com., 7 juin 1963 : D., 1964, p. 308, note A. Dalsace.
- Trib. corr. Seine, 13 juillet 1963 : Gaz. Pal., 1963, 2, 325.
- Trib. corr. Seine, 31 octobre 1963 : Gaz. Pal., 1964, I, 173.
- Cass. crim., 5 novembre 1963 : Bull. crim., 1963, n° 307.
- CA Montpellier, 28 novembre 1963 : RTDC, 1964, p. 344, obs. R. Houin.
- Cass. com., 11 décembre 1963 : JCP, 1964, II, 13873, note E. Alfandari.
- CA Paris, 15 janvier 1964 : Gaz Pal., 1964, I, p. 293.
- CA Paris, 13 juin 1964 : D., 1965, p. 398.
- Cass. com., 21 juillet 1964 : Journal des sociétés, 1965, art. 7026, p. 13.
- TGI Compiègne, 22 décembre 1964 : JCP, 1965, II, 14279, note N. Bernard.
- Cass. com., 26 janvier 1965 : RTDC, 1965, p. 624, note R. Houin.
- CA Paris, 23 octobre 1965 : JCP, 1966, II, 14491, note P. Le Cannu.
- CA Paris, 26 mars 1966 : D. 1966, somm. p. 103.
- CA Amiens, 1^{er} décembre 1966 : D., 1967, p. 234, note A. Dalsace.
- Cass. com., 22 février 1967 : JCP, 1967, II, 15144.
- Cass. crim., 8 mars 1967 : D., 1967, p. 586, note A. Dalsace.
- CA Rennes, 15 mars 1967 : JCP, 1967, II, n° 15204.
- Cass. crim., 3 mai 1967 : Bull. crim., 1967, n° 148, p. 350.
- Cass. com., 23 mai 1967 : D., 1968, 173, note A. Dalsace ; Bull. civ., 1968, III, p. 191; RTDC, 1967, p. 1085, note R. Houin.
- Cass. com., 17 octobre 1967 : RTDC, 1968, n° 3, p.90, note R. Houin.
- Cass. crim., 7 décembre 1967 : Bull. crim., 1967, n° 321, p. 752.
- Cass. com., 23 janvier 1968 : Bull. civ., 1968, IV, n° 38, p. 28.
- Cass. crim., 7 mars 1968 : Bull. crim., 1968, n° 80, p. 189.
- Trib. corr. Seine, 26 novembre 1968 : Gaz. Pal., 1969, 1, p. 308.
- Cass. com., 4 mars 1969 : JCP G, 1969, II, 15949, note Y. Guyon.
- Cass. crim., 6 mai 1969 : Bull. crim., 1969, p. 151.
- Cass. com., 12 novembre 1969 : JCP G, 1970, II, 16264, note Y. Guyon.
- Cass. com., 22 mai 1970 : Rev. soc., 1971, p. 51.
- Cass. com., 1 juin 1970 : Rev. soc., 1971, p. 57.
- Cass. crim., 16 février 1971 : Rev. soc., 1971, p. 418, note B. Bouloc.
- Cass. crim., 8 décembre 1971 : Rev. soc., 1972, p. 514, note B. Bouloc.
- CA Paris, 25 janvier 1972 : Rev. soc., 1972, p. 688, note D. Schmidt.
- CA Paris, 10 mai 1972, Bull. Joly, 1972, § 237, p. 502.

- Cass. civ., 3^e ch., 29 novembre 1972 : Rev. soc., 1973, p. 660, note J. Guyénot.
- Cass. soc., 29 mars 1973 : Rev. soc., 1974, p. 117.
- Cass. crim., 9 mai 1973 : Rev. soc., 1973, p. 696, note B. Bouloc.
- Cass. com., 2 juillet 1973 : Rev. soc., 1973, p. 662, note E. du Pontavice.
- Cass. com., 8 octobre 1973 : RTDC, 1974, n° 8, p. 296, note R. Houin.
- Cass. com., 28 janvier 1974 : Bull. civ., IV, n° 33, p. 26.
- TGI Paris, 11^e ch, 16 mai 1976 : D., 1975, p. 37.
- Trib. corr. Seine, 16 mai 1974 : Gaz. Pal., 1974, 2, p. 886.
- Trib. corr. Paris, 16 mai 1974 : Ph. Merle et E. Chevalier Merle, L'application jurisprudentielle de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, Dalloz 1976, n° 389, p. 453.
- Cass. soc., 7 juin 1974 : Rev. soc., 1975, p. 91, note Y. Chartier.
- Cass. com., 2 juillet 1974 : RTDC, 1975, p. 545, obs. R. Houin.
- Cass. com., 21 octobre 1974 : Bull. civ., IV, n° 257.
- CA Reims, 10 novembre 1975 : JCP G, 1976, IV, p. 338 ; RTDC, 1976, p. 142.
- Cass. crim., 25 novembre 1975 : JCP, 1976, n° 18476, note M. Delmas-Marty.
- Cass. crim., 16 décembre 1975 : JCP, 1976, II, n° 18476, note M. Delmas-Marty.
- Cass. com., 24 février 1976 : RTDC, 1976, p. 542, obs. R. Houin.
- Trib. com. Paris, 26 mars 1976 : RTDC, 1977, n° 31, p. 544.
- Cass. com., 9 juin 1976 : D., 1977, jur, p. 619, note P. Diener.
- Cass. com., 22 juin 1976 : D., 1977, jur., p. 619, note P. Diener.
- CA Paris, 3 juillet 1976 : Rev. soc., 1977, p. 465, note D. Schmidt.
- Cass. soc., 8 décembre 1976 : Rev. soc., 1977, p. 251, note I. Balensi.
- Cass. com., 13 décembre 1976 : D., 1977, p. 375, note M. Jeantin.
- Cass. com., 7 mars 1977: Bull. civ., IV, n° 70, p. 61.
- CA Paris, 30 mars 1977: Rev. soc., 1977, p. 470, note J. Hémard.
- Cass. com., 21 avril 1977 : RTDC, 1977, n° 29, p. 542.
- T. corr. Rouen, 1^{er} juillet 1977 : D., 1978, p. 142, note D. Fortin.
- CA. Paris, 18 octobre 1977, Bull. Joly, 1977, § 324, p. 663.
- Cass. com., 22 novembre 1977: Bull. civ., IV, n° 276, p. 234.
- Cass. crim., 27 février 1978 : Rev. soc., 1978, p. 496, note B. Bouloc.
- Cass. crim., 12 juin 1978: Bull. crim., n° 189, p. 473.
- Cass. com., 10 juillet 1978 : Rev. soc., 1979, p. 848, note I. Balensi.
- Cass. com., 14 mars 1979 : Rev. soc., 1980, p. 304, note I. Balensi.
- Cass. soc., 28 mars 1979 : Rev. soc., 1979, p. 819, note P. Le Cannu.
- Cass. crim., 19 novembre 1979 : DS, 1980, IR., p. 379, obs. M. Vasseur.
- Cass. com., 30 mai 1980 : Rev. soc., 1981, p. 311, note D. Schmidt.
- CA Paris, 27 juin 1980 : D., 1981, p. 634, note J.- Cl. Bousquet.
- Cass. com., 7 juillet 1980: Bull. civ., IV, n° 287, p. 234.
- Cass. crim., 12 janvier 1981 : JCP, 1981, n° 19660.
- CA Paris, 21 janvier 1981 : D., 1983, IR, p. 69, note J.-Cl. Bousquet.
- Cass. ch. mixte, 10 juillet 1981 : Rev. soc., 1982, p. 84, note C. Mouly.
- Cass. crim., 15 juillet 1981 : Bull. Joly, 1981, § 414, p. 840.
- Cass. crim., 10 août 1981 : Rev. soc., 1983, p. 368, note B. Bouloc.
- CA Rouen, 19 novembre 1981 : Rev. soc., 1983, p. 347, note M. Guilberteaud; D., 1983, IR, p. 71, obs. J.- Cl Bousquet.

- Cass. soc., 5 novembre 1982 : Bull. Joly, Janvier 1983, § 66, p. 172 ; Rev. soc., 1983, p. 567, note J. Burgard.
- Cass. com., 2 mai 1983 : Rev. soc., 1984, p. 775, note P. Didier.
- Cass. com., 16 novembre 1983 : Bull. civ., 1983, n° 312, p. 270.
- Cass. civ., 13 novembre 1984 : DS, 1985, p. 104, note A. Breton.
- Cass. crim., 4 février 1985 : D., 1985, p. 478, note D. Ohl
- CA Versailles, 15 mai 1985, D., 1987, p. 404, note M. Boizard.
- Cass. com., 2 juillet 1985 : Bull. Joly, juillet-août 1985, § 318, p. 962.
- Cass. com., 23 juillet 1985 : Bull. Joly, juillet-août 1985, § 290, p. 863.
- CA Paris, 24 juin 1986 : Bull. Joly, juillet-août 1986, § 225, p. 760.
- Cass. com., 22 juillet 1986 : Rev. soc., 1987, p. 46, note Y. Guyon.
- Cass. crim., 17 novembre 1986 : Bull. crim., 1986, n° 342, p. 875.
- Cass. soc., 12 février 1987 : Bull. Joly, mars 1987, § 179, p. 384, note P. Le Cannu.
- Cass. com., 3 mars 1987 : Rev. soc., 1987, p. 266, note Y. Guyon.
- Cass. com., 23 juin 1987: JCP E, 1987, I, 16959, n° 15, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain.
- Cass. com., 28 juin 1988 : Bull. Joly, juillet-août-septembre 1988, p. 688.
- Cass. com., 4 octobre 1988: Bull. Joly, novembre 1988, § 276, p. 861, note P. Le Cannu.
- Cass. com., 29 novembre 1988 : Bull. civ., 1988, IV, n° 331, p. 222.
- Cass. crim., 13 février 1989 : Rev. soc., 1989, p. 692, note B. Bouloc et C. Freyria.
- Cass. com., 30 mai 1989 : Bull. Joly, août-septembre 1989, § 258, p. 715, note P. Le Cannu.
- CA Paris, 15 février 1990 : D., 1990, IR, p. 80.
- Cass. com., 24 avril 1990 : Bull. Joly, janvier 1990, § 134, p. 511, note P. le Cannu.
- T. com. Paris, 26 avril 1990 : RJC, janvier 1991, p. 35, note C. Goyet.
- Cass. com., 9 mai 1990 : Bull. Joly, juillet 1990, § 177, p. 641, note Ph. Reigne.
- Cass. com., 6 juin 1990 : RTDC, 1990, p. 592, obs. Y. Reinhard; Bull. Joly, 1990, p. 782, note. P. Le Cannu.
- CA Versailles, 28 juin 1990 : Bull. Joly, octobre 1990, § 269 p. 876.
- Cass. com., 23 octobre 1990 : Rev. soc., 1991. p. 92, note Y. Guyon.
- CA Paris, 18 décembre 1990 : RTDC, 1991, p. 229, obs. Y. Reinhard.
- Cass. com., 22 janvier 1991 : Bull. Joly, avril 1991, § 123, p. 389, note M. Jeantin.
- CA Versailles, 12 mars 1991 : Bull. Joly, mai 1991, § 181, p. 525, note P. Le Cannu.
- CA Versailles, 14 mars 1991 : Bull. Joly, mai 1991, § 222 p. 629.
- CA Paris, 22 mars 1991 : Bull. Joly, mai 1991, § 177, p. 517, note P. Le Cannu.
- CA Paris, 4 avril 1991 : BCNCC, n° 82-1991, p. 231.
- Cass. crim., 23 avril 1991 : Rev. soc., 1991, p. 785, note B. Bouloc.
- CA Paris, 18 juin 1991, Bull. Joly, mars 1992, p. 277, note A. Couret.
- CA Paris, 26 septembre 1991 : Bull. Joly, novembre 1991, § 354, p. 1014, note P. Le Cannu.
- Cass. crim., 30 septembre 1991 : Rev. soc., 1992, p. 356, note B. Bouloc.
- Cass. crim., 9 décembre 1991 : Rev. soc., 1992, p. 358.
- Cass. crim., 3 février 1992 : Gaz. Pal., 1992, II, p. 687.
- CA Versailles, 24 septembre 1992 : Bull. Joly, décembre 1992, § 418, p. 1294, note P. Le Cannu.

- Cass. com., 6 octobre 1992 : Bull. Joly, décembre 1992, p. 1288, note J.-F. Barbièri.
- Cass. com., 18 janvier 1993 : D. sociétés, 1993, n° 101, p. 15, note H. Le Nabasque.
- CA Paris, 22 janvier 1993, D., 1993 : IR, p. 124 ; RJDA, 1993/7, n° 626.
- Cass. com., 9 mars 1993: Bull. Joly, janvier 1993, § 152, p. 537, note P. Le Cannu.
- Cass. com., 25 mai 1993 : Bull. Joly, juillet 1993, § 221, p. 760, note Y. Chaput.
- Cass. com., 15 juin 1993 : Bull. Joly, juillet 1993, § 252, p. 868.
- CA Paris, 17 septembre 1993 : JCP, 1994, 1, 3795, n° 1, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain.
- Cass. com., 14 décembre 1993 : JCP E, 1994, II, p. 567, note Y. Guyon.
- Cass. crim., 26 mai 1994 : Bull. crim., 1994, n° 206, p. 482
- Cass. com., 4 octobre 1994 : Defrénois, 1995, n° 36017-2, p. 251, note P. Le Cannu.
- Cass. com., 18 octobre 1994 ; Bull. Joly, décembre 1994, § 368, p. 1311, note P. Le Cannu.
- CA Paris, 3^e ch., 29 novembre 1994 : Bull. Joly, février 1995, § 47, p. 177.
- Cass. com., 24 janvier 1995 : RTDC, 1995, p. 622, obs. B. Petit et Y. Reinhard.
- CA Aix- en Provence, 27 janvier 1995 : Bull. Joly, avril 1995, § 103, p. 325, note E. Putman.
- Cass. com., 4 juillet 1995 : Bull. Joly, novembre 1995, § 350, p. 968, note J.-F. Barbièri ; Rev. soc., 1995, p. 504, note P. Le Cannu.
- Cass. com., 28 novembre 1995 : Bull. Joly, mars 1996, § 67, p. 204, note P. Le Cannu.
- Cass. crim., 11 janvier 1996 : Rev. soc., 1996, p. 586, note B. Bouloc.
- Cass. com., 13 février 1996 : Bull. Joly, juin 1996, § 178, p. 523, note B. Saintourens.
- Cass. com., 27 février 1996 : Bull. Joly, juin 1996, § 167, p. 492, note P. Le Cannu ; RTDC, 1996, p. 482, note B. Petit et Y. Reinhard.
- Cass. soc., 20 mars 1996 : RJDA 1996, p. 669.
- Cass. com., 9 avril 1996: Bull. Joly, août-septembre 1996, § 241, p. 677, note P. Le Cannu.
- CA Versailles, 12 avril 1996 : Bull. Joly, août-septembre 1996, § 239, p. 672, note P. Le Cannu.
- Cass. com., 6 mai 1996 : Bull. Joly, octobre 1996, § 286, p. 821, note P. Le Cannu.
- Cass. com., 25 juin 1996 : Bull. civ., 1996, n° 190, p. 162.
- CA Paris, 25 septembre 1996: JCP E, 1996, p. 436.
- Cass. com., 1 octobre 1996 : Bull. Joly, février 1997, § 46, p. 138, note P. Le Cannu.
- Cass. com., 10 décembre 1996 : Bull. Joly, avril 1997, § 124, p. 311, note J.-J. Daigre.
- Cass. com., 21 janvier 1997 : JCP E, 1997, II, 965, note J.-J. Daigre.
- CA Paris, 24 janvier 1997 : Bull. Joly, mars 1997, p. 405, note B. Saintourens.
- CA Versailles, 12^e ch., 2^e section, 27 janvier 1997 : Bull. Joly, juin 1997, § 220, p. 543, note P. Le Cannu et M. Menjucq.
- Cass. soc., 4 mars 1997 : Bull. Joly, 1997, p. 661, note J.-Ph. Dom.
- Cass. com., 18 mars 1997 : Bull. Joly, juin 1997, § 218, p. 538, note P. Le Cannu.
- Cass. crim., 20 mars 1997 : Rev. soc., juin 1997, p. 581, obs. B. Bouloc.
- Cass. crim., 5 mai 1997 : Rev. soc., janvier-mars 1998, p. 127, note B. Bouloc ; Bull. Joly, 1997, § 342, p. 953, note J.-F. Barbièri.
- Cass. civ. 3^e, 18 juin 1997 : Bull. Joly, novembre 1997, § 346, p. 968, note P. Le Cannu.

- CA Paris, 7 octobre 1997 : RTDC, avril-juin 1998, p. 350, obs. C. Champaud et D. Danet.
- Cass. com., 7 octobre 1997: JCP E, 1997, I, 710, obs. A Viandier et J.- J. Caussain.
- CA Versailles, 9 octobre 1997 : Bull. Joly, janvier 1998, § 12, p. 43, note C. Priéto.
- CA Paris, 10 octobre 1997 : Bull. Joly, avril 1998, § 116, p. 338, note J.-J. Daigre.
- CA Versailles, 23 octobre 1997 : Bull. Joly, 1998, § 117, p. 340, note P. Le Cannu.
- Cass. crim., 27 octobre 1997 : Bull. Joly, janvier 1998, § 2, p. 11, note J.-F. Barbièri.
- CA Paris, 6 février 1998 : Bull. Joly, avril 1998, § 114, p. 333, note A. Couret.
- Cass. com., 10 février 1998 : Bull. Joly, mai 1998, § 168, p. 521, note P. Le Cannu.
- Cass. com., 24 février 1998 : JCP G, 1999, II, 10003, note M. Keita.
- Cass. com., 28 avril 1998 : Bull. Joly, 1998, § 263, p. 808, note P. Le Cannu.
- CA Paris, 19 mai 1998 : Rev. soc., 1998, § 355, p. 810, note B. Bouloc.
- Cass. com., 19 mai 1998 : Bull. Joly, 1998, § 289, p. 918.
- CA Paris, 20 mai 1998 : Bull. Joly, novembre 1998, § 355, p. 1159, note P. Le Cannu.
- Cass. crim., 9 juillet 1998 : Bull. Joly, décembre 1998, p. 1257, note J.-F. Barbièri.
- Cass. civ., 6 octobre 1998 : Rev. soc., 1999, p. 115, note J.-F. Barbièri.
- Cass. crim., 15 octobre 1998 : Rev. soc., 1999, p. 184, note B. Bouloc.
- Cass. com., 21 octobre 1998, Bull. civ., 1998, n° 203, p. 135.
- Cass. crim., 29 octobre 1998 : Rev. soc., 1999, p. 180, note B. Bouloc.
- CA Paris, 16^o ch. B, 20 novembre 1998 : RTDC, 1999, p. 145, obs. B. Petit et Y. Reinhard.
- Cass. civ., 25 novembre 1998 : Bull. Joly, 1999, § 53, p. 294, note L. Grosclaude, consulté le 13 juillet 2010.
- Cass. civ., 2 décembre 1998 : Bull. Joly, mai 1999, § 121, p. 565, note P. Le Cannu.
- Cass. com., 12 janvier 1999 : Bull. Joly, janvier 1999, § 96, p. 464.
- Cass. soc., 14 janvier 1999 : Bull. Joly, juin 1999, § 144, p. 655.
- Cass. soc., 27 janvier 1999 : recherche sur internet, site www.Légifrance.gouv.fr, « mini groupe de sociétés », consulté le 9 novembre 2009.
- Cass. com., 9 février 1999 : arrêt « Château d'Yquem », Rev. soc., janvier-mars, 1999, p. 81, note P. Le Cannu; JCP E, 1999, p. 724, note Y. Guyon.
- Trib. com. Paris, 12 février 1999 : Bull.-Joly, 1991, p. 592.
- Cass. com., 26 mai 1999 : Bull. Joly, octobre 1999, § 226, p. 962, note M. Menjucq.
- CA Paris, 28 mai 1999 : Bull. Joly, décembre 1999, § 286, p. 1228, note P. Le Cannu.
- Cass. crim., 15 septembre 1999 : Bull. Joly, janvier 2000, § 12, p. 65, note C. Mascala.
- Cass. com., 5 octobre 1999: RTDC, 1999, p. 128.
- Cass. com., 13 octobre 1999 : Bull. Joly, février 2000, § 34, p. 182, note J.-F. Barbièri.
- Cass. crim., 1^{er} mars 2000 : Bull. Joly, juillet 2000, § 166, p. 710, note A. Médina.
- CA Besançon, 11 avril 2000 : BCNCC, 2000, 374, note Ph. Merle.
- CA Caen, 14 avril 2000 : BCNCC, 2000, 202, note Ph. Merle.
- Cass. crim., 27 avril 2000 : Bull. Joly, juillet 2000, § 264, p. 1062.
- Cass. com., 3 mai 2000, Bull. Joly, août – septembre 2000, § 198, p. 821, note. P. Le Cannu.
- Cass. com., 3 mai 2000 : Bull. Joly, octobre 2000, § 241, p. 947, note P. Scholer.
- CA Rouen, 11 mai 2000 : Bull. Joly, janvier 2001. § 69, p. 254, note J.-J. Daigre.
- CA Paris, 29 juin 2000 : Bull. Joly, décembre 2000, § 286, p. 1156, note L. Grosclaude.
- Cass. com., 11 juillet 2000 : Bull. Joly, janvier 2001, § 10, p. 34, note P. Le Cannu.

- Cass. crim., 6 septembre 2000, Bull. Joly, janvier 2001, § 19, p. 61, note E. Dezeuze.
- Cass. com., 21 novembre 2000 : Bull. Joly, février 2001, § 46, p. 172, note P. Le Cannu.
- Cass. civ., 1^{ère} ch., 12 décembre 2000 : JCP E, 2001, p. 2008, note Y. Youego.
- Cass. com., 27 février 2001 : Bull. Joly, juin 2001, § 155, p. 614, note J.-J. Daigre.
- Cass. crim., 4 avril 2001 : JCP E, 2001, p.1817, note J.-H. Robert.
- Cass. com., 22 mai 2001 : Bull. Joly, octobre 2001, § 226, p. 988, note F.-X. Lucas.
- CA Paris, 28 mai 2001 : JCP E, 2002, n° 477, p. 501.
- Cass. crim., 5 décembre 2001 : Bull. Joly, avril 2002, § 107, p. 492, note H. Le Nabasque.
- CA Versailles, 7 juin 2001 : Bull. Joly, 2002, § 21, p. 115.
- CA Versailles, 2 avril 2002 : Bull. Joly, août-septembre 2002, § 207, p. 923, note H. Le Nabasque.
- CA Paris, 3^e chambre B, 5 avril 2002 : JCP E, 2002, p. 1796.
- Cass. crim., 10 avril 2002 : Rev. soc., juillet-septembre 2002, p. 549, note B. Bouloc.
- Cass. soc., 7 mai 2002 : Bull. Joly, 2002, § 228, p. 1044.
- Cass. com., 18 juin 2002 : JCP E, 2002, n° 1556, p. 1728, note A.Viandier.
- Cass. com., 9 juillet 2002 : Bull. Joly, 2002, p. 939, note A. Couret.
- CA Versailles, 12 septembre 2002 : Bull. Joly, janvier 2003, § 10, p. 57, note B. Saintourens.
- CA Versailles, 23 octobre 2002 : Bull. Joly, février 2003, § 45, p. 204, note P. Le Cannu.
- Cass. crim., 11 décembre 2002 : Rev. soc., 2003, p. 145, note B. Bouloc.
- Cass. com., 17 décembre 2002 : Bull. Joly, mars 2003, § 56, p. 267, note J.-F. Barbièri.
- CA Versailles, 19 décembre 2002 : BRDA, 3/2003, p. 2.
- Cass. com., 7 janvier 2003 : BRDA, 4/2003, n° 5.
- Cass. soc., 11 mars 2003 : RJDA, 2003, n° 596, p. 527.
- Cass. com., 11 mars 2003 : Bull. Joly, juin 2003, § 145, p. 684, note D. Vidal.
- Cass. com., 25 mars 2003 : Bull. Joly, juillet 2003, § 169, p. 803, note M. Storck.
- Cass. com., 3 avril 2003: JCP E, 2003, n° 835, p. 933.
- Cass. com., 20 mai 2003 : Bull. Joly, juillet 2003, § 167, p. 786, note H. Le Nabasque.
- Cass. crim., 28 mai 2003 : Bull. Joly, novembre 2003, § 238, p. 1147, note J.-F Barbièri.
- CA Paris, 4 juin 2003 : Bull. Joly, décembre 2003, § 273, p. 1315, note L. Godon.
- Cass. com., 8 octobre 2003 : Bull. Joly, janvier 2004, § 6, p. 54, note J.-F Barbièri.
- CA Paris, 17 Octobre 2003 : Bull. Joly, février 2004, § 35, p. 224, note D. Schmidt.
- Cass. com., 13 novembre 2003, n° 1535 : Rev. soc., 2004, p. 97, note B. Saintourens.
- Cass. crim., 28 janvier 2004: Bull Joly, juin 2004, § 171, p. 861, note J.-F. Barbièri.
- Cass. com., 12 mai 2004 : Bull. Joly, août-septembre 2004, § 218, p. 1114.
- Cass. com., 26 mai 2004 : Bull. Joly, novembre 2004, § 279, p. 1407, B. Saintourens.
- Cass. soc. 26 mai 2004 : Bull. Joly, octobre 2004, § 249, p. 1228.
- Cass. com., 7 juillet 2004 : Bull. Joly, December 2004, § 300, p. 1510, note J.-Ph. Dom.
- Cass. crim., 22 septembre 2004 : Bull. Joly, janvier 2005, § 6, p. 45, note J.-F. Barbièri.
- Cass. crim., 1^{er} décembre 2004: Bull. Joly, avril 2005, § 100, p. 494, note J.-F. Barbièri.
- Cass. crim., 23 mars 2005 : La semaine juridique, éd. Entreprises et affaires, 1^{er} septembre 2005, n° 35, art. 1230, p. 1382, note J.-H. Robert.
- Cass. crim, 19 mai 2005 : Bull. Joly, décembre 2005, § 300, p. 1378.

- CA Versailles., 30 juin 2005 : Bull. Joly, janvier 2006, § 8, p. 54.
- CA Rennes, 16 septembre 2005 : BCNCC, n° 139-2005, p. 447.
- Cass. com., 11 octobre 2005 : Bull. Joly, avril 2006, § 98, p. 498, note D. Vidal.
- Cass. soc., 26 octobre 2005: recherche sur internet, site www.Légifrance.gouv.fr, « retraite-chapeau », consulté le 11 novembre 2009.
- Cass. com., 2 novembre 2005 : recherche sur internet, site www.Légifrance.gouv.fr: « dirigeant de fait », consulté le 6 novembre 2009.
- Cass. com., 14 février 2006: Bull. Joly, juillet 2006, § 182, p. 897, note J.-F. Barbièri ; (Sté B7).
- Cass. com., 14 février 2006: Bull. Joly, août-septembre 2006, § 204, p. 997, note D. Vidal ; (Sté Gedinat).
- CA Paris., 10 mars 2006: Bull. Joly, août-septembre 2006, § 205, p. 1001, note. J.-F. Barbièri.
- CE, ass. Contentieux., 24 mars 2006 : n° 288460; Bull. Joly, juin 2006, § 157, p. 726.
- Trib. com., Paris, 2^e chambre, 20 juin 2006 : Bull. Joly, décembre 2006, § 294, p. 1434, note J.-Cl. Hallouin.
- CA Paris, 30 juin 2006: Bull. Joly, décembre 2006, § 285, p. 1364, note J.-F. Barbièri.
- Cass. crim., 25 octobre 2006 : Bull. Joly, février 2007, § 47, p. 243, note J.-F. Barbièri.
- Cass. soc., 29 novembre 2006: Bull. Joly, avril 2007, § 128, p. 496, note B. Saintourens.
- Cass. crim., 31 janvier 2007 : Bull. Joly, juin 2007, § 186, p. 686, note T. Granier.
- Cass. com., 6 février 2007 : Bull. Joly, août-septembre 2007, § 279, p. 1007, note A. Couret.
- Cass. com., 13 février 2007 : Bull. Joly, juin 2007, § 190, p. 697, note A. Lecourt.
- Cass. com., 20 février 2007 : Bull. Joly, août-septembre 2007, § 276, p. 989, note D. Poracchia.
- Cass. crim., 20 mars 2007 : Bull. Joly, août-septembre 2007, § 269, p. 953, note J.-F. Barbièri.
- Cass. com., 20 mars 2007 : Bull. Joly, octobre 2007, § 300, p. 1105, note P. Le Cannu.
- Cass. com., 15 mai 2007 : Bull. Joly, octobre 2007, § 289, p. 1053, note J.-F. Barbièri.
- Cass. soc., 20 juin 2007 : recherche sur internet, site www.Légifrance.gouv.fr, « Conventions réglementées » et « question de fait », consulté le 22 décembre 2009.
- CA Versailles, 16 juillet 2007 : Bull. Joly, juillet 2007, § 236, p. 848, note A. Couret.
- CA Versailles, 22 novembre 2007 : recherche sur internet, site www.Légifrance.gouv.fr, « retraite complémentaire » et « conventions réglementées », consulté le 11 avril 2009.
- Cass. crim., 3 octobre 2007 : Bull. Joly, janvier 2008, § 33, p. 134, note D. Chilstein.
- Cass. soc., 11 juin 2008 : Bull. Joly, janvier 2009, § 5, p. 25, note P. Le Cannu.
- CA Paris, 3^e ch., 1^{er} juillet 2008 : Bull. Joly, janvier 2009, § 12, p. 48, note F. Reille.
- Cass. crim., 10 septembre 2008 : recherche sur internet, site www.Légifrance.gouv.fr, « Conventions réglementées » et « question de fait », consulté le 22 décembre 2009.
- Cass. soc., 16 septembre 2008 : Bull. Joly, février 2009, § 29, p. 132, note B. Saintourens.
- Cass. com., 30 septembre 2008 : Bull. Joly, mars 2009, § 53, p. 269, note A. Couret.
- CA Pau, 1^{er} ch., 29 avril 2009, Bull. Joly, novembre 2009, § 194, p. 969, note A. Lecourt.
- Cass. com., 5 mai 2009 : Rev. soc., n° 4/2009, p. 807, note L. Godon.
- Cass. com., 9 juin 2009 : Rev. soc., n° 4/2009, p. 781, note N. Mathey.
- Cass. com., 7 juillet 2009, Rev. soc., n° 4/2009, p. 801, note B. Saintourens.
- Cass. soc., 8 juillet 2009 : Rev. soc., n° 4/2009, p. 823, note D. Poracchia.

- Cass. crim., 9 septembre 2009 : recherche sur internet, site www.Légifrance.gouv.fr., consulté le 11 novembre 2009.
- Cass. com., 15 septembre 2009, RTDC, octobre-décembre 2009, n° 11, p. 756, note C. Champaud et D. Danet.
- Cass. soc., 23 septembre 2009 : recherche sur internet, site www.Légifrance.gouv.fr., « retraite chapeau », consulté le 11 novembre 2009.
- Cass. soc., 27 octobre 2009 : recherche sur internet, site www.Légifrance.gouv.fr., « modifications substantielles » et « nouveau contrat », consulté le 5 novembre 2009.
- Cass. com., 10 novembre 2009 : recherche sur internet, site www.Légifrance.fouv.fr., « avantages particuliers », consulté le 27 décembre 2010.

DROIT AMÉRICAIN

- Old Dominion Copper Mining & Smelting Co., v. Lewisohn, 18 mai 1908: 1908 U.S. LEXIS 1504; 210 U.S. 206.
- Old Dominion Copper Mining & Smelting Co., v. Bigelow, 14 septembre 1909: 1909 Mass. LEXIS 919; 89 N.E. 193.
- Globe Woolen Co. v. Utica Gas & Electric Co., 19 novembre 1918 : 1918 N.Y. LEXIS 907; 224 N.Y. 483.
- Cahall v. Lofland: 1 Del. Ch. 199; 114 A. 224, 232 (1921).
- Cahall v. Burbage, 1 juin 1923: 14 Del. Ch. LEXIS 24; 14 Del. Ch. 55, 121 A. 646 (Del. 1923).
- Allied Chem. & Dye Corp. v. Steel & Tube Co. of America: 14 Del. Ch. 1; 120 A. 486 (1923).
- New York Trust Co. v. American Realty Co., 31 décembre, 1926: 1926 N.Y. LEXIS 641; 244 N.Y. 209; 155 N.E. 102.
- David v. Louisville Gas & Elect Co.: Del. Ch. 157, 142 A. 654 (1928).
- Schemmel v. Hill: 91 Ind. App. 373, 169 N.E. 678 (1930).
- Joseph Greenspan's Sons Iron & Steel Co. v. Pecos Valley Gas Co.: 34 Del. 567; 156 A. 350 (1931).
- Rogers v. Hill, 29 mai 1933: 1933 U.S. LEXIS 194 ; 289 U.S. 583 (1933).
- Karasik v. Pacific E. Corp.: 21 Del. Ch. 81; 180 A. 604 (1935).
- Potter v. Sanitary Co. of American 13 juillet 1937: 1937 Del. Ch. LEXIS 52 ; 22 Del. Ch.110; 194 A. 87.
- Keenan v. Eshleman, 28 novembre 1938: 1938 Del. LEXIS 7; 23 Del. Ch. 234.
- Guth v. Loft Inc: 23 Del. Ch.255, 5A. 2d 503 (Del. 1939); confirmé, 25 Del. Ch. 363, 19A. 2d 721 (1941).
- Pepper v. Litton: 308 U.S. 295, (1939).
- Phoenix Fin. Corp. v. Iowa-Wisconsin Bridge Co.: 41 Del. 130; 16 A. 2d 789 (1940).
- Heller v. Boylan, 27 mai 1941 : N.Y. Misc LEXIS 2131 ; 29 N.Y.S. 2d 653 (1941).
- Everett v. Phillip: 288 N.Y. 227; 43 N.E. 2d (1942).
- Bovay v. H. M. Byllesby & Co., 17 mai 1944: 1944 Del. LEXIS 20; 27 Del. Ch. 381, 38 A. 2d 808 (Del. 1944).
- Chelrob, Inc., v. Barrett, 20 octobre 1944: 1944 N.Y. LEXIS 1289; 293 N.Y. 442 (NY 1944).

- Zahn v. Transamerica Corp., 30 juin 1947: 1947 US App. LEXIS 293 ; 162 F. 2d 36 (3rd cir. 1947).
- Durfee v. Durfee & Canning, Inc., 8 juillet 1948: 1948 Mass. LEXIS 576 ; 80 N.E. 2d 522 (Mass. 1948).
- Remillard Brick Co. v. Remillard – Dandini Co., 26 février 1952: 1952 Cal. App. LEXIS 1853; 241 p. 2d 66 (Cal. App. 1952).
- Gottlieb v. Heyden Chemical Corp., 29 août 1952: 1952 Del. LEXIS 114; 91 A. 2d 57.
- Kerbs v. California Eastern Airways, 17 juillet 1952: 1952 Del. LEXIS 111.
- Eliasberg v. Standard Oil Co., 12 novembre 1952: 1952 N.J. Super. LEXIS 668; (HN 5) 92 A. 2d 862 (N.J. 1952).
- Sterling v. Mayflower Hotel Corp., 18 novembre 1952: 1952 Del. LEXIS 123; 93 A. 2d 107 (Del. 1952).
- Frick v. Howard, 3 mars 1954: 1964 Wisc. LEXIS 383; 126 N.W. 2d 619.
- Gottlieb v. McKee, 7 juillet 1954 : 1954 Del. Ch. LEXIS 101; 34 Del. Ch. 537; 107 A. 2d 240.
- Barnes v. Andrews: 298 F. 614 (S. D. N. Y.) 1954.
- Schlensky v. South Parkway Building Corp., 22 avril 1959: 1959 Ill. App. LEXIS 365; 159 N. E. 2d 31 (Ill. 1959).
- Beard v. Elster, 11 février 1960 : 1960 Del. LEXIS 122.
- Schlensky v. South Parkway Building Corp., 31 mars 1960: 1960 Ill. LEXIS 329, HN7; 19 Ill. 2d 268; 166 N. E. 2d 793 (Supreme court).
- Kors v. Carey; 39 Del. Ch. 47; 158 A. 2d 136 (1960).
- Taussif v. Wellington Fund, Inc: 187 F. Supp. 179 (D. Del. 1960).
- Wiberg v. Gulf Coast Land & Development Co.: 360 S.W. 2d 563 (Tex. Civ. App. 1962).
- Adams v. Smith, 153 SO. 2d 221 (Ala. 1963)
- Robinson v. Brier, 9 octobre 1963 : 1963 Pa. LEXIS 403; 412 Pa. 255, 194 A. 2d 204 (1963).
- State ex rel. Hayes Oyster Co. v. Keypoint Oyster Co., 30 avril 1964: 1964 Wash. LEXIS 345; 391 P. 2d 979.
- Alcott v. Hyman, 8 mars 1965: 1965 Del. LEXIS 161 ; 42 Del. Ch. 233 ; 208 A. 2d 501 (1965).
- Rosenthal v. Four Corners Oil and Minerals Co., 3 mai 1965: 1965 Colo. LEXIS 655; 157 Colo. 136; 403 P. 2d 762, 766 (1965).
- Case v. New York Central R. R.: 15 N.Y. 2d 150; 204 N. E. 2d 643, (N.Y. 1965).
- Osborne v. Locke Steele Chain Co., 16 mars 1966: 1966 Conn. LEXIS 557; 218 A. 2d 526 (Conn. 1966).
- Warslaw v. Calhoun, 3 juin 1966: 1966 Del. LEXIS 159; 221 A. 2d 487.
- Pappas v. Moss, 9 avril 1968: 1968 U.S. App. LEXIS 7385 ; 393 F.2d 865.
- David J. Green & Co. v. Dunhill Intl. Inc., 24 décembre 1968: 1968 Del. Ch. LEXIS 39; 249 A. 2d 247 (Del. 1968).
- Schlensky v. Wrigley: 237 N. E. 2d 776 (Ill. 1968).
- Ruez v. Topping, 24 mars 1970: 1970 Mo. App. LEXIS 647; 453 S.W. 2d 624.
- Abramson v. Nytronics Inc., 3 avril 1970: 1970 U.S. LEXIS 12217; 312 F. Supp. 519, 527 (S.D.W.Y. 1970).

- Sinclair Oil Corp. v. Levien, 18 juin 1971: 1971 Del. LEXIS 225; 280 A 2d 717 (Del. 1971).
- Kessler v. Commonwealth Doctors Hospital, Inc., 29 novembre 1971: 1971 Va. LEXIS 380; 212 Va. 497.
- Talbot v. James, 1 août 1972: 1972 S.C. LEXIS 214, 190 S.E. 2d 759.
- Bellis v. Thal, 12 mars 1974: 1974 U.S. Distr. LEXIS 9576 ; 373 F. Supp. 120 (E.D. Pa 1974).
- Gindle v. Signal Coss: Del. Supr., 361 A. 2d 619 (1974).
- Petty v. Penntech Papers, Inc.: Del. Ch. 347 A. 2d 140 (1975).
- Donahue v. Rodd Electrotpe Co., 328 N.E. 2d 505 (Mass. 1975).
- Harriman v. E.I. DuPont De Nemours & Co., 23 décembre 1975 : 1975 U.S. Dist. LEXIS 14646; 411 F. Supp., 133, 142 (D. Del. 1975).
- Fliegler v. Lawrence, Del. Supr., 28 juin 1976 : 1976 Del. LEXIS 434 ; 361 A. 2d 218 (Del. 1976).
- American Timber & Trading Co. v. Niedermeyer, 30 décembre 1976: 1976 Or. LEXIS 940; 558 p. 2d 1211 (Or. 1976).
- Kaplan v. Goldsamt, 20 octobre 1977: 1977 Del. Ch. LEXIS 128; 380 A. 2d 556 (Del. Ch. 1977).
- Michelson v. Duncan, 1979, Del. LEXIS 422 ; 407 A 2d. 211 (Del. 1979).
- Cohen v. Ayers, 16 avril 1979 : 1979 N.S. App. LEXIS 15427, 596 F.2d 773.
- Neponsit Inv. Co. v. Abramson, 10 juillet 1979: 1979 Del. LEXIS 392; 405 A. 2d 97 (Del. 1979).
- Rowen v. Le Mars Mutual Insurance Co. of Iowa, 11 juillet 1979: 1979 Iowa Sup. LEXIS 1979 ; 282 N.W. 2d 639 (Iowa 1979).
- Weiss Medical Complex, Ltd v. Kim, 25 juin 1980: 1980 Del. App. LEXIS 3387, 408 N. E. 2d 959 (Del. 1980).
- Lewis v. S.L. & E., Inc., 22 juillet 1980: 1980 US. App. LEXIS 15487.
- Meredith v. Camp Hill Estates, Inc., 28 juillet 1980: 1980 N.Y. App. Div. LEXIS 12379; 430 N.Y.S. 2d 383 (1980).
- Maldonado v. Flynn: Del. Ch., 413 A. 2d 1251 (1980).
- Smith v. Atlantic Properties, Inc., 422 N.E. 2d 798 (App. Ct. Mass. 1981).
- Lynch v. Victors Energy Corp., 3 avril 1981: 1981 Del. LEXIS 300; 429 A. 2d 497 (Del. 1981).
- Aronoff v. Albanese, 29 janvier 1982: 1982 N.Y. App. Div. LEXIS 14949, 446 N.Y.S. 2d 368.
- Hadden v. Krevit, 30 mars 1982: 1982 Conn. LEXIS 479; 186 Conn. 587; 442 A. 2d 944 (1982).
- Romanik v. Lurie Home Supply Center, Inc., 13 avril 1982 : 1982 Ill. App. LEXIS 1776.
- Orman v. Cullman, 794 A. 2d 5, 54 (Del. Ch. 1984).
- Rosenblatt v. Getty Oil Company, 9 mai 1985: 1985 Del. LEXIS 581; 493 A. 2d 929 (Del. 1985).
- Lewis v. Fuqua, 12 novembre 1985 : 1985 Del. Ch. LEXIS 57; 502 A. 2d 952.
- Robert A. Waschler, Inc., v. Florafax Intl., Inc., 26 novembre 1985: 1985 U. S. App. LEXIS 25275.

- Merritt H. v. Colonial Foods, Inc.: 1986 Del. Ch. LEXIS 364; Del. Ch., 505 A. 2d 757 (1986).
- Gries Sports Enterprises, Inc. v. Cleveland Brownes Football Co., 20 août 1986: 1986 Ohio LEXIS 745; 496 N.E. 2d 959 (Ohio 1986).
- Revlon Inc. v. MacAndrew & Forbes Holdings, Inc.: 506 A. 2d 173, 176 (Del. 1986).
- Marciano v. Nakash, Del. Supr., 23 décembre 1987: 1987 Del. LEXIS 1312535 A. 2d 400 (Del. 1987).
- Grobow v. Pevot: 539 A. 2d 180, 187 (Del. 1988).
- Cookies Food Products, Inc., v. Lakes Warehouse Distributing, Inc., 19 octobre 1988: 1988 Iowa Sup. LEXIS 269; 430 N.W. 2d 447 (Iowa 1988).
- Mills Acquisition Co. v. Macmillan, Inc., 3 mai 1989: 1989 Del. LEXIS 149 ; Del. Supr., 559 A. 2d 1261 (Del. 1989).
- Barkan v. Amsted Industries, Inc. : 567 A. 2d 1279 (Del. 1989).
- Citron v. Fairchild Camera & Corp., 22 décembre 1989: 1989 Del. LEXIS 469; 569 A. 2d 53 (Del. 1989).
- Citron v. E.I. DuPont de Nemours & Co., 29 juin 1990: 1990 Del. Ch. LEXIS 98; 584 A 2d 490 (Del.1990).
- Oberly v. Kirby, Del. Supr., 4 juin 1991 : 1991 Del. LEXIS 179 ; A. 2d 445 (1991).
- Crowley v. Communications for Hospitals, Inc., 25 juin 1991 : 1991 Mass App. LEXIS 420.
- Cede & Co. v. Technicolor, Inc., Del. Supr., 22 octobre 1993 : Del. Supr. 634 A. 2d 345 (1993).
- Nixon v. Blackwell : 626 A. 2d 1366 (Del. 1993).
- Cinerama, Inc., v. Technicolor, Inc., 6 octobre 1994: 1994 Del. Ch. LEXIS 178; Del. Ch. 663 A. 2d 1134 (Del. 1994).
- Wheelabrator Technologies, Inc. Shareholders litig., 16 mai 1995: 1995 Del. Ch. LEXIS 55; Del. Ch. 663 A. 2d 1194.
- Unitrin, Inc. V. American Gen. Corp.: Del. Supr., 651 A. 2d 1361 (1995).
- In re. Walt Disney Co. Derivative Litig., 7 octobre 1998: 1998 Del. Ch. LEXIS 186, HN23; Del. Ch. 731 A. 2 342 (Del. 1998).
- Matador Capital Mgt. Corp. v. BRC Holdings, Inc., 25 novembre: 1998: 1998 Del. Ch. LEXIS 225; Del. Ch., 729 A. 2d 280 (Del. 1998).
- Locati v. Johnson, 21 avril 1999: 1999 Or. App. LEXIS 618; 160 Or. App. 63.
- HMG/Courtland Properties, Inc. v. Gray, 12 juillet 1999: 1999 Del. Ch. LEXIS 149, HN2; 749 A. 2d 94, 117.
- Brehm v. Eisner Supra, 9 février 2000 : 2000 Del. LEXIS 51 ; 746 A. 2d 244 (Del. 2000).
- Nagy v. Bistricher: 770 A. 2d 43, n° 2 (Del. Ch. 2000).
- Malpiede v. Towson, Del. Supr: 780 2d 1075 (Del. 2001).
- Orman v. Cullman, 26 février 2002 : 2002 Del. Ch. LEXIS 18, HN1; Del. Ch., 794 A. 2d 5 (Del. 2002).
- In re. Walt Disney Co., Derivative litig.: Del., Ch., 825A 2d 275 (2003).

Table des annexes

Annexe

N°

1. Structure d'un groupe de sociétés industrielles et commerciales opérant à l'échelle mondiale et faisant partie d'un groupe diversifié contrôlé par une société holding.
2. Projet de refonte de l'article 158 du Code de commerce libanais.
3. Projet de refonte de l'article 18 du DL. Libanais n° 35 du 5 août 1967 (SARL).
4. Modèles de rapport spécial des commissaires aux comptes sur les conventions d'une société anonyme française.
5. Modèle de rapport spécial des commissaires de surveillance sur les conventions d'une société anonyme libanaise.
6. Modèle de résolution sur les conventions réglementées prise par l'assemblée générale d'une société anonyme française, prenant acte de la teneur négative du rapport spécial des commissaires aux comptes sur les conventions.
7. Notes sur les *Related Parties Transactions* dans le rapport général sur les comptes consolidés par l'*auditor* d'un groupe américain de sociétés.
8. Convocation à la réunion d'une assemblée générale ordinaire annuelle d'une société anonyme libanaise qui ne consacre pas une rubrique séparée aux autorisations de l'art. 158 du Code de commerce libanais.
9. Extraits du procès-verbal de la réunion de l'assemblée générale ordinaire annuelle d'une société anonyme libanaise, contenant une décision d'autorisation de conventions réglementées prise non séparément et associée à l'autorisation de l'article 159 du Code de commerce libanais.
10. Convocation à la réunion d'une assemblée générale ordinaire annuelle d'une société anonyme libanaise qui est plus conforme à l'esprit de la réglementation des conventions réglementées.
11. Avis de réunion et avis de convocation d'une assemblée générale d'une société anonyme française.
12. Extraits du procès-verbal de la réunion de l'assemblée générale ordinaire annuelle d'une société anonyme libanaise, contenant une décision d'autorisation de conventions réglementées très générale ; en langue arabe, avec traduction de la résolution proprement dite en français.
13. Extraits du procès-verbal de la réunion de l'assemblée générale ordinaire annuelle de deux sociétés anonymes libanaises, contenant une décision d'autorisation de conventions réglementées avec renvoi au rapport spécial des commissaires de surveillance, en langue arabe, et la traduction de la résolution proprement dite en français.
14. Extraits du procès-verbal de la réunion de l'assemblée générale ordinaire annuelle d'une société anonyme française, contenant une résolution sur les conventions réglementées qui renvoie au rapport spécial des commissaires aux comptes.
15. Lettres d'affirmation (*representation letters*).

Annexe n° 1

Structure d'un groupe de sociétés industrielles et commerciales opérant à l'échelle mondiale et faisant partie d'un groupe diversifié contrôlé par une société holding.

Annexe n° 2

Projet de refonte de l'art. 158 C. com. lib.

Texte actuel

Toute convention entre la société et l'un de ses administrateurs, soit directement ou indirectement, soit par personne interposée, doit être soumise à l'autorisation préalable de l'assemblée générale, à l'exception toutefois des conventions usuelles portant sur des opérations de la société avec ses clients.

De même est soumise à l'autorisation préalable de l'assemblée générale, toute convention entre la société et une autre entreprise, si l'un des administrateurs de la société est propriétaire, associé en nom, gérant, directeur ou administrateur de l'entreprise. L'administrateur se trouvant dans l'un des cas ainsi prévus est tenu d'en faire la déclaration au conseil d'administration.

Refonte proposée

Toute convention intervenant entre la société et l'un de ses dirigeants ou représentants légaux, notamment l'un de ses administrateurs, directeurs généraux directeurs généraux-adjoints, autres dirigeants ou autres personnes dotées de pouvoirs pour agir au nom et pour le compte de la société, en vertu d'un mandat social ou d'un mandat spécial, donné par l'un des dirigeants susmentionnés, ou un actionnaire dominant, disposant d'un droit de vote suffisamment significatif pour influencer les décisions de l'assemblée générale, agissant soit directement ou indirectement par personne interposée, à laquelle l'une des personnes ci-haut mentionnées est directement ou indirectement intéressée, doit être soumise à l'autorisation préalable de l'assemblée générale, à l'exception toutefois des conventions portant sur des opérations que la société passe habituellement avec les tiers, pourvu qu'elles soient conclues à des conditions normales.

De même est soumise à l'autorisation préalable de l'assemblée générale, toute convention qui intervient entre la société et une autre entreprise, individuelle ou sociale, si l'une des personnes visées à l'alinéa précédent a la qualité de propriétaire, associé en nom, actionnaire gérant, directeur, administrateur ou fondé de pouvoirs de cette entreprise.

La personne visée se trouvant intéressée dans l'un des cas prévus à l'alinéa 1 ou 2 de cet article est tenue d'en faire la déclaration au président du conseil d'administration qui, à son tour, la communique au conseil d'administration et aux commissaires de surveillance.

Les conventions visées par cet article s'entendent de toutes les conventions à conclure, les engagements à pendre, et les avantages à consentir en numéraire ou en nature par la société, aux personnes visées à l'alinéa 1 de cet article, y compris celles portant sur des rémunérations, indemnités à leur verser durant l'exercice, à la cessation et postérieurement à la cessation de leurs fonctions.

Le conseil d'administration ainsi que les commissaires de surveillance doivent présenter à l'assemblée générale un rapport spécial sur les conventions projetées. L'assemblée statue sur ces deux rapports. Les conventions qu'elle approuve ne peuvent être attaquées qu'en cas de fraude.

Le conseil d'administration ainsi que les commissaires de surveillance doivent présenter à l'assemblée générale un rapport spécial sur les conventions projetées. L'administrateur intéressé ne peut pas être compté dans le quorum ni prendre part au vote, et ne peut être compté pour le calcul de la majorité concernant la résolution du conseil portant sur la préparation et la présentation du rapport spécial à l'assemblée. L'assemblée statue sur ces deux rapports. L'associé intéressé ne peut pas prendre part au vote de l'assemblée et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité. L'absence, ou l'insuffisance de l'un de ces deux rapports omettant un élément essentiel d'une convention, vicie la résolution que l'assemblée aurait prise dans de pareilles conditions. Les conventions qu'elle approuve ne peuvent être attaquées qu'en cas de fraude. Les conventions non autorisées sont annulables si elles ont des conséquences préjudiciables à la société. Ces conséquences sont mises à la charge de l'intéressé.

L'autorisation doit être renouvelée tous les ans, s'il s'agit de convention à prestations successives prolongées.

Il est interdit aux administrateurs de la société, autres que les personnes morales, de contracter, sous quelque forme que ce soit, un emprunt auprès de la société ou de se faire consentir par elle un découvert en compte courant, ou un cautionnement ou un aval de leurs effets de commerce envers les tiers. Toutefois, cette interdiction ne s'applique pas aux banques si les opérations précitées constituent des opérations usuelles rentrant dans le cadre de leur activité.

L'autorisation doit être renouvelée tous les ans, s'il s'agit de conventions à prestations successives prolongées au delà du terme de chaque exercice social.

Il est interdit aux personnes visées à l'alinéa 1 de cet article, autres que les personnes morales, de contracter, sous quelque forme que ce soit, un emprunt auprès de la société ou de se faire consentir par elle un découvert en compte courant, ou un cautionnement ou un aval de leurs effets de commerce envers les tiers. Toutefois, cette interdiction ne s'applique pas aux banques, et institutions de crédit ou institutions financières à caractère bancaire, si les opérations précitées constituent des opérations habituelles rentrant dans le cadre de leur activité ordinaire et conclues à des conditions normales. Dans le cas contraire, ces opérations doivent être soumises à l'autorisation préalable de l'assemblée générale en application de l'alinéa 1 de cet article.

Annexe n° 3

Projet de refonte de l'art. 18 du DL. lib., n° 35 du 5 août 1967

Texte actuel

Il est interdit aux directeurs et aux associés, sous peine de nullité, d'obtenir de la société des prêts, des cautionnements ou des avals, en leur faveur ou en faveur de leurs conjoints, ascendants ou descendants, même sous le couvert de prête-noms.

Refonte proposée

Il est interdit aux gérants et aux associés, sous peine de nullité, d'obtenir de la société des prêts, des cautionnements ou des avals, en leur faveur ou en faveur de leurs conjoints, ascendants ou descendants, même sous le couvert de prête-noms.

Il est interdit aux gérants et aux associés, ou toute autre personne disposant de pouvoirs pour agir pour le compte de la société, sans l'autorisation préalable de l'assemblée, de conclure avec la société, directement ou indirectement par personne interposée, des conventions auxquelles ils sont directement, ou indirectement intéressés, à l'exception toutefois des conventions portant sur des opérations que la société passe habituellement avec les tiers, pourvu qu'elles soient conclues à des conditions normales.

La personne visée à l'alinéa 1 de cet article se trouvant intéressée à une telle convention est tenue de soumettre le projet de la convention à la plus prochaine réunion de l'assemblée. L'associé intéressé ne peut pas prendre part au vote et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.

Annexe n° 4

Modèles de rapport spécial des commissaires aux comptes sur les conventions d'une société anonyme française.

EUROFINS SCIENTIFIC SE

**RAPPORT SPECIAL DES COMMISSAIRES AUX COMPTES
SUR LES CONVENTIONS ET ENGAGEMENTS
REGLEMENTES**

(Exercice clos le 31 décembre 2009)

PRICEWATERHOUSECOOPERS AUDIT

63 rue de Villiers
92208 NEUILLY SUR SEINE cedex

H.L.P. AUDIT

4 rue Amédée Méraud
BP 32532
44325 NANTES Cedex 03

**RAPPORT SPECIAL DES COMMISSAIRES AUX COMPTES SUR LES CONVENTIONS ET
ENGAGEMENTS REGLEMENTES**

(Exercice clos le 31 décembre 2009)

Aux Actionnaires

EUROFINS SCIENTIFIC SE

Rue Pierre Adolphe Bobierre
Boîte postale 42301
44323 NANTES CEDEX 3

Mesdames, Messieurs,

En notre qualité de commissaire aux comptes de votre société, nous vous présentons notre rapport sur les conventions réglementées.

I - Conventions autorisées au cours de l'exercice

En application de l'article L.225-40 du Code de Commerce, nous avons été avisés des conventions qui ont fait l'objet de l'autorisation préalable de votre Conseil d'Administration.

Il ne nous appartient pas de rechercher l'existence éventuelle d'autres conventions et engagements mais de vous communiquer, sur la base des informations qui nous ont été données, les caractéristiques et les modalités essentielles de ceux dont nous avons été avisés, sans avoir à nous prononcer sur leur utilité et leur bien-fondé. Il vous appartient, selon les termes de l'article R. 225-31 du Code de commerce, d'apprécier l'intérêt qui s'attache à la conclusion de ces conventions et engagements en vue de leur approbation.

Nous avons mis en œuvre les diligences que nous avons estimé nécessaires au regard de la doctrine professionnelle de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes relative à cette mission. Ces diligences ont consisté à vérifier la concordance des informations qui nous ont été données avec les documents de base dont elles sont issues.

Eurofins Scientifc S.E.
Rapport spécial des commissaires aux comptes sur les conventions et engagements réglementés
Exercice clos le 31 décembre 2009

Description des conventions autorisées au cours de l'exercice :

Nature et objet : Avance temporaire en compte courant avec la société Eurofins Finance SA

Administrateurs concernés : Gilles Martin et Yves-Louis Martin

Modalités : Aucun intérêt n'a été calculé au 31 décembre 2009 sur les avances de trésorerie effectuées au cours de l'exercice par Eurofins Scientifc S.E. et dont le solde s'élève à 21 337 190 € à la clôture de l'exercice.

Nature et objet : Avance temporaire en compte courant avec la société Eurofins Food Lux SARL

Administrateurs concernés : Gilles Martin

Modalités : Aucun intérêt n'a été calculé au 31 décembre 2009 sur les avances de trésorerie effectuées au cours de l'exercice par Eurofins Scientifc S.E. et dont le solde est nul à la clôture de l'exercice.

II - Conventions approuvées au cours d'exercices antérieurs dont l'exécution s'est poursuivie durant l'exercice

Par ailleurs, en application du Code de Commerce, nous avons été informés que l'exécution des conventions suivantes, approuvées au cours d'exercices antérieurs, s'est poursuivie au cours du dernier exercice.

Nature et objet : Convention avec la société Eurofins Scientifc B.V. au profit de PFIZER

Administrateurs concernés : Gilles Martin et Wicher R. Wichers

Modalités : Eurofins Scientifc B.V. a conclu un accord portant «Master Laboratory Services Agreement» avec Pfizer, qui a adhéré à condition que la société Eurofins Scientifc S.E. garantisse le parfait paiement des sommes qui pourraient être dues par la société Eurofins Scientifc B.V. à la société Pfizer.

Le montant facturé par la société à Eurofins Scientifc B.V. au cours de l'exercice au titre de cette garantie s'est élevé à 100.000 Euros.

Nature et objet : Convention de prêt et de trésorerie intra-groupe avec la société Eurofins Ventures B.V.

Administrateur concerné : Gilles Martin

Modalités : Convention de trésorerie intra-groupe, signée le 22 novembre 2004. Le montant du compte courant est nul au 31 décembre 2008. Aucun intérêt n'a été calculé au titre de l'exercice.

Eurofins Scientifique S.E.

Rapport spécial des commissaires aux comptes sur les conventions et engagements réglementés

Exercice clos le 31 décembre 2009

Nature et objet : Convention avec la société Eurofins Ventures B.V. au profit des actionnaires cédants de la société Optimed

Administrateur concerné : Gilles Martin

Modalités : La convention concerne l'acquisition des actions de la société Optimed par la société Eurofins Ventures B.V., elle-même filiale d'Eurofins Scientifique S.E.

Cette acquisition a été conclue sur la base d'une cession initiale représentant 77,61 % du capital puis d'une promesse de cession et d'acquisition pour les 22,39 % restants.

Si la cession se réalise, le prix de chaque action sera, pour chaque cédant, égal au prix unitaire perçu lors de la cession initiale, affecté d'un ratio de réalisation des objectifs et augmenté d'une prime s'agissant des cadres cédants.

Chaque partie pourra lever respectivement l'option qui lui est consentie pendant une durée de 90 jours à compter du jour où le Résultat aura été fixé, soit au plus tard le 15 février 2009.

La société Eurofins Scientifique S.E., en sa qualité de société mère, s'est portée fort au profit des actionnaires cédants de la société Optimed, de la promesse contractée par la société Eurofins Ventures B.V. d'acquiescer la totalité des actions leur restant appartenir au sein d'Optimed.

Le 10 octobre 2007, la société Eurofins Ventures B.V. a cédé les 12.355 actions d'Optimed à la société Eurofins Pharma France, filiale d'Eurofins Scientifique S.E.. La convention de cession desdites actions portait, notamment, substitution par Eurofins Pharma France à Eurofins Ventures B.V. dans tous les droits et obligations de la promesse de cession et d'acquisition des 3.565 actions restant appartenir aux cédants et ci-dessus décrite.

Conformément aux dispositions de l'article L 225-35 et suivants du Code de Commerce, l'engagement de porte-fort donné par la société au profit des actionnaires cédants de la société Optimed a été ratifié par le Conseil d'Administration lors de sa réunion du 6 mars 2006.

Les cédants et Eurofins Pharma France ont signé le 23 mars 2009 un Avenant dont l'objet a été de constater formellement la substitution d'Eurofins Pharma France à Eurofins Ventures B.V. dans le bénéfice de la promesse de cession et d'acquisition des 3.565 actions restant appartenir aux cédants ci-dessus décrite, de fixer définitivement le prix de cession desdites actions, de constater les levées d'option et de procéder aux cessions desdites 3.565 actions.

⁹Le jour de la signature de l'Avenant, soit le 23 mars 2009, Eurofins Pharma France a payé à chaque cédant, par virement bancaire, le prix de vente lui revenant.

Nature et objet : Convention conclue avec la société Eurofins Ventures B.V. au profit des actionnaires cédants d'une société allemande

Administrateur concerné : Gilles Martin

Modalités : La convention concerne l'acquisition en septembre 2006 de 39% des actions d'une société allemande par la société Eurofins Ventures B.V. filiale de la société Eurofins Scientifique S.E.

A ce jour, Eurofins Ventures B.V. détient d'ores et déjà 51 % des actions de cette société allemande acquises antérieurement.

L'accord conclu avec les actionnaires cédants prévoit au plus tard en janvier 2013 la livraison des 39% des actions de cette société allemande contre paiement estimé de 3.700.000 € par Eurofins Ventures B.V.

Eurofins Scientifique S.E.

*Rapport spécial des commissaires aux comptes sur les conventions et engagements réglementés
Exercice clos le 31 décembre 2009*

La société Eurofins Scientifique S.E., en sa qualité de société mère, s'est portée fort au profit des actionnaires cédants de la société allemande de la promesse contractée par la société Eurofins Ventures B.V. d'acquiescer la totalité des actions leur restant appartenir au sein de la société allemande.

Nature et objet : Convention conclue avec la société Eurofins Laboratories Ltd

Administrateur concerné : Gilles Martin

Modalités : La convention concerne l'octroi par le « Chief Executive of Advantage West Midlands » d'une subvention de 1.922.000 € à la société Eurofins Laboratories Ltd, elle-même filiale indirecte d'Eurofins Scientifique S.E.

Sollicitée par le « Chief Executive of Advantage West Midlands », la société Eurofins Scientifique S.E. garantit de fournir à la société Eurofins Laboratories Ltd les fonds nécessaires pour remplir les obligations lui incombant, et le paiement de toutes sommes qui pourraient être dues en exécution de ses engagements.

Nature et objet : Convention de prêt et de trésorerie intra-groupe avec la société Eurofins Lux SARL

Administrateur concerné : Gilles Martin

Modalités : 573.918 € intérêt ont été calculés au 31 décembre 2009 sur les avances de trésorerie effectuées au cours de l'exercice par Eurofins Scientifique S.E. et dont la position s'élève à 28.699.640 € à la clôture de l'exercice.

Nature et objet : Convention de prêt et de trésorerie intra-groupe avec la société Eurofins Scientifique (Ireland) Ltd

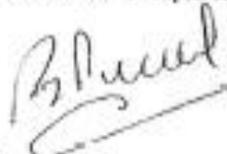
Administrateur concerné : Yves-Loïc Martin

Modalités : Aucun intérêt n'a été calculé au 31 décembre 2009 sur les avances de trésorerie effectuées au cours de l'exercice par Eurofins Scientifique S.E. et dont la position s'élève à 800.666 € à la clôture de l'exercice.

Fait à Nantes, le 16 février 2010

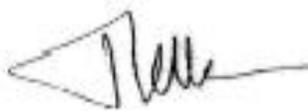
Les Commissaires aux Comptes

PricewaterhouseCoopers Audit



Benoît Pinoche
Associé

HLP Audit



Jacques Heron
Associé

ALCIDE CPM
Commissaire aux comptes
Membre de la compagnie régionale de
Versailles
160, Boulevard Jean Allemane
95100 Argenteuil

ANGES AUDIT CONSEILS
Commissaire aux comptes
Membre de la compagnie régionale de
Versailles
11, rue Jules Parent
92500 Rueil-Malmaison

TRILOGIQ S.A

5 rue Saint Simon
95310 SAINT OUEN L'AUMONE

**RAPPORT SPECIAL DES COMMISSAIRES AUX COMPTES
SUR LES CONVENTIONS REGLEMENTEES**

Exercice clos au 31 mars 2009

En notre qualité de Commissaire aux Comptes de votre Société, nous vous présentons notre rapport sur les conventions réglementées.

CONVENTIONS AUTORISEES AU COURS DE L'EXERCICE

Nous vous informons qu'il ne nous a été donné avis d'aucune convention conclue au cours de l'exercice et soumis aux dispositions de l'article 225-38 du Code de Commerce.

Il ne nous appartient pas de rechercher l'existence éventuelle d'autres conventions mais de vous communiquer, sur la base des informations qui nous ont été données, les caractéristiques et les modalités essentielles de celles dont nous avons été avisés, sans avoir à nous prononcer sur leur utilité et leur bien-fondé. Il vous appartient, selon les termes de l'article 92 du décret du 23 mars 1967, d'apprécier l'intérêt qui s'attachait à la conclusion de ces conventions en vue de leur approbation.

Nous avons mis en œuvre les diligences que nous avons estimé nécessaires au regard de la doctrine professionnelle de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes relative à cette mission. Ces diligences ont consisté à vérifier la concordance des informations qui nous ont été données avec les documents de base dont elles sont issues.

CONVENTIONS APPROUVEES AU COURS D'EXERCICES ANTERIEURS DONT L'EXECUTION S'EST POURSUIVIE DURANT L'EXERCICE

Par ailleurs, en application du décret du 23 mars 1967, nous avons été informés que l'exécution des conventions suivantes, approuvées au cours d'exercices antérieurs, s'est poursuivie au cours du dernier exercice.

1) Avenant d'interprétation N°1 à la cession de brevet du 29 septembre 2006

Administrateurs concernés : Monsieur Eric COURTIN, Monsieur Ludovic OTT

Nature et objet :

Votre conseil d'administration du 28 mars 2008 a autorisé la modification de l'article 3.2 de la convention conclue le 29 septembre 2006 relatif au calcul de la base proportionnelle du prix de cession.

Le résultat d'exploitation de référence sera celui des comptes sociaux individuels certifiés par le commissaire aux comptes du Cessionnaire, « neutralisation faite, dans ledit résultat d'exploitation et pour les besoins du calcul de la base proportionnelle, des dotations aux amortissements relatives au brevet concerné, celles-ci devant être réintégrées pour le calcul du résultat d'exploitation. »

2) Acquisition des Brevets

Administrateurs concernés : Monsieur Eric COURTIN, Monsieur Ludovic OTT,

Nature et objet :

Votre conseil d'administration du 29 septembre 2006 a autorisé la société Trilogiq SA à acquérir les brevets détenus par Monsieur Eric Courtin et par Monsieur Ludovic OTT aux conditions suivantes :

- acquisition du brevet « Picots » détenu par Monsieur Eric COURTIN pour un prix comprenant une base fixe de 496.000€ et une base proportionnelle calculée par application d'un taux nominal pivot de 4% sur le chiffre d'affaires hors taxes des produits concernés par l'exploitation du Brevet réalisés au cours des exercices clos à compter du 1^{er} octobre 2006 jusqu'à la date de clôture de l'exercice 2011-2012.

Le taux pivot de 4% varie en fonction du ratio résultat d'exploitation/chiffre d'affaires.

- acquisition du brevet « Platine » détenu par Monsieur Ludovic OTT pour un prix comprenant une base fixe de 52.334€ et une base proportionnelle calculée par application d'un taux nominal pivot de 4% sur le chiffre d'affaires hors taxes des produits concernés par l'exploitation du Brevet réalisés au cours des exercices clos à compter du 1^{er} octobre 2006 jusqu'à la date de clôture de l'exercice 2011-2012.

Le taux pivot de 4% varie en fonction du ratio résultat d'exploitation/chiffre d'affaires.

- acquisition du brevet « Guide » détenu par Monsieur Ludovic OTT pour un prix comprenant une base fixe de 104.666€ et une base proportionnelle calculée par application d'un taux nominal pivot de 4% sur le chiffre d'affaires hors taxes des produits concernés par l'exploitation du Brevet réalisés au cours des exercices clos à compter du 1^{er} octobre 2006 jusqu'à la date de clôture de l'exercice 2011-2012.

Le taux pivot de 4% varie en fonction du ratio résultat d'exploitation/chiffre d'affaires.

Montant : Au 31 mars 2009, la partie variable complémentaire calculée est 569.514 euros.

3) Prêt à la filiale TRILOGIQ USA

Administrateurs concernés : Ludovic OTT

Nature et objet : Votre conseil d'administration du 15 juin 2007 a accordé à la filiale TRILOGIQ USA un prêt de 780 000\$ remboursable à compter de septembre 2008 en 59 mensualités égales de 14.364,89\$ chacune portant un intérêt au taux annuel de 4%, une soixantième et dernière mensualité de 14.317,16 \$ à échéance du 30 septembre 2013.

Montant des intérêts comptabilisés sur l'exercice : 17.121 euros

3) Stock en transit avec les filiales

Administrateurs concernés : Monsieur Eric COURTIN, Monsieur Ludovic OTT

Nature et objet :

Votre conseil d'administration du 16 janvier 2007 a autorisé des modalités commerciales particulières avec ses filiales. A compter du 1^{er} février 2007, les départs de marchandises par bateau vers ses centres de distribution seront facturés le dernier jour du mois de la réception de la marchandise. Entre la date d'envoi de la marchandise par la SA TRILOGIQ et la date de réception par la filiale, la marchandise restera la propriété de la SA TRILOGIQ qui la constatera dans ses comptes sous la forme d'un stock en transit.

Montant : Le montant des stocks en transit à la clôture de l'exercice est de 79.991€

4) Avances de trésorerie aux filiales

Administrateurs concernés : Monsieur Eric COURTIN, Monsieur Ludovic OTT

Nature et objet :

Votre conseil d'administration du 31 mars 2005 a augmenté la limite des avances de trésorerie aux filiales existantes ou en cours de constitution pour la porter de 150 000 € à 500 000 € par filiale et sans intérêt.

Montant : Les avances consenties par filiale au cours de l'exercice clos le 31 Mars 2009 ont restées inférieures à cette limite.

Argenteuil et Rueil-Malmaison, le 27 juillet 2009,

Les commissaires aux comptes

ALCIDE CPM

Sonia OLÉJNIK

ANGES AUDIT CONSEILS

Régis REVEL

Annexe n° 5

Modèles de rapport spécial des commissaires de surveillance sur les conventions d'une société anonyme libanaise.

FUTURE SECURITY COMPANY SAL

Independent Auditors' Special Report
As Required by Article 158
of the Lebanese Code of Commerce



BAKER TILLY ZACCA

SNA Building-Taher Square
Beirut 115 119
Tel: + 961 1 202883
+ 961 1 334851
Fax: + 961 1 203082
www.bakertillyzacca.com
office@bakertillyzacca.com

Independent Auditors' Special Report

To the Shareholders of
FUTURE SECURITY COMPANY SAL

As required by article 158 of the Lebanese Code of Commerce, we hereby present a special report on agreements concluded by your Company, during the 2008 financial year, with various related parties having with your Company common interests, board members, general manager or chairman. We relied on the information and statements (verbal and/or written) with which we have been provided by Management, and on our checking the accounting records performed when we undertook the examination of the Company's financial statements for the year 2008.

Agreements and Transactions with Related Parties

Your Company has concluded agreements with related parties, which specifically include: agreements for the provision of services, the allocation of overhead expenses and various operations on current accounts.

A) At December 31, 2008, the interest-free balances with no fixed repayment date arising from such transactions with related parties were as follows:

	<u>Debit</u>	<u>Credit</u>
	US\$	US\$
<i>Parent company:</i>		
Future Management Holdings Company sal (a Holding Company) (FMH)	216,906	-
<i>Sister companies:</i>		
Future Management Real Estate Company sal (FMRE)	161,635	-
Future Pipe Industries sal (FPI)	14,157	-
Future House sarl	-	8,629
<i>Organizations:</i>		
National Dialogue Party	7,189	-
Makhzoumi Foundation	7,742	-



B) *The agreements and transactions concluded with your Company were as follows:*

- 1- *Your Company charged **Makhzoumi Foundation** in 2008, with security services and electronics sales amounting to US\$ 67,631 and US\$ 1,609 respectively.*
- 2- *Your Company charged **Future Pipe Industries sal** in 2008, with security services and electronics sales amounting to US\$ 110,292 and US\$ 187 respectively.*
- 3- *Your Company charged **Future Management Holdings Company sal (a Holding Company)** in 2008, with security services amounting to US\$ 97,309.*
- 4- *Your Company charged **National Dialogue Party** in 2008, with security services and electronics sales amounting to US\$ 91,547 and US\$ 655 respectively.*
- 5- *Your Company charged **Future Management Real Estate Company sal** with security services amounting to US\$ 16,056 in 2008.*
- 6- *Your Company charged **Mr. Fouad Makhzoumi** in 2008, with security services amounting to US\$ 126,844.*
- 7- *Your Company has been charged by **Makhzoumi Foundation** with operating expenses amounting to US\$ 5,644 in 2008.*
- 8- *Your Company has been charged by **Future Management Real Estate Company sal** with operating expenses amounting to US\$ 27,656 in 2008.*
- 9- *Your Company charged **Makhzoumi Foundation** with operating expenses amounting to US\$ 113 in 2008.*
- 10- *Your Company charged **Future Pipe Industries sal** with operating expenses amounting to US\$ 2,978 in 2008.*
- 11- *Your Company charged **Future Management Holdings Company sal (a Holding Company)** with operating expenses amounting to US\$ 212 in 2008.*
- 12- *Your Company charged **Future Management Real Estate Company sal** with operating expenses amounting to US\$ 380 in 2008.*
- 13- *Your Company Paid US\$ 12,500 as donations to **Makhzoumi Foundation** in 2008.*
- 14- *Your Company Paid US\$ 13,200 as legal fees to **Manal Consultancy sarl** in 2008.*



Me. Saba K. Zreik, the Chairman and Chief Executive Officer of your company is the general manager of **Manal Consultancy sarl**, a board member of **FMH** and the Secretary and Accountant of **Makhzoumi Foundation** and vice chairman of the **National Dialogue Party**. **Mrs. May Fouad Makhzoumi**, a board member of your Company is the president of **Makhzoumi Foundation** and a board member of **FMH**. **Mr. Rami F. Makhzoumi**, a board member of your Company is the Chairman and Chief Executive Officer of **FMRE, FPI and FPRE**, the General Manager of **Future House**, the Vice President of **Makhzoumi Foundation**, and a board member of **FMH**. **Mr. Antoine E Habib**, a board member of your Company, is the Executive President of **FPRE**, the Vice President for Sales and Marketing of **FPI** and a member of the advisory board of **Makhzoumi Foundation**. **General Omar A. F. Makhzoumi**, the Vice Chairman of your Company is a board member of **FPI** and **FPRE**. **Dr. Omar I. Ashur**, a board member of your Company is the Treasurer of **Makhzoumi Foundation**, and a board member of **FMH, FMRE** and **FPI**.

Such agreements and transactions are subject to the approval of your Annual General Assembly, which shall annually renew the authorization stipulated by article 158 of the Lebanese Code of Commerce.

We have enumerated the information related to the transactions of your Company with various related parties of which some board members participate in your Company's Board as well as the prevailing direct and indirect agreements concluded between them to enable you to reach pertinent decisions. The Management has verbally declared that there are no other agreements between the Company and the Members of the Board of Directors whether such agreements are direct, indirect or through a third party.

Beirut, Lebanon
February 12, 2009

Annexe n° 6

Modèle de résolution sur les conventions réglementées prise par l'assemblée générale d'une société anonyme française, prenant acte de la teneur négative du rapport spécial des commissaires aux comptes sur les conventions.

TEXTE DU PROJET DE RÉSOLUTIONS PRÉSENTÉES PAR LE CONSEIL D'ADMINISTRATION À L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE MIXTE

I - Résolutions à caractère ordinaire

Première résolution

Approbation des comptes de l'exercice 2000

L'Assemblée Générale, connaissance prise :

- + du rapport de gestion du Conseil d'Administration sur l'exercice clos le 31 décembre 2000,
 - + et du rapport général établi par MM. les Commissaires aux Comptes sur l'exécution de leur mission au cours dudit exercice,
- approuve l'ensemble des comptes, en particulier le bilan, le compte de résultat et l'annexe, arrêtés au 31 décembre 2000, tels qu'ils ont été présentés, ainsi que les opérations traitées par ces comptes ou résumées dans ces rapports.

L'Assemblée Générale prend acte que les comptes consolidés établis au 31 décembre 2000 lui ont été présentés et que le rapport du Conseil d'Administration sur la gestion du Groupe est inclus dans le rapport de gestion.

L'Assemblée Générale donne, en conséquence, quitus entier et sans réserve au Conseil d'Administration pour sa gestion au cours de l'exercice.

Deuxième résolution

Conventions réglementées

L'Assemblée Générale, connaissance prise du rapport spécial des Commissaires aux Comptes, prend acte de ce qu'au cours de l'exercice écoulé aucune convention visée à l'article L.225-38 du Code de Commerce n'a été conclue.

Troisième résolution

Affectation de résultat et dividende

L'Assemblée Générale approuve les propositions de Conseil d'Administration relatives à l'affectation du bénéfice distribuable de l'exercice clos le 31 décembre 2000 qui s'élève à :

+ bénéfice net de l'exercice	318 151 928,90 euros
+ report à nouveau	85 514 889,11 euros
soit au total	403 666 818,01 euros

Et de décider l'affecter comme suit au bénéfice distribuable :

+ à la réserve légale qui sera ainsi dotée entièrement, une somme de	37 088 348,88 euros
+ à titre de dividende, une somme de	
1,20 euro par action, soit	349 166 652,88 euros
+ au paiement du précompte, une somme de	15 280 227,21 euros
+ au report à nouveau, le solde soit	202 122 981,24 euros
ce qui fait bien au total	403 666 818,01 euros

En conséquence, le dividende est fixé à 1,20 euro pour chacune des 124 305 544 actions composant le capital social au 31 décembre 2000. Ce dividende, qui donnera droit à un avoir fiscal de 0,60 euro (50%), 0,30 euro (25%) ou 0,18 euro (15%) par action selon le cas et conformément aux dispositions de la loi de finances pour 2001, sera mis en paiement à compter du 18 mai 2001. Au cas où, lors de la mise en paiement du dividende, la Société détiendrait certaines de ses propres actions, la somme correspondant aux dividendes non versés à ces actions sera affectée au compte "report à nouveau", il en sera de même de l'ajoutement du montant du précompte.

En application des dispositions de l'article 243 bis du Code Général des Impôts, l'Assemblée Générale prend acte qu'il a été procédé à la distribution d'un dividende de 77 945 128 euros (1 euro x 77 945 128 actions) au titre de l'exercice 1998, de 390 218 613 francs, soit 57 963 965 euros, (5,50 francs x 69 130 658 actions) au titre de l'exercice 1999 et de 214 196 060,50 francs, soit 32 603 980 euros, (3,50 francs x 61 198 877 actions) au titre de l'exercice 1997.

Annexe n° 7

Note sur les *Related Party Transactions* dans le rapport général sur les comptes consolidés par l'auditor d'un groupe américain de sociétés.

La brièveté et même le manque de détails concernant les *transactions* en question est remarquable.

**Future Pipe Holdings, Inc.
and Subsidiaries**

Consolidated Financial Statements

December 31, 2006

PANNELL
KERR
FORSTER
OF TEXAS, P.C.

CPAs & Professional Advisors
3847 San Felipe, Suite 2400
Houston, Texas 77057-3092
Phone: (713) 860-1400
Fax: (713) 335-1909
www.pkftexas.com

INDEPENDENT AUDITORS' REPORT

The Board of Directors
Future Pipe Holdings, Inc.

We have audited the consolidated balance sheets of Future Pipe Holdings, Inc. and Subsidiaries (the "Company") as of December 31, 2006 and 2005 and the related consolidated statements of operations, changes in stockholder's equity and cash flows for the years then ended. These financial statements are the responsibility of the Company's management. Our responsibility is to express an opinion on these financial statements based on our audits.

We conducted our audits in accordance with U.S. generally accepted auditing standards. These standards require that we plan and perform the audit to obtain reasonable assurance about whether the financial statements are free of material misstatement. An audit includes examining, on a test basis, evidence supporting the amounts and disclosures in the financial statements. An audit also includes assessing the accounting principles used and significant estimates made by management, as well as evaluating the overall financial statement presentation. We believe that our audits provide a reasonable basis for our opinion.

In our opinion, the financial statements referred to above present fairly, in all material respects, the consolidated financial position of Future Pipe Holdings, Inc. and Subsidiaries as of December 31, 2006 and 2005, and the results of its operations and its cash flows for the years then ended in conformity with U.S. generally accepted accounting principles.

Pannell Kerr Forster of Texas, P.C.

April 3, 2007
Houston, Texas



Member of PKF International, a worldwide
association of legally independent firms.

Future Pipe Holdings, Inc. and Subsidiaries
Notes to Consolidated Financial Statements
December 31, 2006

Note 12 - Commitments and Contingencies

Operating leases

The Company entered into various leases for the use of a driveway adjacent to the premises of the Houston facility, office space and equipment. Future minimum lease payments due under these leases as of December 31, 2006 are as follows:

Year Ended December 31,	
2007	\$ 277,442
2008	106,801
2009	99,542
2010	101,445
2011	<u>70,081</u>
Total	<u>\$ 655,311</u>

Rental expense related to the leases was \$273,104 and \$221,910 for the years ended December 31, 2006 and 2005, respectively.

Legal proceedings

The Company becomes a party to legal proceedings and claims arising in the normal course of business. In the opinion of management, the outcome of these matters will not have a material adverse effect on the Company's financial position, results of operations or cash flows.

Note 13 - Significant Customers

During 2006, one customer accounted for 19% of the Company's revenues and 21% of accounts receivable at December 31, 2006. During 2005, two customers accounted for 37% of the Company's revenues and 24% of accounts receivable at December 31, 2005. Any significant change in the relationship with these customers could have a material adverse effect on the Company's financial position and results of operations.

Note 14 - Related Party Transactions

The consolidated statements of operations for the years ended December 31, 2006 and 2005 include approximately \$190,000 and \$367,000, respectively, of pipe sold to a related party. The pipe was sold at market prices. Approximately \$0 and \$297,000 related to these sales is included in due from related party at December 31, 2006 and 2005, respectively. At December 31, 2006 and 2005, the Company also had various related party payables for materials and other purchases and services totaling approximately \$9,200,000 and \$2,500,000, respectively.

Annexe n° 8

Convocation à la réunion d'une assemblée générale ordinaire annuelle d'une société anonyme libanaise qui ne consacre pas une rubrique séparée aux autorisations de l'art. 158 du Code de commerce libanais.

La question des conventions réglementées (art.158 C.com.lib) et celle de la prohibition de gérer une société à objet similaire (art. 159 C.com.lib) y sont mentionnées sous la même rubrique (4^e).

La rubrique en question, traduite en français, énonce :

« Réception du rapport du conseil d'administration et du rapport spécial du commissaire de surveillance et autorisations aux membres du conseil d'administration prévues aux articles 158 et 159 du Code de commerce. »

Annexe n° 9

Extraits du procès-verbal de la réunion de l'assemblée générale ordinaire annuelle d'une SA libanaise, contenant une décision d'autorisation de conventions réglementées générale prise non séparément et associée à l'autorisation de l'art. 159 Code du commerce libanais.

Ci-après la traduction du texte de la résolution en question:

«

Sixième résolution

L'assemblée générale ordinaire, après avoir entendu les rapports spéciaux du conseil d'administration et des commissaires de surveillance décide de conférer aux membres du conseil les autorisations prévues aux articles 158 et 159 du C.com.lib., y compris l'autorisation de continuer les conventions et relations en cours pour l'exercice fiscal 2003, et de ratifier les transactions et contrats conclus entre la société et l'un de ses dirigeants, intervenant directement ou indirectement, ou entre la société et d'autres sociétés dans lesquelles l'un des administrateurs est actionnaire ou administrateur, et qui sont mentionnés dans le rapport spécial des commissaires de surveillance pour l'exercice fiscal 2002 ».



period of one year ending at the approval of accounts and balance sheet of the Company as to 31/12/2003.

لعمد الجمعية العمومية السنوية لقرى تصديق على حسابات السنة المالية المنتهية لقرى ٢٠٠٣/١٢/٣١.

This resolution was unanimously approved

صدق القرار بالإجماع

Fourth Resolution:

The Ordinary General Assembly, resolves,

To appoint MM. Deloitte & Touche as Auditors of the Company for the financial year 2003 and determine their yearly fees at LP /800.000/ (Eight Hundred Thousand Lebanese Pounds).

This resolution was unanimously approved

القرار الرابع:

إن الجمعية العمومية العادية ، تقر:

تعيين المائة Deloitte & Touche مفوضي مراقبة للشركة للسنة المالية ٢٠٠٣ ، وتحديد التعاليم بمبلغ /٨٠٠.٠٠٠/ ل.ل. (ثمانمائة ألف ليرة لبنانية) سنوية.

صدق القرار بالإجماع

Fifth Resolution:

The Ordinary General Assembly, resolves,

To grant the Chairman and the Directors, of the Company an attendance fee for the amount of L.P. /250.000/ (Two Hundred and Fifty Thousand Lebanese Pounds) per meeting of the Board of Directors.

This resolution was unanimously approved

القرار الخامس:

إن الجمعية العمومية العادية ، تقر:

تقديم منح مصاصات كل من رئيس وأعضاء مجلس الإدارة بمبلغ /٢٥٠.٠٠٠/ ل.ل. (مئتين وخمسين ألف ليرة لبنانية) عن كل اجتماع يعده مجلس الإدارة وذلك كبديل حضور.

صدق القرار بالإجماع

Sixth Resolution:

The Ordinary General Assembly, After hearing the Private reports of the Board of Directors and the Auditors, resolves,

To grant the members of the Board the authorizations stipulated in articles 158 and 159 of the Lebanese Code of Commerce and authorize the continuation of such agreements and dealings for the fiscal year 2003 including the approval of the transactions and agreements operated between the company and the directors directly or indirectly or between the company and related parties during the financial year 2002, as stated in the

القرار السادس:

إن الجمعية العمومية العادية ، بعد الاستماع إلى تقرير مجلس الإدارة الخاص وتقرير مفوض المراقبة الخاص، تقر:

منح أعضاء مجلس الإدارة الترخيص المنصوص عليه في المادتين ١٥٨ و ١٥٩ من قانون التجارة بما فيها الترخيص بالاستمرار بالعقود والعلاقات الجارية للسنة المالية ٢٠٠٣ والمصادقة على العمليات والاتفاقات المعقودة بين الشركة وأحد مترقبها، مباشرة أو غير مباشرة، أو بين الشركة وشركات أخرى يكون لدى أعضاء مجلس الإدارة شريكا أو عضو مجلس إدارة فيها، والمصدقة لقرى الخاص: للسنة المالية ٢٠٠٢ الموضوع من مفوض المراقبة.

Annexe n° 10

Convocation à la réunion d'une assemblée générale ordinaire annuelle d'une société anonyme libanaise qui est plus conforme à l'esprit de la réglementation des conventions réglementées.

Cette convocation consacre au sujet concernant les conventions réglementées (art.158 C.com.lib), une rubrique séparée de celle de l'art 159 C.com.lib.



AVIS DE CONVOCATION A L'ASSEMBLEE GENERALE ANNUELLE

Les Actionnaires de la SOCIETE GENERALE DE BANQUE AU LIBAN

● L, détenteurs d'actions ordinaires, sont invités à se réunir le Vendredi 30 Avril 2010 au Siège de la Banque sis au Rond-Point Salomé / Liban, à 10h., en Assemblée Générale Ordinaire, afin de délibérer sur l'ordre du jour suivant:

1. Lecture des rapports du Conseil d'Administration et des Commissaires de Surveillance.
2. Approbation du Bilan et du compte "Pertes et Profits" de l'exercice 2009 après audition des rapports du Conseil d'Administration et des Commissaires de Surveillance.
3. Affectation des bénéfices de l'exercice social 2009.
4. Quitus aux Administrateurs et Commissaires de Surveillance.
5. Election d'Administrateurs.
- 6. Lecture des rapports spéciaux du Conseil d'Administration et des Commissaires de Surveillance.
7. Autorisations à accorder pour les opérations prévues :
 - 7.1. à l'article 152 du Code de la Monnaie et du Crédit,
 - 7.2. à l'article 158 du Code de Commerce,
 - 7.3. à l'article 159 du Code de Commerce.
8. Nomination des Commissaires de Surveillance.
9. Jetons de présence aux membres du Conseil d'Administration.
10. Questions diverses

Les Actionnaires peuvent prendre communication au Siège de la Banque des documents mentionnés à l'article 197 du Code de Commerce dans les quinze jours précédant la date de l'Assemblée, aux heures d'ouverture de la Banque.

● Le Conseil d'Administration

Annexe n° 11

Avis de réunion et avis de convocation d'une assemblée générale d'une société anonyme française.

CONVOICATIONS

ASSEMBLÉES D'ACTIONNAIRES ET DE PORTEURS DE PARTS

SOCIÉTÉ GÉNÉRALE

Société anonyme au capital de 924 757 831,25 euros
Siège social : 29, boulevard Haussmann – 75009 Paris
552 320 222 R.C.S. Paris

Avis de convocation d'une Assemblée générale mixte.

Mmes et MM, les actionnaires sont convoqués en Assemblée générale mixte pour le 25 mai 2010 à 16h 30 à Paris Expo, Espace Grande Arche, la Grande Arche, 92044 Paris-la Défense, à l'effet de délibérer sur l'ordre du jour suivant :

Ordre du jour

Suite à la publication de l'avis de réunion, le Conseil d'administration a décidé de ne pas faire de proposition de nomination d'administrateur ; en conséquence, la 14ème résolution est retirée de l'ordre du jour. Les autres résolutions sont inchangées.

Partie relevant de la compétence d'une Assemblée ordinaire :

1. Approbation des comptes sociaux de l'exercice 2009.
2. Affectation du résultat 2009. Fixation du dividende et de sa date de mise en paiement.
3. Option pour le paiement du dividende en actions BORDERS.
4. Approbation des comptes consolidés de l'exercice 2009.
5. Poursuite de conventions réglementées visées à l'article L. 225-38 du Code de commerce.
6. Poursuite d'engagements réglementés « retraite » visés à l'article L. 225-42-1 du Code de commerce.
7. Approbation d'un engagement réglementé « retraite » visé à l'article L. 225-42-1 du Code de commerce au bénéfice de M. Jean François Sammarcelli.
8. Approbation d'un engagement réglementé « retraite » visé à l'article L. 225-42-1 du Code de commerce au bénéfice de M. Bernardo Sanchez Iaceta.
9. Approbation d'une convention réglementée « clause de non concurrence » visée à l'article L. 225-42-1 du Code de commerce relatif au départ de M. Philippe Cérme.
10. Approbation d'un engagement réglementé « indemnité de départ » visé à l'article L. 225-42-1 du Code de commerce en cas de départ de M. Frédéric Daïlé.
11. Poursuite de la convention réglementée « clause de non concurrence » visée à l'article L. 225-42-1 du Code de commerce au bénéfice de M. Frédéric Daïlé.
12. Renouvellement de M. Ruben Castagna en qualité d'Administrateur.
13. Renouvellement de M. Gianmilio Ocultari en qualité d'Administrateur.
14. Résolution retirée de l'ordre du jour.
15. Autorisation donnée au Conseil d'administration à l'effet d'opérer sur les actions de la Société dans la limite de 10% du capital.

Partie relevant de la compétence d'une Assemblée extraordinaire :

16. Délégation donnée au Conseil d'administration à l'effet de procéder à l'augmentation du capital social avec maintien du droit préférentiel de souscription.
17. Délégation donnée au Conseil d'administration à l'effet de procéder à l'augmentation du capital social avec suppression du droit préférentiel de souscription.
18. Délégation donnée au Conseil d'administration à l'effet d'augmenter le nombre de titres à émettre en cas de demande excédentaire lors de la réalisation d'une augmentation de capital avec ou sans droit préférentiel de souscription.
19. Délégation donnée au Conseil d'administration à l'effet de procéder à l'augmentation du capital social pour rémunérer des apports en nature.
20. Délégation donnée au Conseil d'administration à l'effet de procéder à des augmentations de capital réservées aux adhérents à un Plan d'épargne d'entreprise ou de Groupe.
21. Délégation donnée au Conseil d'administration à l'effet de procéder à des attributions d'options de souscription ou d'achat d'actions.
22. Délégation donnée au Conseil d'administration à l'effet de procéder à des attributions gratuites d'actions.
23. Délégation donnée au Conseil d'administration à l'effet d'annuler des actions propres détenues par la société.
24. Modification des statuts suite au rachat et à l'annulation des actions de préférence.
25. Procédures.

Tout actionnaire, quel que soit le nombre d'actions qu'il possède, a le droit de participer à l'Assemblée, soit en y assistant personnellement, soit en s'y faisant représenter par son conjoint ou un autre actionnaire, soit en votant par correspondance.

Conformément à l'article R. 225-85 du Code de commerce, seront admis à participer à l'assemblée les actionnaires qui justifieront de leur qualité par l'enregistrement comptable des titres à leur nom ou au nom de l'intermédiaire inscrit régulièrement pour leur compte au troisième jour ouvré précédant

19 mars 2010

BULLETIN DES ANNONCES LEGALES OBLIGATOIRES

Bulletin n° 34

CONVOCATIONS

ASSEMBLÉES D'ACTIONNAIRES ET DE PORTEURS DE PARTS

SOCIÉTÉ GÉNÉRALE

Société anonyme au capital de 924 757 831,25 euros
Siège social : 29, boulevard Haussmann – 75009 Paris
552 120 222 R.C.S. Paris

Avis de réunion d'une assemblée générale mixte.

Mises et MM. les actionnaires sont avisés qu'ils seront prochainement convoqués en assemblée générale mixte pour le 25 mai 2010 à 16 h 30 à Paris (Paris, Espagne Grande Arabie, la Grande Arabie, 92011 Paris la Défense, à l'effet de délibérer sur l'ordre du jour suivant :

Ordre du jour

Partie relevant de la compétence d'une assemblée ordinaire :

1. Approbation des comptes sociaux de l'exercice 2009.
2. Affectation du résultat 2009. Fixation du dividende et de sa date de mise en paiement.
3. Option pour le paiement du dividende en actions nouvelles.
4. Approbation des comptes consolidés de l'exercice 2009.
5. Poursuite de conventions réglementées visées à l'article L. 225-38 du Code de commerce.
6. Poursuite d'engagements réglementés « retraite » visés à l'article L. 225-42-1 du Code de commerce.
7. Approbation d'un engagement réglementé « retraite » visés à l'article L. 225-42-1 du Code de commerce au bénéfice de M. Jean-François Sammarocelli.
8. Approbation d'un engagement réglementé « retraite » visés à l'article L. 225-42-1 du Code de commerce au bénéfice de M. Bernardo Sanchez Incerri.
9. Approbation d'une convention réglementée « clause de non concurrence » visée à l'article L. 225-42-1 du Code de commerce relatif au départ de M. Philippe Citene.
10. Approbation d'un engagement réglementé « indemnité de départ » visée à l'article L. 225-42-1 du Code de commerce relatif en cas de départ de M. Frédéric Oudia.
11. Poursuite de la convention réglementée « clause de non concurrence » visée à l'article L. 225-42-1 du Code de commerce relatif au bénéfice de M. Frédéric Oudia.
12. Renouvellement de M. Robert Castagne en qualité d'Administrateur.
13. Renouvellement de M. GUZZELLINI OSCARINI en qualité d'ADMINISTRATEUR.
14. Nomination de _____ en qualité d'Administrateur.
15. Autorisation donnée au Conseil d'administration à l'effet d'opérer sur les actions de la Société dans la limite de 10 % du capital.

Partie relevant de la compétence d'une assemblée extraordinaire :

16. Délégation donnée au Conseil d'administration à l'effet de procéder à des augmentations de capital avec maintien du droit préférentiel de souscription.
17. Délégation donnée au Conseil d'administration à l'effet de procéder à des opérations d'augmentations de capital avec suppression du droit préférentiel de souscription.
18. Délégation donnée au Conseil d'administration à l'effet d'augmenter le nombre de titres à émettre en cas de demande excédentaire lors de la réalisation d'une augmentation de capital avec ou sans droit préférentiel de souscription.
19. Délégation donnée au Conseil d'administration à l'effet de procéder à des opérations d'augmentations de capital pour rémunérer des apports en nature.
20. Délégation donnée au Conseil d'administration à l'effet de procéder à des augmentations de capital réservées aux adhérents à un Plan d'épargne d'entreprise ou de Groupe.
21. Délégation donnée au Conseil d'administration à l'effet de procéder à des attributions d'options de souscription ou d'achat d'actions.
22. Délégation donnée au Conseil d'administration à l'effet de procéder à des attributions gratuites d'actions.
23. Délégation donnée au Conseil d'administration à l'effet d'annuler des actions propres détenues par la société.
24. Modification des statuts suite au rachat et à l'annulation des actions de préférence.
25. Pouvoirs.

Projet de texte des résolutions.

Partie relevant de la compétence d'une Assemblée ordinaire.

Première résolution (Approbation des comptes sociaux de l'exercice 2009). — L'Assemblée générale, statuant aux conditions de quorum et de majorité d'une Assemblée ordinaire, connaissance prise du rapport du Conseil d'administration et du rapport des Commissaires aux comptes :

Approuve les comptes sociaux au 31 décembre 2009 tels qu'ils ont été présentés ainsi que les opérations traduites dans ces comptes ou résumées dans ces rapports.

Constate que le résultat net comptable de l'exercice 2009 s'élève à 922.417.951,49 euros.

Deuxième résolution (Affectation du résultat 2009. Fixation du dividende et de sa date de mise en paiement). — L'Assemblée générale, statuant aux conditions de quorum et de majorité d'une Assemblée ordinaire, connaissance prise du rapport du Conseil d'administration :

1. Décide de prélever sur le bénéfice net de l'exercice 2009, qui ressort à 922.417.951,49 euros, un montant de 19.571.188,01 euros pour affectation à la réserve légale.

19 mars 2010

BULLETIN DES ANNONCES LEGALES OBLIGATOIRES

Bulletin n° 34

Après cette affectation, le solde net disponible s'établit à 902.846.763,48 euros. Ce montant, ajouté au report à nouveau du bilan d'ouverture, qui s'élevait à 2.719.793.844,36 euros, forme un total distribuable de 3.622.640.607,84 euros.

2. Décide :

- d'affecter une somme complémentaire de 717.895.197,20 euros au compte report à nouveau ;
- d'attribuer aux actionnaires, à titre de dividende, une somme de 184.951.566,28 euros. Le dividende par action au nominal de 1,25 euro s'élève à 0,25 euro.

3. Décide que le dividende sera détaché le 1er juin 2010 et mis en paiement à compter du 23 juin 2010. Il est éligible à l'abattement de 40% prévu à l'article 158-3 du Code général des impôts et au prélèvement forfaitaire libératoire.

4. Constate qu'après ces affectations :

- les réserves, qui s'élevaient après affectation du résultat 2009 à 16.799.496.798,51 euros, se trouvent portées à 22.093.556.743,71 euros, compte tenu des primes d'émission dégelées sur les augmentations de capital et des bonis de fusion de l'exercice 2009 ;
- le report à nouveau, qui s'élevait après affectation du résultat 2009 à 2.719.793.844,36 euros, s'établit désormais à 3.437.689.041,56 euros. Il pourra être majoré de la fraction du dividende correspondant aux actions éventuellement détenues par la Société au moment de la mise en paiement du dividende de l'exercice 2009.

5. Rappelle, conformément à la loi, que le dividende par action ordinaire attribué au cours des trois exercices précédents a été le suivant :

Exercices	2006(1)	2007(2)	2009(2)
euros net	5,20	0,90	1,20

(1) Pour certains contribuables, le dividende était éligible à l'abattement de 40% de l'article 158-3 du CGI
(2) Pour certains contribuables, le dividende était éligible à l'abattement de 40% de l'article 158-3 du CGI et au prélèvement forfaitaire libératoire.

Troisième résolution (Liquide pour le paiement du dividende en actions nouvelles). — L'Assemblée générale, statuant aux conditions de quorum et de majorité d'une Assemblée ordinaire, connaissance prise du rapport du Conseil d'administration :

1. Décide d'offrir à chaque actionnaire la possibilité d'opter pour le paiement en actions nouvelles de la Société de la totalité du dividende.

2. Décide que cette option devra être exercée du 1er au 15 juin 2010 inclus. Au-delà de cette dernière date ou à défaut d'exercice de l'option, le dividende sera payé uniquement en numéraire.

3. Décide que le prix d'émission des actions nouvelles qui seront remises au paiement du dividende sera égal à 90% du montant résultant du calcul de la moyenne des premiers cours cotés aux vingt séances de bourse précédant le jour de la décision de mise en distribution diminuée du montant du dividende et arrondi au centime d'euro supérieur.

Les actions ainsi émises en paiement des dividendes porteront jouissance au 1er janvier 2010.

4. Décide que si le montant des dividendes pour lesquels est exercée l'option ne correspond pas à un nombre entier d'actions, l'actionnaire recevra le nombre d'actions immédiatement inférieur complété d'une somme en espèces.

5. Confère tous pouvoirs au Conseil d'administration, avec faculté de délégation, pour assurer la mise en œuvre du paiement du dividende en actions nouvelles, effectuer toutes formalités et déclarations, constater l'augmentation de capital qui en résultera et approuver les modifications corrélatives aux statuts.

Quatrième résolution (Approbation des comptes consolidés de l'exercice 2009). — L'Assemblée générale, statuant aux conditions de quorum et de majorité d'une Assemblée ordinaire, connaissance prise du rapport du Conseil d'administration et du rapport des Commissaires aux comptes, approuve les comptes consolidés au 31 décembre 2009 tels qu'ils ont été présentés.

Cinquième résolution (Poursuite de conventions réglementées visées à l'article L. 225-38 du Code de commerce). — L'Assemblée générale, statuant aux conditions de quorum et de majorité d'une Assemblée ordinaire, connaissance prise du rapport du Conseil d'administration et du rapport spécial établi par les Commissaires aux comptes sur les conventions réglementées visées à l'article L. 225-38 du Code de commerce, approuve les conclusions du rapport spécial présentant et retraçant l'exécution de conventions antérieurement approuvées.

Sixième résolution (Poursuite d'engagements réglementés « retraite » visés à l'article L. 225-42-1 du Code de commerce). — L'Assemblée générale, statuant aux conditions de quorum et de majorité d'une Assemblée ordinaire, connaissance prise du rapport du Conseil d'administration et du rapport spécial établi par les Commissaires aux comptes sur les engagements réglementés visés à l'article L. 225-42-1 du Code de commerce, approuve les conclusions du rapport spécial présentant et retraçant la poursuite des engagements réglementés « retraites » approuvés par de précédentes assemblées, en 2006 pour MM. Daniel Bouton et Philippe Citerne, en 2007 pour M. Didier Alix, en 2009 pour M. Severin Cabannes.

Elle prend acte que, ayant rompu son contrat de travail le 6 mai 2009, M. Frédéric Oudéa, en conséquence, perd le bénéfice de l'engagement réglementé « retraite » approuvé par l'assemblée du 19 mai 2009.

Septième résolution (Approbation d'un engagement réglementé « retraite » visé à l'article L. 225-42-1 du Code de commerce au bénéfice de M. Jean-François Sarracellin). — L'Assemblée générale, statuant aux conditions de quorum et de majorité d'une Assemblée ordinaire, connaissance prise du rapport du Conseil d'administration et du rapport spécial établi par les Commissaires aux comptes sur les engagements réglementés visés à l'article L. 225-42-1 du Code de commerce, approuve l'engagement « retraite » pris par le Conseil d'administration le 17 janvier 2010 au bénéfice de M. Jean-François Sarracellin afin de lui permettre de conserver le bénéfice du régime sur-complémentaire de retraite des cadres hors classification mis en place le 1er janvier 1986 dans le cas où salarié avant sa nomination comme mandataire social.

Huitième résolution (Approbation d'un engagement réglementé « retraite » visé à l'article L. 225-42-1 du Code de commerce au bénéfice de M. Bernardo Sanchez Garcia). — L'Assemblée générale, statuant aux conditions de quorum et de majorité d'une Assemblée ordinaire, connaissance prise du rapport du Conseil d'administration et du rapport spécial établi par les Commissaires aux comptes sur les engagements réglementés visés à l'article L. 225-42-1 du Code de commerce, approuve l'engagement « retraite » pris par le Conseil d'administration le 12 janvier 2010 au bénéfice de M. Bernardo Sanchez Garcia afin de lui permettre de continuer à bénéficier du régime sur-complémentaire de retraite des cadres de direction mis en place en 1991 dans le cas où salarié avant sa nomination comme mandataire social.

Neuvième résolution (Approbation d'une convention réglementée « clause de non concurrence » visée à l'article L. 225-42-1 du Code de commerce relatif au départ de M. Philippe Clerne). — L'Assemblée générale, statuant aux conditions de quorum et de majorité d'une Assemblée ordinaire, connaissance prise du rapport du Conseil d'administration et du rapport spécial établi par les Commissaires aux comptes sur les engagements réglementés visés à l'article L. 225-42-1 du code de commerce, approuve la convention « clause de non concurrence » autorisée par le Conseil d'administration du 23 avril 2009 dont M. Philippe Clerne est bénéficiaire.

Dixième résolution (Approbation d'un engagement réglementé « indemnité de départ » visé à l'article L. 225-42-1 du Code de commerce en cas de départ de M. Frédéric Oudiz). — L'Assemblée générale, statuant aux conditions de quorum et de majorité d'une Assemblée ordinaire, connaissance prise du rapport du Conseil d'administration et du rapport spécial établi par les Commissaires aux comptes sur les engagements réglementés visés à l'article L. 225-42-1 du code de commerce, approuve l'engagement « indemnité de départ » soumis à des conditions de performance pris par le Conseil d'administration du 24 mai 2009 au bénéfice de M. Frédéric Oudiz, étant précisé que cet engagement est le simple renouvellement de celui approuvé par l'assemblée du 19 mai 2009.

Onzième résolution (Poursuite de la convention réglementée « clause de non concurrence » visée à l'article L. 225-42-1 du Code de commerce au bénéfice de M. Frédéric Oudiz). — L'Assemblée générale, statuant aux conditions de quorum et de majorité d'une Assemblée ordinaire, connaissance prise du rapport du Conseil d'administration et du rapport spécial établi par les Commissaires aux comptes sur les engagements réglementés visés à l'article L. 225-42-1 du code de commerce, approuve les conclusions du rapport spécial présentant et retraçant la poursuite de la convention « clause de non-concurrence » antérieurement approuvée par l'assemblée du 19 mai 2009 dont M. Frédéric Oudiz est bénéficiaire.

Douzième résolution (Renouvellement de M. Robert Cantagne en qualité d'Administrateur). — L'Assemblée générale, statuant aux conditions de quorum et de majorité d'une Assemblée ordinaire, connaissance prise du rapport du Conseil d'administration, décide de renouveler le mandat d'Administrateur de M. Robert Cantagne.
Ce mandat est conféré pour une durée de 4 ans qui prendra fin à l'issue de l'Assemblée générale tenue en 2014 pour statuer sur les comptes de l'exercice écoulé.

Treizième résolution (Renouvellement de M. Gianvito Osculati en qualité d'Administrateur). — L'Assemblée générale, statuant aux conditions de quorum et de majorité d'une Assemblée ordinaire, connaissance prise du rapport du Conseil d'administration, décide de renouveler le mandat d'Administrateur de M. Gianvito Osculati.
Ce mandat est conféré pour une durée de 4 ans qui prendra fin à l'issue de l'Assemblée générale tenue en 2014 pour statuer sur les comptes de l'exercice écoulé.

Quatorzième résolution (Nomination de _____ en qualité d'Administrateur). — L'Assemblée générale, statuant aux conditions de quorum et de majorité d'une Assemblée ordinaire, connaissance prise du rapport du Conseil d'administration, décide de nommer _____ en qualité d'Administrateur.
Ce mandat est conféré pour une durée de 4 ans qui prendra fin à l'issue de l'Assemblée générale tenue en 2014 pour statuer sur les comptes de l'exercice écoulé.

Quinzième résolution (Autorisation donnée au Conseil d'administration à l'effet d'opérer sur les actions de la Société dans la limite de 10 % du capital). — L'Assemblée générale, statuant aux conditions de quorum et de majorité d'une Assemblée ordinaire, connaissance prise du rapport du Conseil d'administration et conformément aux dispositions des articles L. 225-209 et suivants du Code de commerce, du Règlement général de l'Autorité des marchés financiers et du Règlement (CE) n° 2273/2005 de la Commission européenne du 22 décembre 2003 :

1. Autorise le Conseil d'administration à acheter des actions de la Société dans la limite de 10 % du nombre total des actions composant le capital social à la date de réalisation de ces achats, le nombre maximal d'actions détenues après ces achats ne pouvant excéder 10 % du capital.

2. URGENT que les actions de la Société pourront être achetées sur décision du Conseil d'administration en vue :

2.1. de les annuler, conformément aux termes de l'autorisation de l'Assemblée de ce jour dans sa 24ème résolution, aux seuls fins de compenser la dilution résultant de l'émission d'actions nouvelles liée à des plans d'options ou d'actions gratuites ou à des augmentations de capital réservées aux salariés ;

2.2. d'attribuer, de garantir et d'acquiescer tout plan d'options sur actions, d'attribution gratuite d'actions, d'épargne salariale et toute forme d'allocation au profit des salariés et des mandataires sociaux de la Société ou des sociétés qui lui sont liées dans les conditions définies par les dispositions légales applicables ;

2.3. de remettre des actions lors de l'exercice de droits attachés à des valeurs mobilières donnant accès au capital de la Société ;

2.4. de conserver et de remettre ultérieurement en paiement ou à l'échange des actions dans le cadre d'opérations de croissance externe du Groupe, et ce dans la limite de 5 % du capital ;

2.5. de permettre à un prestataire de services d'investissement d'intervenir sur les actions de la Société dans le cadre d'un contrat de liquidité conforme à une charte de déontologie reconnue par l'Autorité des marchés financiers.

3. Décide que les acquisitions, cessions ou transferts de ces actions pourront être réalisés, en une ou plusieurs fois, par tous moyens et à tout moment, sauf en période d'offre publique, dans les limites et selon les modalités définies par les lois et règlements en vigueur. Ces opérations pourront notamment être effectuées, le cas échéant, de gré à gré, par blocs, par utilisation de mécanismes optionnels ou d'instruments dérivés.

4. Fixe, par action, à 100 € le prix maximal d'achat. Ainsi, au 11 février 2010, sans tenir compte des actions déjà détenues, un nombre théorique maximal de 73 980 626 actions serait susceptible d'être acquies, correspondant à un montant théorique maximal de 7.398.062.600 euros.

5. Fixe à 18 mois à compter de la présente Assemblée la durée de cette autorisation qui annule pour la période non écoulée et remplacera, à compter de la date de mise en oeuvre par le Conseil d'administration, l'autorisation donnée par l'Assemblée générale tenue du 19 mai 2009 dans sa 13ème résolution.

6. Confère tous pouvoirs au Conseil d'administration, avec faculté de délégation, pour réaliser ces opérations, effectuer toutes formalités et déclarations, procéder le cas échéant aux ajustements liés aux éventuelles opérations sur le capital de la Société et, d'une manière générale, lier le nécessaire pour l'application de la présente autorisation.

Annexe n° 12

Extraits du procès-verbal de la réunion d'une assemblée générale ordinaire d'une société anonyme libanaise, contenant une décision d'autorisation de conventions réglementées très générale.

Traduction de la cinquième résolution :

«

Approbation des actes conclus avec les membres du conseil d'administration et autorisation prévue à l'article 16 alinéa 6 des statuts et à l'article 158 du Code de commerce.

Après avoir reçu les explications du conseil d'administration, l'assemblée générale a approuvé les actes conclus avec la société par les membres du conseil d'administration d'autres sociétés*, donne à nouveau aux membres du conseil d'administration l'autorisation prévue à l'alinéa 6 de l'article 16 des statuts et à l'article 158 du Code de commerce.

Cette résolution est prise à l'unanimité.

»

* Nous notons que cette phrase n'a aucun sens ; une autre preuve de la légèreté avec laquelle ces résolutions sont rédigées.

قرار ثالث

تقريرى مجلس الإدارة ومفوضى المراقبة المنظمين
علا بأحكام المادة ١٥٨ من قانون التجارة

بعد أن اطلعت الجمعية العمومية على تقارير مجلس الإدارة ومفوضى المراقبة عن الاتفاقات المعقودة سنة ١٩٩٧ مع بعض المؤسسات المشار إليها في المادة ١٥٨ من قانون التجارة طلب الرئيس من الجمعية العمومية تجديد الترخيص لسنة ١٩٩٨ العقود والأعمال المقررة مع المؤسسات المذكورة في هذه التقارير بنفس القواعد والشروط المعمول بها خلال العام ١٩٩٨.

اتخذ هذا القرار بالإجماع.

قرار رابع

التصديق على الميزانية وحسابات الخسائر والأرباح الموقفة
بتاريخ ٣١ كانون الأول ١٩٩٧ - بحث نتائج السنة المالية

وافقت الجمعية العمومية العادية على ميزانية السنة المالية المنتهية في ٣١ كانون الأول ١٩٩٧ المقدمة إليها من مجلس الإدارة.

اتخذ هذا القرار بالإجماع.

قرار خامس

الموافقة على الأعمال التي تمت مع أعضاء مجلس الإدارة واعطاؤهم
التصاريح المنصوص عنها في المادة ١٦ فقرة ٦ من النظام الأساسي
وفي المادة ١٥٨ من قانون التجارة

بعد أن استمعت إلى شروحات مجلس الإدارة وافقت الجمعية العمومية على الأعمال المعقودة مع الشركة من قبل أعضاء مجلس إدارة شركات أخرى أعطت مجددا لأعضاء مجلس الإدارة الترخيص المنصوص عنه في الفقرة السادسة من المادة ١٦ من القانون الأساسي وفي المادة ١٥٨ من قانون التجارة.

اتخذ هذا القرار بالإجماع.

Annexe n° 13

Extraits de procès-verbaux des réunions de l'assemblée générale ordinaire annuelle de deux sociétés anonymes libanaises, contenant des décisions d'autorisation de conventions réglementées, avec renvoi au rapport spécial des commissaires de surveillance, en langue arabe, et la traduction des résolutions proprement dites en français

Les décisions en question se fondent sur le rapport spécial du commissaire de surveillance sur les conventions et, sans les énumérer une par une, donnent l'autorisation aux conventions qui sont elles-mêmes énumérées dans le rapport du commissaire. Cela présente l'avantage de renvoyer à des conventions précises, dont les détails sont fournis dans le rapport en question*. Ce qui suppose que l'assemblée en a pris connaissance. Ces décisions sont ainsi spéciales à chacune des conventions, quoique d'une manière indirecte. Elles sont aussi expresses et, dans une certaine mesure, séparées pour chacune, même si les conventions ne figurent pas séparément dans le corps des résolutions elles-mêmes.

- La première de ces résolutions, rédigée en langue arabe, énonce :

« -----

7- Autorisations de l'article 158 du Code de commerce. Résolution 7/2007

L'assemblée générale ordinaire annuelle a résolu de donner les autorisations prévues à l'art 158 C.com.lib. au sujet des transactions et conventions conclues entre la société et sa société mère et parties liées qui sont mentionnées dans le rapport spécial du commissaire de surveillance du 24 mai 2007.

Cette résolution est prise à l'unanimité

----- »

- La traduction de la deuxième peut être trouvée à l'annexe 9.

* Comparer avec une pratique similaire en France (v. annexe n° 14)



-٤-

٥- ابراء ذمة كل من رئيس واعضاء مجلس الإدارة عن أعمال ادارتهم لغاية ٢٠٠٦/١٢/٣١

قرار رقم ٢٠٠٧/٥

قررت الجمعية العمومية العادية السنوية ابراء ذمة كل من رئيس واعضاء مجلس الإدارة عن أعمال ادارتهم لغاية ٢٠٠٦/١٢/٣١.

اتخذ هذا القرار بالاجماع

٦- تعيين مفوضي المراقبة الاساسيين للسنة المالية المنتهية في ٢٠٠٧/١٢/٣١

قرار رقم ٢٠٠٧/٦

قررت الجمعية العمومية العادية السنوية اعتماد توصية مجلس الإدارة، المدرجة في قراره رقم ٢٠٠٧/٣ المتخذ في هذا اليوم بالذات، باعادة تعيين السيد بيكر تيلي زكا كمفوضي مراقبة اساسيين للشركة للسنة المالية المنتهية في ٢٠٠٧/١٢/٣١، واعطاء رئيس مجلس الإدارة الصلاحية لتحديد بدل تعويضهم.

اتخذ هذا القرار بالاجماع

٧- اعطاء التراخيص المنصوص عنها في المادة ١٥٨ من قانون التجارة.

قرار رقم ٢٠٠٧/٧

قررت الجمعية العمومية العادية السنوية اعطاء التراخيص المنصوص عنها في المادة ١٥٨ من قانون التجارة بشأن التعامل والاتفاقيات المبرمة بين شركة وشركتها الأم وجهات مفسرية والمدرجة في تقرير مفوضي المراقبة الخاص الصادر في ٢٤ ايار ٢٠٠٧.

اتخذ هذا القرار بالاجماع

٨- ايسة امور طارئة

ولما لم يعد هناك من امور اخرى للبحث، رفعت الجلسة في تمام الساعة الثالثة عشر ظهرا وجرى التوقيع على هذا المحضر من قِبل هيئة المكتب تصديقاً منهم لما ورد فيه.

امينة السر
Amey

مصدق الاصوات

صورة طبق الاصل
يوجد في
١٧ عن
٢٠٠٧
رئيس العلم



FUTURE SECURITY COMPANY SAL

**Independent Auditors' Special Report
As Required by Article 158
of the Lebanese Code of Commerce**



SNA Building-Tobacco Square
 Beirut 2020 8701
 Tel. + 961 1 202885
 + 961 1 334651
 Fax. + 961 1 309087
 e-mail: bzt@bakertillyzacca.com
 office@bakertillyzacca.com

Independent Auditors' Special Report

To the Shareholders of
FUTURE SECURITY COMPANY SAL

As required by article 158 of the Lebanese Code of Commerce, we hereby present a special report on agreements concluded by your Company, during the 2006 financial year, with various related parties having with your Company common interests, board members, general manager or chairman. We relied on the information and statements (verbal and/or written) with which we have been provided by Management, and on our checking the accounting records performed when we undertook the examination of the Company's financial statements for the year 2006.

Agreements and Transactions with Related Parties

Your Company has concluded agreements with related parties, which specifically include: agreements for the provision of services, the allocation of overhead expenses and various operations on current accounts.

A) At December 31, 2006, the interest-free balances with no fixed repayment date arising from such transactions with related parties were as follows:

	<u>Debit</u>	<u>Credit</u>
	US\$	US\$
Parent company:		
Future Management Holdings Company sal (a Holding Company) (FMH)	-	372
Sister companies:		
Future Management Real Estate Company sal (FMRE)	185,578	-
Future Pipe Industries sal (FPI)	1,076	-
Future Pipe Real Estate Company sal (FPRRE)	994	-
Total		
Amount of Outstanding Parties	9,892	-





B) *The agreements and transactions concluded with your Company were as follows:*

1- *Your Company charged Makhzoumi Foundation with security services amounting to US\$ 70,262 in 2006.*

2- *Your Company charged Future Pipe Industries sal with security services amounting to US\$ 34,046 in 2006.*

3- *Your Company charged Future Management Holdings Company sal (a Holding Company) with security services amounting to US\$ 147,041 in 2006.*

4- *Your Company charged National Dialogue Party with security services amounting to US\$ 40,173 in 2006.*

5- *Your Company charged Future Management Real Estate Company sal with security services amounting to US\$ 12,353 in 2006.*

6- *Your Company has been charged by Makhzoumi Foundation with operating expenses amounting to US\$ 4,729 in 2006.*

7- *Your Company has been charged by Future Management Real Estate Company sal with operating expenses amounting to US\$ 25,487 in 2006.*

8- *Your Company charged Makhzoumi Foundation with operating expenses amounting to US\$ 1,320 in 2006.*

9- *Your Company charged Future Pipe Industries sal with operating expenses amounting to US\$ 2,721 in 2006.*

10- *Your Company charged Future Management Holdings Company sal (a Holding Company) with operating expenses amounting to US\$ 19,152 in 2006.*

11- *Your Company charged National Dialogue Party with operating expenses amounting to US\$ 2,758 in 2006.*

12- *Your Company Paid US\$ 12,500 as donations to Makhzoumi Foundation in 2006.*

13- *Your Company Paid US\$ 13,200 as legal fees to Manal Consultancy sarl in 2006.*





Ms. Saba K. Zreik, the Chairman and Chief Executive Officer of your company is the general manager of Menal Consultancy sari, a board member of FMH and the Secretary and Accountant of Makhzoumi Foundation and vice chairman of the National Dialogue Party. Mrs. Nay Fouad Makhzoumi, a board member of your Company is the president of Makhzoumi Foundation and a board member of FMH. Mr. Rami F. Makhzoumi, a board member of your Company is the Chairman and Chief Executive Officer of FMRE and FPRE, the Vice President of Makhzoumi Foundation, and a board member of FPI and FMH. Mr. Antoine E Habib, a board member of your Company, is the Chairman and Chief Executive Officer of FPI, the Executive President of FPRE and a member of the advisory board of Makhzoumi Foundation. General Omar A. F. Makhzoumi, the Vice Chairman of your Company is a board member of FPI and FPRE. Dr. Omar I. Ashur, a board member of your Company is the Treasurer of Makhzoumi Foundation, and a board member of FMH, FMRE and FPI.

Such agreements and transactions are subject to the approval of your Annual General Assembly, which shall annually renew the authorization stipulated by article 158 of the Lebanese Code of Commerce.

We have enumerated the information related to the transactions of your Company with various related parties of which some board members participate in your Company's Board as well as the prevailing direct and indirect agreements concluded between them to enable you to reach pertinent decisions. The Management has verbally declared that there are no other agreements between the Company and the Members of the Board of Directors whether such agreements are direct, indirect or through a third party.

*Beirut, Lebanon
May 24, 2007*

- ٤ -



period of one year ending at the approval of accounts and balance sheet of the company as to 31/12/2003.

لعماد الجمعية للصومعة السنوية التي سوف تصادق على حسابات لسنة المالية المنتهية لى ٢٠٠٣/١٢/٣١.

This resolution was unanimously approved

صادق القرار بالإجماع

Fourth Resolution:

The Ordinary General Assembly, resolves, To appoint MM. Deloitte & Touche as Auditors of the Company for the financial year 2003 and determine their yearly fees at LP /800.000/ (Eight Hundred Thousand Lebanese Pounds).

This resolution was unanimously approved

القرار الرابع:
ان الجمعية العمومية العادية، تقر:
تعيين شركة Deloitte & Touche كمؤوضي مراجعة لشركة السنة المالية ٢٠٠٣، وتحديد اعمليهم بمبلغ /٨٠٠.٠٠٠/ ل.ل. (ثمانماية لى لىرة لبنانية) سنويا.

صادق القرار بالإجماع

Fifth Resolution:

The Ordinary General Assembly, resolves, To grant the Chairman and the Directors, of the Company an attendance fee for the amount of L.P. /250.000/ (Two Hundred and Fifty Thousand Lebanese Pounds) per meeting of the Board of Directors.

This resolution was unanimously approved

القرار الخامس:
ان الجمعية العمومية العادية، تقر:
تحديد مخصصات كل من رئيس واهضاء مجلس الادارة بمبلغ /٢٥٠.٠٠٠/ ل.ل. (مئىة وخمسىة لى لىرة لبنانية) عن كل اجتماع يعقده مجلس الادارة وذلك كحدل مضمور.

صادق القرار بالإجماع

Sixth Resolution:

The Ordinary General Assembly, After hearing the Private reports of the Board of Directors and the Auditors, resolves, To grant the members of the Board the authorizations stipulated in articles 158 and 159 of the Lebanese Code of Commerce and authorize the continuation of such agreements and dealings for the fiscal year 2003 including the approval of the transactions and agreements operated between the company and the directors directly or indirectly or between the company and related parties during the financial year 2002, as stated in the

القرار السادس:
ان الجمعية العمومية العادية، بعد الاستماع الى تقرير مجلس الادارة للامس وتقرير مؤوضي المراجعة للامس، تقر:
منح اهضاء مجلس الادارة لتراخيص الخصوصوس عليها فى المادتين ١٥٨ و ١٥٩ من قانون التجارة بما فيها الترخيص بالامرار بالعمود والمعاملات اجارية لسنة المالية ٢٠٠٣ والنصافة على العمليات والاتقالات المتقودة بين الشركة واهضاء مخرانها، متقردة او غير متقردة او بين الشركة وشركاها اخرى يكون لدن اهضاء مجلس الادارة شركا او عضو مجلس ادارة لىها، والمعتمدة لى التقرير الخاص للسنة المالية ٢٠٠٢ الموضوم من مؤوضي المراجعة.

Annexe n° 14

Extraits du procès-verbal de la réunion de l'assemblée générale ordinaire annuelle d'une société anonyme française, contenant une résolution sur les conventions réglementées qui renvoie au rapport spécial des commissaires aux comptes.

L'Assemblée Générale décide que le dividende distribué au cours de l'exercice 2002 sera mis en paiement le mardi 27 mai 2003 :

- pour les actions inscrites en compte « nominatif pur » directement par la Banque Nationale de Paris en sa qualité d'établissement mandataire, suivant le mode de règlement indiqué par les titulaires ;
- pour les actions en compte « nominatif administré » ou au porteur faisant l'objet d'une inscription en compte, par les intermédiaires habilités auxquels la gestion de ces titres a été confiée.

Le bénéfice distribuable correspondant au dividende non versé en raison de la détention par la société de ses propres actions, sera affecté à la « Réserve ordinaire ».

L'Assemblée Générale constate que les dividendes nets, en euros, distribués au titre des trois derniers exercices, ainsi que les avoirs fiscaux correspondants, ont été les suivants et se rapportent à des titres dont la valeur nominale était de 2 € pour l'exercice 1999, et de 0,20 € pour les exercices 2000 et 2001, après division de la valeur nominale par 10 :

Année	Nombre de titres	Dividende net (en euros)	Impôt déjà payé au Trésor (Avoir fiscal) (en euros)	TOTAL (en euros)
1999	67 606 216	3,40	1,70	5,10
2000	676 062 160	0,44	0,22	0,66
2001	676 062 160	0,54	0,27	0,81

Cinquième résolution

Approbation des conventions réglementées

L'Assemblée Générale prend acte du rapport établi par les Commissaires aux Comptes, en application de l'article L. 225-40 du Code de commerce. Statuant aux conditions de quorum et de majorité requises pour les Assemblées Générales Ordinaires, elle approuve les conventions visées par ce rapport.

Sixième résolution

Renouvellement du mandat d'administrateur de Mme Liliane Bettencourt

L'Assemblée Générale, statuant aux conditions de quorum et de majorité requises pour les Assemblées Générales Ordinaires, conformément aux dispositions de l'article 8 des statuts, renouvelle, pour une durée statutaire de quatre ans, le mandat d'administrateur de Mme Liliane Bettencourt.

Le mandat d'administrateur de Mme Liliane Bettencourt prendra fin à l'issue de l'Assemblée Générale Ordinaire tenue en 2007 et statuant sur les comptes de l'exercice clos le 31 décembre 2006.

Annexe n° 15

Lettres d'affirmation
Representation Letters

Modèles, en arabe, français et anglais de *representation letters* ou lettres d'affirmation par des dirigeants de société anonymes libanaises à l'attention des commissaires de surveillance.

(On client's Letterhead)

Specimen Representation Letter

Messrs. Baker Tilly Zaoua
Tabaris square - SNA Bldg.
P.O. Box: 175139
Beirut-Lebanon

-----, 20xx

Dear Sirs:

This representation letter is provided in connection with your audit of the financial statements of ----- for the period ending December 31, 20xx for the purpose of expressing an opinion as to whether the financial statements present fairly, in all material respects, the financial position of ----- as of December 31, 20xx and of the results of its operations, its changes in equity and its cash flows for the year then ended in accordance with International Financial Reporting Standards.

On behalf of the board of directors, we acknowledge our responsibility for the fair presentation of the financial statements in accordance with International Financial Reporting Standards.

We confirm to the best of our knowledge and belief, and after due discussion with appropriate officials the following representations:

There have been no irregularities involving management or employees who have a significant role in the accounting and internal control systems or that could have a material effect on the financial statements.

Accounting records and transactions

All the accounting records and supporting documentation have been made available to you for the purpose of your audit, and all transactions undertaken have been properly reflected and recorded in the accounting records. All other records and related information which might affect the fair presentation of, or necessary disclosures in, the financial statements, including all minutes of shareholders, board of directors and relevant management meetings have been made available to you and no such information has been withheld.

Messrs. Baker Tilly Zacca
-----, 20xx

Related parties

We confirm the completeness of the information provided and the disclosures made regarding the identification of and balances and transactions with related parties.

Assets

Provisions for depreciation and diminution in value, including obsolescence, have been made against fixed assets on bases and rates calculated to reduce the net book amount of cash assets to its estimated residual value by the end of its probable useful life in the Group's business. In this respect we are satisfied that the probable lives have been realistically estimated.

We have no plans to abandon lines of product or other plans or intentions that will result in any excess or obsolete inventory, and no inventory is stated at an amount in excess of net realizable value.

In our opinion, on realization in the ordinary course of the business of the current assets in the balance sheet, are expected to produce not less than the net book amounts at which they are stated.

All assets included in the balance sheet were at the date and remain free from any lien, encumbrance or charge other than as disclosed in financial statements.

Liabilities

Full provision has been made for all liabilities at the balance sheet date, including guarantees, commitments and contingencies where the items are expected to result in significant loss. Other such items, where in our opinion provision is unnecessary, have been appropriately disclosed in the financial statements.

Except as disclosed in the financial statements, we have no other line of credit arrangements.

We are not aware of any pending or threatened litigation, proceedings, hearings or claims negotiations that may result in significant loss to the Group and were not furnished to you.

Messrs. Baker Tilly Zacca
----- --, 20xx

Other matters

We acknowledge our responsibility for the implementation and operation of accounting and internal control systems that are designed to prevent and detect fraud and error.

We have carried out an assessment of the risk that the financial statements may be materially misstated as a result of fraud. We are not aware of any irregularities, including frauds or suspected frauds, involving management or employees of the Company, nor are we aware of any breaches or possible breaches of statute, regulations, contracts, banking covenants or agreements, which might result in the branch suffering significant penalties or other loss. No allegations of such irregularities, including fraud, or such breaches have come to our notice.

No circumstances have arisen, or events occurred, between the balance sheet date and the date of this letter in respect of matters that would require adjustment to, or disclosure in the financial statements. We have no plans or intentions that may materially affect the carrying value or classification of assets and liabilities.

The Company does not face any going concern issue that would prevent it from continuing its operations.

Except as disclosed in the financial statements, there have been no material transactions with related parties other than those that were at arm's length or were normal commercial items.

Very truly yours,

Mr.
Executive President

Mr.
Finance Manager

(Sur Entete du Client)

Specimen Lettre de Déclaration

Messieurs BAKER TILLY ZACCA
Tabaris – Imm. SNA
P.O. Box: 175 139
Beyrouth - Liban

----- --, 200xx

Messieurs :

1. Nous confirmons, en tant que directeurs, notre responsabilité d'assurer:

- L'exactitude des livres comptables et des états financiers qui en ont découlés; et
- que les états financiers sont préparés conformément aux Normes Comptables Internationales et à la législation libanaise, et sont réguliers et sincères et reflètent une image fidèle du patrimoine, de la situation financière de -----
---, ainsi que du résultat et de l'évolution des fonds propres pour l'exercice clos le 31 Décembre 20xx.

2. Nous confirmons au mieux de notre connaissance et savoir, et après avoir effectué les investigations appropriées auprès des directeurs et des responsables de la Société, les affirmations suivantes qui vous ont été fournies en relation avec votre examen des états financiers de la Société pour l'exercice clos le 31 Décembre 20xx.

Transactions et livres comotables

3. Tous les accords, les registres comptables et financiers de la Société et les données inhérentes, ont été mis à votre disposition pour les besoins de votre contrôle, et toutes les transactions effectuées par la Société ont été enregistrées convenablement et correctement dans les dits registres. De même que tous les autres registres et les informations y afférentes, et qui pourraient affecter la régularité et la sincérité des états financiers et des notes y relatives, y compris les rapports du Conseil d'Administration et des Assemblées Générales, ont été mis aussi à votre disposition et aucune information n'a été déformée ou retenue.

Actifs

4. Toutes les dotations aux amortissements des valeurs immobilisées, ainsi que les provisions pour dépréciation des stocks, ont été prises conformément à la législation libanaise et sur la base et les taux calculés pour réduire le montant net comptable des actifs commerciabes à l'estimation de leur valeur résiduelle à la fin de la durée probable de leur utilisation dans la Société. Nous sommes persuadés que les durées de vie probables ont été estimées avec réalisme.

Messieurs BAKER TILLY ZAGCA

-----, 20xx

5. A notre avis, dans le cours normal des opérations, les actifs circulants ne produiront probablement pas moins que les montants figurant au bilan.

6. Tous les actifs figurant dans le bilan étaient et restent libérés de tout gage, hypothèque ou charge autre que déjà divulgué dans les états financiers.

Passif

7. Les provisions nécessaires ont été prises pour tout les passifs à la date du bilan, y compris les garanties, les engagements et le passif éventuel qui pourraient entraîner des pertes importantes. De même que d'autres éléments, qui à notre avis ne nécessitent pas de provision, ont été convenablement révélés dans les états financiers.

8. Nous ne sommes au courant d'aucune réclamation, de procès en cours, de litige assigné ou imminent ou de tout autre passif éventuel, qui pourrait entraîner la Société dans des pertes importantes, et qui ne vous a pas été révélé.

Autres sujets

9. Nous ne sommes au courant d'aucune irrégularité ou fraude, impliquant des directeurs ou des employés de la Société. Nous ne sommes pas non plus au courant d'aucune violation des statuts de la Société, des règlements ou des accords bancaires et qui pourraient résulter en des pénalités financières ou d'autres pertes. Aucune allégation de ces irrégularités ou de ces infractions, y compris la fraude, n'est venue à notre connaissance.

10. Aucun événement ou circonstance n'est survenu, depuis la date de l'établissement du bilan et la date de cette lettre, qui exigerait des ajustements ou des divulgations dans les états financiers. Nous n'avons aucun plan ou intention qui puisse affecter matériellement la valeur comptable ou la classification des actifs et des passifs.

11. A l'exception de ce qui est divulgué dans les états financiers, aucune transaction matérielle ou accord n'a eu lieu entre la Société et des parties liées soit directement ou indirectement, soit par l'entremise d'une tierce personne.

Nous vous prions d'agréer, chers Messieurs, nos salutations distinguées.

نموذج كتاب التمثيل

بيكر تيلي زكا
التأسيس - بداية سنة
ص.ب. ١٧٥١٣٩
بيروت - لبنان

تخية وبعد،

١- نقر كمنداء وأعضاء مجلس ادارة مسؤوليتنا على تأمين ما يلي:

• دقة السجلات الحسابية والبيانات المالية المستخرجة منها، و

• ان البيانات المالية قد نظمت وفقاً للتصميم المحاسبي العام اللبناني ووفقاً للمعايير المحاسبية الدولية والقوانين والانظمة المرعية الاجراء، وتظهر بصورة عادلة الوضع المالي لشركة --- كما في ٣١ كانون الاول ---، ونتائج اعمالها وتدققاتها النقدية والتغيير في حقوق مساهميها للسنة المنتهية بذلك التاريخ.

٢- نؤكد وفقاً لمعرفتنا واعتقادنا، وبعد الاستحصال من مندراء الشركة عن المعلومات الواقعية، صحة المعلومات التالية المعطاة لكم بمناسبة قيامكم بفحص البيانات المالية للشركة للسنة المنتهية في ٣١ كانون الاول ---.

السجلات والقيود الحسابية

٣- ان حسابات الذمم المدينة هي سليمة وصحيحة.

٤- ان الملكية الكاملة لجميع موجودات الشركة هي ثابتة وقانونية.

٥- ان جميع الموجودات الواردة في الميزانية العمومية هي ملكيات صافية للشركة.

السادة بيكر قبلي زكا

٦- ان مصاريف الصيانة والتصلّيح والتجديد المعادلة قد نزلت من الارباح بمقدار نفقتها، اما الاستبدالات والتحسينات المهمة فقد ادخلت في حساب التثميرات.

٧- ان جميع السجلات والدفاتر الحسابية قد وضعت بتصريفكم لغاية تدقيقها. ان جميع العمليات التي قامت بها الشركة خلال السنة قد جرى تسجيلها بصورة صحيحة في هذه السجلات. كما وان جميع السجلات الاخرى والمعلومات المتعلقة بها والتي يمكن ان تؤثر علي صحة اعداد البيانات المالية والايضاحات العائدة لها، بما فيها محاضر مجلس الإدارة والجمعيات العمومية، وجميع الاتفاقات والقبود المالية والمحاسبية والمعلومات المرتبطة بها، قد وضعت بتصريفكم ولم يجر اخفاء اية معلومات عنكم.

الموجودات

٨- لقد تم اخذ الاحتياطيّات الكافية للاستهلاكات وتدني قيم الموجودات بناءً للقوانين المرعية الاجراء وعلى اساس الاعمار المنتجة لها والتي يراينا قد تم تحديدها على أسس واقعية.

٩- ان جميع الموجودات الظاهرة في الميزانية العمومية خالية من اية رهونات او تامينات من أي نوع.

المطلوبات

١٠- لقد تم اخذ الاحتياطيّات الكافية لجميع المطلوبات بتاريخ الميزانية العمومية، بما في ذلك الكفالات والمطلوبات الطارئة الاخرى والتي يمكن ان تنتج منها خسائر هامة. كما وان اية امور اخرى، والتي يراينا لا تستوجب اخذ مؤونات لها، قد اظهرت بصورة صحيحة في البيانات المالية.

١١- ان ليس هناك أي عمليات هامة مع شركات شقيقة باستثناء ما جرى الاقصاد عنه في البيانات المالية والايضاحات المرتبطة بها.

١٢- اتنا لسنا على علم باية دعاوى عالقة واية خلافات، غير التي نكرت لكم، والتي يمكن ان تنتج خسائر هامة على الشركة.

المادة بيكر تبلي زكا

امور اخرى

١٣- لسنا على علم بآية اخطاء، بما في ذلك اية اعمال احتيالية، قام بها احد منراء او موظفي الشركة، ولا اية مخالفات على نظام الشركة والقوانين المرعية والعقود والاتفاقيات مع المصارف والتي يمكن ان تؤدي الي اية عقوبات مالية او خسائر اخرى. كما وان الامور المذكورة انفا لم يلفت انتباهنا عليها من قبل أي فريق ثالث.

١٤- لم يطرأ أي عمليات لها تأثير مهم على البيانات المالية للسنة المنتهية في ٣١ كانون الاول ----، منذ تاريخ الميزانية العمومية ولغاية تاريخه والتي كان يجب ان تظهرها هذه البيانات. كما وانسه لا توجد لدينا أي خلط او نوايا يمكن ان تؤثر بصورة هامة على القيم الحالية او تصنيف الموجودات والمطلوبات.

١٥- لم تطرأ اية عمليات غير التي اظهرت في البيانات المالية، والتي هي من ضمن الاعمال العادية للشركة، مع الجهات المقرّبة.

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام،

السيد
عضو مجلس الإدارة - المدير العام المساعد

السيد
رئيس مجلس الإدارة - المدير العام

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
RÉSUMÉ	4
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	5
SOMMAIRE	7
INTRODUCTION	9

PREMIÈRE PARTIE

L'INTÉRÊT SOCIAL, RAISON D'ÊTRE PRINCIPALE DE LA RÉGLEMENTATION DES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

29

Titre 1

Délimitation de l'intérêt social

31

Chapitre 1

Définition des intérêts en jeu

32

Section 1 Intérêt social et intérêts voisins

32

§ 1 Intérêt général de la personne morale

32

A. Définition de l'intérêt général

33

B. Cas des groupes de sociétés

33

§ 2 Intérêt commun des associés

36

A. Définition de l'intérêt commun

36

B. Relativité de la notion d'intérêt commun

39

1. L'intérêt commun aux yeux des dirigeants non associés

40

2. L'intérêt commun aux yeux des associés eux-mêmes

41

Section 2 Intérêt social et intérêts concurrents

42

§ 1 Identification des intérêts concurrents en fonction du degré d'intervention de l'intéressé

42

A. Intérêt direct

42

B. Intérêt indirect

44

§ 2 Identification des intérêts concurrents en fonction de leur nature

46

A. Intérêt matériel

47

1. Intérêt personnel

47

2. Intérêt opposé à l'intérêt social

48

B. Intérêt moral

50

1. Réputation

51

2. Influence

51

Chapitre 2	
Jeu conflictuel des intérêts	53
Section 1 Conditions de l'existence d'un conflit avec l'intérêt social	53
§ 1 Préjudice causé à la société	54
A. Préjudice matériel	54
1. Amoindrissement du patrimoine social	54
2. Obstacle à l'accroissement du patrimoine social	55
B. Préjudice moral	55
1. Atteinte à la réputation de la société	55
2. Atteinte à la crédibilité financière de la société	56
3. Atteinte à l'indépendance de la société	56
§ 2 Préjudice causé aux associés	57
A. Préjudice direct	57
B. Préjudice indirect	57
Section 2 Preuve de l'existence d'un conflit avec l'intérêt social	58
§ 1 Question de fait	58
A. Eléments d'un conflit	58
B. Moyens créateurs des conflits émanant d'une convention	59
§ 2 Présomptions	60
A. Présomption de l'existence d'un conflit	61
1. Evolution	61
2. Règle de l' <i>intrinsic (entire) fairness</i>	61
B. Présomption de l'existence d'une justification au conflit	63
1. La convention nécessaire à l'intérêt social	63
a) Hors groupes de sociétés	64
b) Cas des groupes sociétés	65
2. Règle du <i>Business Judgment</i>	66
Titre 2	
Champ de confrontation avec l'intérêt social	73
Chapitre 1	
Les actes juridiques visés par la réglementation	74
Section 1 Diversité des actes juridiques visés	74
§ 1 Classification formelle	75
A. Nombre de parties à l'acte	75
1. Actes multilatéraux	75
a) Actes bilatéraux ou plurilatéraux	75
b) Décisions des organes sociaux	76
2. Actes unilatéraux	77
B. Modalités de conclusion de l'acte	80
1. Mode de conclusion	80
a) Contrats conclus de gré à gré	80
b) Contrats conclus à la suite d'une adjudication publique	81
2. Forme de conclusion	83
a) Conventions formelles	83
(1) Conventions écrites	83
(2) Conventions cadres	84
b) Conventions informelles	85
(1) Conventions verbales	85

(2) Conventions tacites	86
§ 2 Classification matérielle	86
A. Classification selon l'objet de l'acte	87
1. Rémunération de l'intéressé	87
a) Types de rémunération	88
(1) Les rémunérations en numéraire	88
(i) Les rémunérations versées en cours d'exécution du contrat ou mandat du dirigeant	88
α) La rémunération de base	88
β) Les primes salariales	89
(ii) Les rémunérations versées au terme, ou postérieurement à l'expiration, du contrat ou mandat du dirigeant	89
α) Les indemnités de départ	89
α1) Les indemnités de fin de service de type classique	90
α2) Les parachutes dorés	90
β) Les retraites	91
β1) Les retraites classiques/pensions	92
β2) Les retraites complémentaires	93
(2) Les rémunérations consistant en un intéressement ou une participation au capital	93
(i) Les stock-options	94
(ii) Les action gratuites	96
(iii) Les restricted stocks	96
(iv) Les stocks appreciation rights	97
(v) Les phantom stocks	97
(vi) Les share purchase plans	97
(3) Les avantages en nature	98
b) Les dirigeants bénéficiaires des rémunérations	98
(1) Dans les sociétés anonymes	99
(i) Les administrateurs, les membres du conseil de surveillance, les membres du directoire	99
(ii) Le président du conseil d'administration ; du conseil de Surveillance ou du directoire	100
(iii) Le directeur général, le directeur général délégué, les officers	101
(2) Dans les sociétés à responsabilité limitée	101
(3) Cas des groupes de sociétés	102
c) Soumission des conventions et engagements de rémunération des dirigeants au contrôle spécial	104
(1) Sociétés non cotées en bourse	104
(i) Rémunération à caractère institutionnel	104
(ii) Rémunération à caractère conventionnel	106
(2) Sociétés cotées en bourse	113
2. Cession ou acquisition de biens et droits par l'intéressé	116
a) Biens corporels	117
b) Biens incorporels	117
(1) Biens incorporels à caractère financier	117
(i) Avances en compte courant et emprunts	117
α) Dirigeant	118
β) Associé	119
(ii) Participations financières	120
α) Actions et stock-options	120
β) Business combinations	120
β-1) Contrat de société: Société entre un actionnaire et sa société	120
β-2) Contrat de fusion (ou de scission)	121
(2) Biens incorporels à caractère intellectuel	122
(3) Droits incorporels à caractère commercial	123

B. Classification selon les effets de l'acte	123
1. Nature des effets	123
a) Actes créateurs d'effets juridiques	124
(1) La conclusion des conventions	124
(2) Le renouvellement des conventions	125
(3) La modification des conventions	125
b) Actes extincteurs d'effets juridiques	126
2. Effets de l'acte dans le temps	127
a) Exécution instantanée	127
b) Exécution successive	128
(1) Conventions à exécution successive non prolongée dans le temps	128
(2) Conventions à exécution successive prolongée dans le temps	128
 Section 2 Qualification des actes juridiques visés	 129
§ 1 But de la qualification	130
A. Le triage des conventions conclues par une personne visée avec la société	130
1. Conventions interdites	131
2. Conventions dites libres	135
3. Conventions réglementées	135
B. L'exemption des conventions libres de la procédure de l'autorisation préalable	136
1. Exemption en raison du caractère répétitif d'une convention	137
2. Exemption des conventions conclues suivant un <i>standard</i> déjà autorisé	137
§ 2 Modalités de la qualification	138
A. Personnes en charge de la qualification	138
1. L'intéressé lui-même	138
2. L'organe social compétent	139
B. Critères de qualification	141
1. Conventions hors groupe de sociétés	141
a) Critère interne	141
b) Critère externe	143
2. Conventions intra-groupe de sociétés	145
a) Assouplissement des critères de qualification	147
b) Equilibrage des intérêts en jeu	149
(1) Renforcement de l'information des associés	149
(2) Allègement de l'impact des conventions sur les filiales	150
 Chapitre 2	
Les personnes intéressées à l'acte juridique réglementé	152
 Section 1 Personnes intéressées agissant directement	 152
§ 1 L'intéressé est un <i>promoter</i> (fondateur) de la société ou toute autre personne qui agit pour son compte avant l'acquisition de sa personnalité morale	153
§ 2 L'intéressé est un dirigeant de la société	157
A. Dirigeants de droit	157
1. Qualité de dirigeant	157
a) Sociétés anonymes	157
(1) Membres du conseil d'administration, de surveillance et du directoire	158
(2) Président-directeur général	159
(3) Autres dirigeants et représentants légaux	160
(i) Directeur général et directeur général délégué	161
(ii) <i>Officers</i>	162
(iii) Autres représentants légaux	163
b) Sociétés à responsabilité limitée	166
2. Dirigeants en fonction	168

B. Dirigeants de fait	171
§ 3 L'intéressé est un associé de la société	173
A. Associé, personne physique	173
1. Sociétés anonymes	173
a) Qualité d'actionnaire	174
b) Seuil de prépondérance	175
2. Sociétés à responsabilité limitée	176
B. Associé, personne morale	177
1. Condition juridique de la personne morale	177
a) Personne morale commerçante	177
b) Qualité d'associé de la personne morale	178
(1) Société directement titulaire d'une fraction du capital de la société de référence	178
(2) Société contrôlante	179
2. Cas des groupes de sociétés	180
a) Contrôle direct	181
b) Sociétés visées du groupe	181
Section 2 Personnes intéressées agissant indirectement	182
§ 1 Interposition de personnes	182
A. Interposition à but non-organisationnel	182
1. Interposition de personnes physiques	184
a) Qualité des personnes interposées	184
(1) Proches membres de la famille de l'intéressé	185
(2) Personnes interposées éloignées	186
b) Moyens de protection contre les abus de la personne physique interposée	187
(1) Instruments fiduciaires	187
(2) Cession formelle de droits	188
(i) Cession de contrat	188
(ii) Cession de revenus	189
2. Interposition de personnes morales	189
a) Moyens d'interposition des personnes morales	190
(1) Sociétés écrans	190
(i) Constitution de sociétés écrans	190
(ii) Acquisition de sociétés (écrans) existantes	192
(2) Contrôle des sociétés écrans	193
b) Moyens de protection contre les abus de la personne morale interposée	194
(1) Protection fiduciaire	194
(2) Cession d'actions en blanc	195
B. Interposition à but organisationnel	195
1. Interposition de personnes physiques	195
a) La personne interposée est un dirigeant de la société co-contractante	196
(1) Hors groupe de sociétés	196
(2) Cas des groupes de sociétés	200
b) La personne interposée est un associé de la société co-contractante	201
2. Interposition de personnes morales	203
a) Personne morale interposée intercalaire contrôlée	203
b) Cas des groupes de sociétés	206
§ 2 Preuve de l'interposition de personnes	209
A. Recevabilité et charge de la preuve	209
1. Recevabilité	209
2. Charge	210
B. Les présomptions	212
1. Présomption d'interposition de personnes	212
2. Présomption de contrôle d'une société par une autre	214

DEUXIÈME PARTIE**LA MISE EN OEUVRE DE LA PROTECTION DE L'INTÉRÊT SOCIAL EN MATIÈRE
DE CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES** 219**Titre 1****Prévention des conflits d'intérêts** 220**Chapitre 1****Révélation de l'intérêt personnel** 221**Section 1 Acteurs de la révélation** 221**§ 1 Auteurs de la révélation** 221**A. Dirigeants** 222**1. Sociétés anonymes** 222**a) Administrateurs intéressés** 222**b) Autres dirigeants intéressés** 225**2. Sociétés à responsabilité limitée** 226**a) Gérants** 226**b) Rôle des commissaires aux comptes** 227**B. Associés intéressés** 228**1. Sociétés anonymes** 228**2. Sociétés à responsabilité limitée** 230**§ 2 Destinataires de la révélation** 230**A. Organes sociaux internes** 231**1. Conseil d'administration, conseil de surveillance** 231**2. Assemblée des associés** 232**a) Sociétés anonymes** 232**b) Sociétés à responsabilité limitée** 233**B. Commissaires aux comptes** 234**1. Sociétés anonymes** 234**2. Sociétés à responsabilité limitée** 235**Section 2 Etendue de la révélation de l'intérêt personnel** 236**§ 1 Communication de l'information sur l'intérêt personnel** 236**A. Teneur de l'information révélée** 236**1. Conventions libres** 237**a) Sociétés anonymes** 237**b) Sociétés à responsabilité limitée** 238**2. Conventions réglementées** 238**a) Sociétés anonymes** 239**b) Sociétés à responsabilité limitée** 241**B. Modalités de la révélation** 242**1. Moment de la révélation** 242**a) Conventions libres** 242**b) Conventions réglementées** 242**2. Forme de la révélation** 244**a) Une déclaration** 244

(1) Déclaration écrite	244
(2) Déclaration verbale	244
b) Un avis	245
§ 2 Communication des conventions elles-mêmes	246
A. Conventions libres	246
1. Sociétés anonymes	246
2. Sociétés à responsabilité limitée	247
B. Conventions réglementées	248
1. Sociétés anonymes	248
2. Sociétés à responsabilité limitée	248
Chapitre 2	
Appréciation de l'intérêt social dans les conventions	
	250
Section 1 Décision des organes sociaux	250
§ 1 Autorisation de la convention par le conseil	251
A. Opportunité de l'intervention du conseil	252
1. Raisons de l'intervention du conseil	252
2. Risques de l'intervention du conseil	253
a) Retard de l'approbation de l'assemblée générale	254
b) Complaisance des administrateurs	254
B. Outils de l'intervention du conseil	255
1. Décision d'autorisation	255
a) Caractéristiques de la décision d'autorisation	256
(1) Caractéristiques de fond	256
(i) La décision doit être préalable	256
(ii) La décision doit être impartiale (<i>disinterested</i>)	257
(iii) La décision doit être éclairée	258
(2) Caractéristiques de forme	259
(i) L'autorisation doit être écrite	259
(ii) L'autorisation doit être spéciale	260
b) Conditions d'adoption de la décision d'autorisation	262
(1) Conditions particulières de quorum	263
(2) Conditions particulières de majorité	264
2. Rapport spécial du conseil sur les conventions	264
a) Le rapport doit être spécial	265
b) Le rapport doit être complet	266
§ 2 Autorisation ou approbation de la convention par l'assemblée générale	269
A. Opportunité de l'autorisation ou de l'approbation de la convention par l'assemblée générale	269
B. Modalités de l'autorisation ou de l'approbation	271
1. Rôle des commissaires aux comptes dans l'autorisation ou l'approbation des conventions	272
a) Rôle des commissaires aux comptes relatif aux conventions	274
(1) Qualification des conventions	275
(2) Rapport spécial des commissaires aux comptes sur les conventions	279
(i) Caractéristiques du rapport spécial	279
α) Nature du rapport spécial	279
β) Contenu du rapport spécial	280
γ) Objet du rapport spécial	283
δ) Moment de présentation du rapport spécial	284
(ii) Effets du rapport spécial	285
b) Expert de gestion et commissaires aux comptes	286
(1) Expertise hors groupe de sociétés	287
(2) Expertise dans les groupes de sociétés	287

2. Décision d'autorisation ou d'approbation des conventions par l'assemblée générale	288
a) Prise de décision	289
(1) Conditions particulières de quorum	289
(2) Conditions particulières de majorité	290
b) Caractéristiques de la décision	292
(1) Caractéristiques de fond	292
i) La décision doit être impartiale (<i>disinterested</i>)	292
ii) La décision doit être préalable	293
iii) La décision doit être spéciale	293
iv) La décision a une durée de validité limitée	295
(2) Caractéristiques de forme	298
i) La décision doit être expresse	298
ii) La décision doit être séparée/distincte	299
 Section 2 Effets de la décision sur les conventions	 300
§ 1 Conventions autorisées et approuvées	301
A. Effets en l'absence de fraude	301
1. Effets des conventions autorisées par l'assemblée générale	301
2. Effets des conventions autorisées par le conseil d'administration	302
a) Dans l'attente de la décision de l'assemblée générale	302
b) Approuvées par l'assemblée générale	303
B. Effets en cas de fraude	303
1. Question de fait	304
2. Les conséquences	304
§ 2 Conventions non autorisées ou non approuvées	305
A. Effets en l'absence de fraude	305
1. Effets des conventions non autorisées préalablement par le conseil	305
a) Effets des conventions dont l'autorisation a été refusée par le conseil	306
b) Effets des conventions ayant fait l'objet d'une autorisation irrégulière	307
c) Effets des conventions approuvées par l'assemblée générale sans avoir été soumises préalablement au conseil	307
2. Effets des conventions autorisées par le conseil mais non approuvées/ratifiées par l'assemblée générale	308
a) Ces conventions produisent leurs effets à l'égard des tiers	308
b) Ces conventions sont annulables si elles sont préjudiciables à la société	310
B. Effets en cas de fraude	311
 Titre 2	
Garanties de la primauté de l'intérêt social	313
 Chapitre 1	
Garanties législatives et jurisprudentielles	314
 Section 1 Exceptions aux principes généraux du droit	 314
§ 1 Exceptions aux principes généraux du droit civil	315
A. Limites au principe de la liberté contractuelle	315
1. Dirigisme contractuel et autonomie de la volonté	315
2. Ordre public	317
a) L'ordre public à protéger	318
b) Intérêt de l'identification de l'ordre public à protéger	320
(1) Ordre public de direction: nullité absolue	320
(2) Ordre public de protection: nullité relative	321
B. Limites au pouvoir de contracter	322
1. Limites quant aux parties contractantes	322
a) Conventions hors groupe de sociétés	322
b) Conventions intra-groupe de sociétés	325
2. Limites quant à l'objet de la convention	326
a) Conventions hors groupe de sociétés	326

b) Conventions intra-groupe de sociétés	327
§ 2 Exceptions aux principes généraux du droit des sociétés	328
A. Limites aux pouvoirs des organes sociaux	328
1. Limites aux attributions des dirigeants	328
a) Sociétés anonymes	329
b) Sociétés à responsabilité limitée	331
2. Limites aux pouvoirs des associés	332
a) Pouvoir de la majorité	333
b) Pouvoir de la minorité de blocage	335
B. Limites à l'exercice de certains droits	337
1. Interdiction du calcul dans le quorum	338
a) Dans les réunions du conseil	338
b) Dans les réunions de l'assemblée	340
2. Interdiction de voter	341
a) Dans les réunions du conseil	341
b) Dans les réunions de l'assemblée	343
Section 2 Obligations inspirées des règles de gouvernement d'entreprise	349
§ 1 Obligation de transparence	353
A. La révélation de l'intérêt personnel est une des applications du droit d'information des organes sociaux internes	353
1. Droit d'information des dirigeants	353
2. Droit d'information des associés	355
B. La communication des conventions aux commissaires aux comptes est une des applications du droit d'information de l'organe de contrôle externe	356
§ 2 Obligations fiduciaires	357
A. Obligation de diligence	359
1. Principe	359
2. Palliatif à la rigueur de l'obligation de diligence	361
B. Obligation de loyauté	363
1. Obligation de loyauté à la charge des dirigeants	363
2. Obligation de loyauté à la charge des associés	366
a) Hors groupe de sociétés	366
b) Dans les groupes de sociétés	367
Chapitre 2	
Sanctions de l'atteinte à l'intérêt social	370
Section 1 Mise en cause de l'acte juridique préjudiciable à la société	370
§ 1 Nullité des actes préjudiciables	371
A. Nullité des délibérations des organes sociaux	371
B. Nullité des conventions elles-mêmes	374
1. Annulabilité des conventions	374
a) Causes de l'annulation	375
(1) Causes propres aux conventions réglementées	375
(i) Défaut d'autorisation ou d'approbation de la convention par l'organe social compétent	375
(ii) Fraude	376
(iii) Préjudice causé à la société	378
(2) Causes d'annulation du droit commun	382
(i) Vices du consentement de la personne morale	382
(ii) Abus du rapport de mandat avec la société	384
b) Preuve	386
(1) Charge de la preuve	386
(2) Présomptions	387
(i) Présomption d' <i>unfairness</i>	387
(ii) Présomption de fraude	388

2. Caractéristiques de la nullité des conventions	388
a) Caractères de la nullité	388
(1) La nullité est facultative	389
(2) La nullité n'est pas une sanction exclusive	390
b) Nature de la nullité	390
(1) Nullité relative	390
(2) Nullité absolue	391
c) Effets de la nullité	391
§ 2 Action en Nullité	392
A. Caractéristiques de l'action en nullité	392
1. Conditions de recevabilité de l'action	392
2. Titulaires de l'action en nullité	393
a) La société	393
(1) Action intentée par ses représentants non intéressés à la convention	393
(2) Action intentée par un ou plusieurs associés	394
b) Les associés personnellement	394
c) Les tiers	394
B. Extinction de l'action en nullité	395
1. Extinction par l'effet de la loi : prescription de l'action	395
a) Délai de prescription	395
b) Exception de nullité	398
2. Extinction par une décision sociale: couverture de la nullité	398
a) Raisons de la couverture	398
(1) Défaut d'autorisation par le conseil d'administration	399
(i) dû à un manque d'information	399
(ii) dû à une erreur de qualification	399
(iii) dû à l'urgence	399
(2) Décision irrégulière du conseil d'administration	400
b) Moyens de couverture	400
(1) Ratification par le conseil	400
(2) Confirmation ou <i>ratification</i> par l'assemblée générale	402
Section 2 Mise en cause de la responsabilité personnelle des violateurs de la réglementation des conventions	406
§ 1 Moyens de mise en cause de la responsabilité personnelle des violateurs	406
A. Action en responsabilité civile	406
1. Fondement de l'action en responsabilité civile	407
a) Contre les dirigeants	407
(1) Violation de leurs obligations prévues dans la réglementation	407
(i) Cette violation est une faute	408
(ii) Cette violation consiste en un enrichissement illicite	411
(2) Limites à la responsabilité des dirigeants	412
(i) Couverture de la nullité de l'acte litigieux	413
(ii) Quitus de gestion	413
(iii) Renonciation à l'action	414
(iv) Autres limitations statutaires et légales	415
b) Contre les associés	417
c) Contre les commissaires aux comptes	418
(1) La violation de leurs obligations prévues dans la réglementation est une faute	419
(2) Limites à la responsabilité des commissaires aux comptes	422
(i) Lettre d'affirmation (<i>Representation letter</i>)	422
(ii) Quitus	423
2. Titulaires de l'action en responsabilité civile	424
a) La société	424
b) Les associés personnellement	425
c) Les tiers	426
3. Extinction de l'action en responsabilité civile	427

B. Action en responsabilité pénale	431
1. Chefs d'accusation	432
a) Contre les dirigeants	432
(1) Abus de confiance	433
(2) Abus de biens ou de crédits sociaux	434
(i) Hors groupes de sociétés	435
(ii) Cas des groupes de sociétés	438
(3) Défaut de communication des conventions	440
b) Contre les <i>shareholders</i>	440
c) Contre les commissaires aux comptes	441
(1) Non révélation d'un fait délictueux	442
(2) Communication ou confirmation d'informations mensongères	443
(3) Violation du secret professionnel	444
2. Titulaires de l'action en responsabilité pénale	445
a) Action pénale intentée par la société	445
b) Action pénale intentée par les associés	445
c) Action pénale intentée par les tiers	446
3. Extinction de l'action en responsabilité pénale	446
a) Contre les dirigeants	446
(1) Impossibilité de ratification par un organe social	446
(2) Prescription	447
b) Contre les commissaires aux comptes	449
§ 2 Conséquences de la mise en cause de la responsabilité personnelle des violateurs	449
A. Rééquilibrage de la convention	450
1. Indemnisation de la société	450
2. Montant de l'indemnité	452
B. Sanctions pénales	453
1. Contre les dirigeants	453
2. Contre les commissaires aux comptes	455
CONCLUSION	457
LISTE BIBLIOGRAPHIQUE	460
LISTE CHRONOLOGIQUE DE JURISPRUDENCE	475
TABLE DES ANNEXES	487
Annexe N° 1	488
Annexe N° 2	490
Annexe N° 3	493
Annexe N° 4	494
Annexe N° 5	504
Annexe N° 6	509
Annexe N° 7	511
Annexe N° 8	515
Annexe N° 9	517
Annexe N° 10	519
Annexe N° 11	521
Annexe N° 12	526
Annexe N° 13	528
Annexe N° 14	535
Annexe N° 15	537
TABLE DES MATIÈRES	546