

Cependant la dissimulation de la communauté d'administrateurs peut constituer une fraude contre laquelle la défense des actionnaires serait assurée par le recours à cette notion même de fraude.

Opération d'apport partiel d'actif. La cour d'appel de Paris a décidé que l'opération d'apport partiel d'actif soumise au régime juridique des scissions n'est pas soumise à la procédure de contrôle de l'article L. 225-38 du code de commerce (CA Paris 6 avril 2001, Bull. Joly 2002, 79).

Procédure à suivre pour les conventions réglementées

Information et autorisation du conseil d'administration

376 L'administrateur, le directeur général, le directeur général délégué ou l'actionnaire détenant plus de 10 % des droits de vote, ou la société le contrôlant, est tenu d'informer le conseil dès qu'il a connaissance d'une convention à laquelle l'article L. 225-38 est applicable (c. com. art. L. 225-40 ; voir § 354).

L'autorisation préalable à la conclusion de la convention est donnée par le conseil, mais l'administrateur (ou le directeur général, ou le directeur général délégué s'il est administrateur) ne peut prendre part au vote le concernant. De même, est exclu du vote le dirigeant commun à la société anonyme et à l'entreprise cosignataire de la convention (voir § 359).

Pour le calcul du quorum et de la majorité à retenir pour la délibération du conseil, il semble logique de ne pas prendre en compte l'intéressé ainsi exclu du vote, encore que la loi ne fournisse aucune précision sur ce point et ne prévoie expressément une telle solution que pour le vote à l'assemblée (voir § 379).

- **Décompte des administrateurs.** On peut exclure de la base de calcul du quorum et de la majorité du conseil les administrateurs intéressés. Dès lors, ne sont retenus que les administrateurs ayant le droit de vote.

Soit un conseil de 6 administrateurs, dont 3 sont présents à une réunion ayant trait à l'approbation de conventions réglementées. 2 administrateurs sont intéressés, le troisième ne l'est pas. Le quorum par rapport aux administrateurs ayant le droit de vote est de 2. Or, un seul administrateur non intéressé est présent et le conseil ne peut délibérer. Un procès-verbal de carence sera donc établi.

Une autre analyse consiste à calculer le quorum en fonction du nombre d'administrateurs présents, sans exclure ceux intéressés. Ainsi, dans notre exemple, le quorum est atteint puisque 3 administrateurs, intéressés ou non, sont présents. En revanche, pour le calcul de la majorité, celui-ci étant effectué en fonction du nombre d'administrateurs non intéressés, cette majorité est égale à la moitié des voix des administrateurs non intéressés présents (et représentés s'il y a lieu) + 1, et donc la majorité nécessaire à l'approbation n'est pas atteinte dans l'exemple ci-avant.

- **Abstention nécessaire.** Une convention est normalement autorisée par le conseil d'administration, mais, pour qu'elle le soit régulièrement au titre des conventions réglementées, il est nécessaire que l'administrateur, partie prenante à la convention, se soit abstenu et que le procès-verbal de la délibération du conseil mette en avant cette abstention.

À défaut, la convention, bien qu'autorisée, est annulable.

- **Impossibilité de vote.** Lorsque la convention soumise à autorisation doit intervenir entre deux sociétés dont les conseils sont composés en totalité d'administrateurs communs, le fait d'exclure du vote les administrateurs intéressés aboutit à une impossibilité d'autorisation par le conseil. En pareille hypothèse, il semble que l'autorisation puisse être

donnée par l'assemblée des actionnaires qui interviendra sur le rapport des commissaires aux comptes exposant les motifs pour lesquels la procédure d'autorisation n'a pu être suivie (rép. Lauriol, JO 26 juillet 1975, Déb. AN p. 5429).

- **Tous les administrateurs sont concernés.** Si l'autorisation préalable des conventions par le conseil d'administration n'est pas possible, tous les administrateurs étant concernés par les dites conventions, l'assemblée générale est alors appelée à voter conformément aux dispositions de l'article L. 225-42 du code de commerce. Les administrateurs ne peuvent pas prendre part au vote (CNCC, bull. 132, p. 660).
- **Simple approbation.** Ne constitue pas l'autorisation spéciale d'une convention par le conseil d'administration une résolution approuvant la conclusion d'un contrat alors que le conseil n'a pas été informé de l'intérêt personnel de son président et d'un administrateur, que les intéressés ont participé au vote et que les délibérations du conseil n'ont pas porté sur tous les éléments essentiels de cette convention (cass. com. 21 novembre 2000, n° 97-21748).
- **Ordre du jour.** À propos de l'octroi d'une pension à un ancien président ne constituant pas un complément de rémunération, la Cour de cassation a décidé que la convention n'avait pas été valablement autorisée, dès lors que l'ordre du jour du conseil d'administration n'avait pas mentionné l'existence d'une délibération portant sur une convention réglementée (cass. com. 3 mai 2000, n° 97-22510). Cette convention d'allocation de pension a été annulée comme ayant des conséquences dommageables pour la société.

Mission des commissaires aux comptes

► Avis donné aux commissaires

- 377** Le président du conseil d'administration avise les commissaires aux comptes des conventions et engagements conclus et autorisés, dans le délai de 1 mois à compter de leur conclusion. Lorsque l'exécution de conventions conclues et autorisées au cours d'exercices antérieurs a été poursuivie au cours du dernier exercice, les commissaires sont informés de cette situation dans le délai de 1 mois à compter de la clôture de l'exercice (c. com. art. R. 225-30).

Conventions et engagements visés. Pour les sociétés non cotées, cette information concerne les conventions intervenant entre la société et ses mandataires, ou ses actionnaires, disposant de plus de 10 % des droits de vote, et donc les conventions visées à l'article L. 225-38. Pour les sociétés cotées, l'information porte, en outre, sur les engagements en faveur des dirigeants visés aux articles L. 225-22-1 et L. 225-42-1 (voir § 374).

► Rapport des commissaires aux comptes

- 378** Les commissaires aux comptes présentent, sur les conventions dont ils ont été avisés, un rapport spécial à l'assemblée. Les mentions que doit contenir leur rapport sont énumérées par l'article R. 225-31 du code de commerce d'une manière très détaillée.

Les commissaires doivent établir et déposer au siège social le rapport spécial 15 jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale ordinaire (c. com. art. R. 225-161).

Les commissaires aux comptes signalent non seulement les conventions autorisées dont ils ont été avisés, mais encore, en application des articles 230 et 233 de la loi du 24 juillet 1966 (L. 225-237 et L. 225-240), les conventions, autorisées ou non, qu'ils auraient découvertes au cours de leurs investigations (rép. Lebas, JO 8 mars 1969, Déb. AN p. 595).

- **Information des actionnaires.** Le rapport du commissaire aux comptes sur les conventions réglementées est au nombre des documents à adresser aux actionnaires sur leur demande (voir § 622) ou qu'ils peuvent consulter dans les 15 jours précédant l'assemblée (voir § 633).
- **Défaut de rapport du commissaire aux comptes.** Le défaut de présentation à l'assemblée générale des actionnaires du rapport des commissaires aux comptes sur les conventions conclues, après autorisation du conseil d'administration, entre une SA et l'un de ses administrateurs, ne suffit pas à priver d'effet ces conventions, la seule sanction étant la mise en cause de la responsabilité des administrateurs intéressés et, éventuellement, du conseil d'administration (cass. com. 5 novembre 1991, BC IV n° 334).

Décision de l'assemblée générale sur les conventions réglementées

► Délibération et vote

379 Le président du conseil d'administration soumet les conventions autorisées par ce dernier à l'approbation de l'assemblée générale qui statue sur le rapport des commissaires aux comptes.

L'administrateur (ou le directeur général, s'il est actionnaire) intéressé à la convention soumise à l'assemblée ne peut pas prendre part au vote et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité (c. com. art. L. 225-40). De même, sont exclus du vote les intéressés ayant conclu avec la société et visés par l'article L. 225-38, et donc les directeurs généraux délégués, l'actionnaire personne physique ou morale disposant de plus de 10 % des droits de vote. Cette exclusion du droit de vote doit être interprétée strictement (cass. com. 9 février 1999, BC IV n° 44).

- **Une résolution par personne intéressée.** Pour procéder à un décompte exact des actions privées du droit de vote (et à un calcul du quorum), une résolution distincte sera prise pour chaque convention conclue par des personnes différentes intéressées.
- **Défaut de quorum.** Si, du fait de la neutralisation des intéressés, le quorum ne peut être atteint pour l'approbation d'une convention, les dirigeants doivent procéder à une seconde convocation, où aucun quorum n'est requis conformément à l'article L. 225-98.
- **Conventions conclues au cours de l'exercice.** L'assemblée générale ordinaire approuve les conventions conclues au cours de l'exercice objet de la procédure d'approbation des comptes. Cependant, rien n'interdit à l'assemblée annuelle se réunissant, par exemple, en juin 2005 d'approuver non seulement les conventions conclues au cours de l'exercice 2004, mais aussi une convention passée durant le premier semestre 2005, à condition que le commissaire aux comptes ait la possibilité d'analyser cette convention et de déposer son rapport en temps utile (rép. Valbrun JO 15 mars 1975, Déb. AN p. 956).
- **Effet des conventions approuvées.** Lorsque les conventions ont respecté la procédure envers le conseil d'administration et le commissaire aux comptes, et qu'elles ont été approuvées en assemblée, elles produisent tous leurs effets tant à l'égard des parties qu'à l'égard des tiers, sauf si elles étaient annulées pour fraude. Les conséquences de ces conventions pour la société ne peuvent être mises à la charge des intéressés. En effet, les conséquences dommageables à l'encontre des intéressés ne sont prévues que pour les conventions non approuvées par la société (voir § 381).
- **Expertise de gestion.** Une expertise de gestion peut intervenir sur des conventions réglementées approuvées (voir § 612, rubrique « Conventions réglementées »).

► Rejet de la convention

- 380** Les conventions que l'assemblée désapprouve produisent quand même leurs effets à l'égard des tiers, sauf lorsqu'elles sont annulées dans le cas de fraude.

Même en l'absence de fraude, les conséquences, préjudiciables à la société, des conventions désapprouvées peuvent être mises à la charge de l'intéressé (dirigeants actionnaires détenant plus de 10 %) et éventuellement des autres membres du conseil d'administration (c. com. art. L. 225-41).

Validité de la convention non approuvée. Il est indifférent, pour la validité d'une convention réglementée, que l'assemblée générale des actionnaires ait approuvé cette convention ou qu'elle l'ait désapprouvée, ou encore qu'elle ait sursis à statuer. Dans le cas de fraude, la décision adoptée par le conseil d'administration engage la société dès qu'elle est acceptée par le bénéficiaire (cass. com. 22 mai 1970, BC IV n° 165). De même, l'omission de faire statuer l'assemblée générale des actionnaires sur les conventions passées, après autorisation du CA, entre une société et un de ses administrateurs n'a pas pour effet de les rendre nulles, en l'absence de fraude (cass. com. 17 octobre 1967, BC III n°s 328 et 329).

Non-respect de la procédure

► Défaut d'autorisation préalable du CA : nullité de la convention

- 381** Sans préjudice de la responsabilité de l'intéressé (administrateur, directeur général, directeur général délégué ou actionnaire), les conventions visées à l'article L. 225-38 et conclues sans autorisation préalable du conseil d'administration peuvent être annulées, mais seulement si elles ont eu des conséquences dommageables pour la société.

L'action en nullité, qui peut être exercée soit par la société, soit par les actionnaires agissant individuellement, se prescrit par 3 ans à compter de la date de la convention ou, si elle a été dissimulée, du jour où elle a été révélée (c. com. art. L. 225-42).

La nullité peut toujours être couverte par un vote de l'assemblée générale sur un rapport spécial des commissaires aux comptes (voir § 383).

- **Date du caractère dommageable.** La nullité ne peut être invoquée qu'en cas de conséquences dommageables pour la société, le caractère dommageable s'appréciant à la date où le tribunal statue sur la demande d'annulation (cass. com. 1^{er} octobre 1996, n° 94-16315), mais, dans ce cas, peu importe les mobiles des auteurs des conventions passées en violation de l'article 101 devenu l'article L. 225-38 (cass. com. 24 janvier 1995, n° 93-11954).
- **Convention d'honoraires.** Produit des conséquences dommageables pour la société un contrat, conclu – sans respecter la procédure légale – pour une durée de 3 ans renouvelable par tacite reconduction, prévoyant des honoraires forfaitaires de 38 000 F par mois et en cas de rupture anticipée, quelle qu'en soit la cause, une indemnité égale à 75 % des honoraires non échus, aboutissant après seulement 3 mois de prestations à la demande d'une indemnité de plus de 1 million de F soit 152 449 € (cass. com. 19 mai 1998, BC IV n° 162).
- **Recours à une expertise.** À défaut d'éléments d'appréciation, les juges du fond peuvent recourir à une expertise (cass. com. 22 novembre 1977, BC IV n° 276).

► Action en nullité facultative et prescription

- 382** Il résulte des dispositions de l'article L. 225-42 que les conventions relevant de l'article L. 225-38 conclues sans autorisation préalable du conseil d'administration ne sont pas nulles de plein droit et demeurent valables tant que la nullité n'en est pas poursuivie et prononcée (cass. com. 3 mai 2000, n° 97-10960).

L'action en nullité d'une convention n'ayant pas fait l'objet d'une autorisation préalable du conseil d'administration peut être exercée par les organes de la société et par les actionnaires agissant individuellement. Cette action en nullité se prescrit par 3 ans si la convention a été exécutée. Ce délai est souvent décompté du jour où la convention dissimulée a été révélée à l'assemblée. La simple connaissance par les administrateurs n'est pas retenue ; de même, le fait que l'assemblée ait approuvé les comptes de l'exercice au cours duquel la convention a été conclue et exécutée n'est pas retenue pour le décompte du délai de prescription (cass. com. 28 novembre 1995, n° 93-21242).

- **Cocontractant.** L'action en nullité pour les conventions, conclues par une société anonyme avec un tiers, auxquelles l'un des administrateurs de cette société est indirectement intéressé est ouverte au profit de la société et non à son cocontractant (cass. com. 15 mars 1994, Dr Soc. 1994, n° 98). D'ailleurs, l'action en nullité est destinée à protéger les actionnaires et ne peut être invoquée par d'autres personnes (cass. com. 23 mai 1967, BC III n° 201).

- **Prêt en cours de remboursement.** Une société demandait la nullité d'une convention de prêt, dont la conclusion profitait à l'un des administrateurs et qui n'avait pas été autorisée par le conseil d'administration. Cette demande en nullité, du 5 octobre 1995, était prescrite, la prescription ayant continué à courir le 5 juin 1992 (cass. com. 4 mars 2003, n° 00-20183).

- **Convention non exécutée, prescription inapplicable.** Si l'action en nullité d'une convention est soumise à la prescription triennale, l'exception de nullité est perpétuelle lorsque la convention n'a pas été exécutée (cass. soc. 29 novembre 2006, n° 04-48219). Au cas d'espèce, l'administrateur salarié d'une SA licencié demandait l'exécution d'une convention par laquelle la société devait lui verser un an de salaire.

- **Convention dissimulée.** La jurisprudence considère le plus souvent que la dissimulation d'une convention résulte de l'absence d'autorisation du conseil préalablement à sa conclusion. C'est ainsi qu'à propos d'une convention de retraite complémentaire réservée à certains cadres, et notamment à des dirigeants d'une société, la chambre commerciale relève, dès lors, que la preuve n'était pas rapportée de ce que le conseil d'administration de la société et les assemblées générales aient été informés du contenu exact de cette convention avant sa signature. Les juges du fond en ont justement déduit sa dissimulation de l'absence de révélation de son contenu et de l'absence de délibération de son objet et de ses modalités quant à son application aux dirigeants, peu important que le conseil d'administration, les dirigeants sociaux, l'actionnaire principal, les commissaires aux comptes aient eu connaissance de l'existence de cette convention postérieurement à sa signature et que celle-ci ait reçu application (cass. com. 7 juillet 2004, n° 01-15677).

► Couverture de la nullité par l'assemblée

383 La nullité des conventions réglementées conclues sans autorisation du conseil d'administration peut être couverte par un vote de l'assemblée générale intervenant sur le rapport spécial des commissaires aux comptes exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie (c. com. art. L. 225-42).

C'est le seul moyen pour couvrir la nullité d'une convention (cass. civ. 16 octobre 1998, D. 2000 somm. 2341 ; cass. soc. 29 novembre 2006, n° 04-48219).

Le dirigeant, ou l'actionnaire intéressé, ne peut prendre part au vote de cette assemblée et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité. En conséquence, la société mère ne peut prendre part au vote de la régularisation de la convention conclue par sa filiale.

- **Avenant au bail non approuvé, mais exécuté.** Il a été jugé, s'agissant d'un bail consenti à une société par un de ses administrateurs, que le vote de l'assemblée approuvant des comptes faisant état du montant d'un nouveau loyer, alors qu'elle n'avait jamais été avisée qu'un avenant au bail augmentant le loyer avait été consenti, ne saurait couvrir la nullité entachant cet avenant (cass. com. 28 novembre 1995, n° 93-21242).
- **Rapport spécial du CAC.** Les juges du fond doivent rechercher si le rapport spécial du commissaire aux comptes expose les circonstances à raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie (cass. com. 24 mars 1998, Dr Soc. 1998, n° 107). À défaut de rapport spécial du commissaire aux comptes, il ne peut y avoir de régularisation (cass. com. 25 mars 2003, n° 99-15470). De même, la nullité ne peut être couverte si le rapport du commissaire aux comptes n'expose pas les raisons pour lesquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie (cass. soc. 29 novembre 2006, n° 04-48219).
- **Approbaton ultérieure des comptes.** L'approbaton ultérieure des comptes par l'assemblée générale n'a pas pu couvrir la nullité d'une convention, dès lors que celle-ci n'a pas fait l'objet d'une délibération spéciale et que le rapport des commissaires aux comptes établi pour l'exercice sur les conventions réglementées ne contient ni l'exposé de ses clauses essentielles ni les raisons pour lesquelles elle n'a pas été soumise à la procédure d'autorisation (cass. com. 21 novembre 2000, n° 97-21748).
- **Engagement de la société.** La société ne sera engagée que lorsque l'assemblée générale aura donné son accord sur la convention.

► Responsabilité des intéressés

- 384** La responsabilité des personnes intéressées à une convention réglementée qui n'a pas été autorisée par le conseil est engagée si la convention a causé un préjudice à la société. Tel est le cas du président du conseil d'administration d'une société anonyme qui a conclu avec une filiale de celle-ci, dont il était le dirigeant, une convention non autorisée par le conseil d'administration faisant supporter par la société anonyme des déficits de liquidation de la filiale, entraînant une charge importante pour la société mère (cass. com. 15 juin 1993, BC IV n° 254).

Garanties données par la société anonyme

Diversité des procédures

- 385** Les cautions, avals et garanties figurent au nombre des actes jugés spécialement dangereux pour la société.

Dans certains cas, la loi les interdit purement et simplement. Un administrateur personne physique ne peut se faire cautionner, ou avaliser par la société dans laquelle il exerce son mandat, un engagement qu'il a pris envers un tiers (voir § 350).

En dehors de ces actes interdits, le cautionnement par la société d'un engagement d'un de ses administrateurs personne morale ou d'un de ses actionnaires nécessite le respect de la procédure des conventions réglementées (voir § 351).

Il est une autre hypothèse qui est celle où la société donne des garanties au profit de tiers en contrepartie, par exemple, d'un prêt ou d'une ouverture de crédit. Le dirigeant doit, dans ce cas, être préalablement autorisé par le conseil pour consentir cette garantie au nom de la société (voir §§ 387 à 395).