

RESUME

Les relations entre dirigeants et associés (ou actionnaires) posent des questions de gouvernance lors du développement de l'entreprise. Les associés sont alors éloignés de la prise des décisions par leurs dirigeants et rencontreront davantage de difficultés pour faire entendre leur point de vue. Or, il ne faut pas oublier que les associés sont les propriétaires de la société et que le dirigeant n'en est que le mandataire.

Pour répondre à cette exigence de transparence et de contrôle des décisions de gestion, la loi a mis en place différentes règles.

Tout d'abord, elle a encadré l'accès aux fonctions de dirigeant. Ce cadre peut être l'occasion de s'assurer de la désignation de dirigeants compétents cherchant avant tout à satisfaire l'intérêt social. De même, les pouvoirs et la rémunération du dirigeant ont fait l'objet d'une réglementation renforcée toujours dans un objectif de transparence et de contrôle par les associés, la révocation et l'engagement de la responsabilité du dirigeant étant les moyens ultimes utilisés par les associés pour s'assurer d'un contrôle de ces décisions.

Ensuite, les associés sont titulaires de différents droits leur permettant de garder un droit de regard, voire même une influence, sur les décisions de gestion prises par le dirigeant. Le premier de ce droit est le droit de vote puisqu'il permet d'approuver les comptes sociaux ou de décider de la révocation du dirigeant. Le droit d'information est indispensable à l'exercice efficace du droit de vote permettant aux associés de prendre leurs décisions en connaissance de cause. D'autres droits sont à la disposition des associés afin de renforcer leur information et leur intervention sur la prise de certaines décisions.

Enfin, il existe d'autres organes exerçant également un contrôle ou une influence sur les décisions prises par le dirigeant et permettant de renforcer la notion de gouvernance.

Ces organes peuvent exister en interne – mise en place d'un conseil de surveillance dans la SA ou dans la SAS ou d'un CE à partir de 50 salariés – ou en externe – CAC doté de nombreuses prérogatives permettant d'informer au mieux les associés de la situation économique de leur société et des décisions prises par les dirigeants.

CORRIGES

EXERCICES

★★ EXERCICE 1 La SARL Ambris ⌘ 20 minutes

1. Que pouvez-vous conseiller à Gurvan Merrick ?

Règle de droit

Lorsque les associés de la SARL ont des questions sur une décision de gestion prise par le gérant, ils peuvent demander une expertise de gestion. Cette demande doit être adressée au président du tribunal de commerce qui va nommer un professionnel, expert de gestion. Afin que la demande soit recevable, il faut :

- que l'associé possède, seul ou en groupe, au moins 10 % du capital social ;
 - que la demande porte sur une ou plusieurs décisions de gestion précises.
- Elle donnera lieu à un rapport communiqué aux associés qui pourront ensuite prendre une décision telle que l'engagement de la responsabilité du gérant en cas de faute de gestion.

Application au cas

En l'espèce, Gurvan Merrick doit adresser sa demande au président du tribunal de commerce, ce qu'il ne peut faire dans la situation actuelle pour deux raisons :

- il ne possède que 3 % du capital social. Il doit donc trouver d'autres associés acceptant d'exercer ce recours avec lui ;
- il ne peut demander une expertise sur toute la gestion de Jean-Pierre Ambris, mais uniquement sur les décisions de gestion qui lui semblent contestables.

2. Que pouvez-vous lui répondre ?

Règle de droit

Le droit d'alerte consiste dans la SARL, pour un associé non gérant, à poser des questions au dirigeant sur tout fait de nature à compromettre la poursuite de l'activité de la société. Ce droit d'alerte peut s'exercer deux fois par exercice. Les questions sont posées par écrit et le gérant devra y répondre dans le délai d'un mois. Dans la SARL, tout associé peut exercer ce droit d'alerte. Il ne requiert aucun minimum en termes de parts sociales.

En l'absence de réponse, aucune suite n'est donnée au droit d'alerte. En revanche, si le commissaire aux comptes est informé (s'il y en a un), il pourra à son tour utiliser son droit d'alerte.

Application au cas

Gurvan Merrick pourrait en effet exercer son droit d'alerte car aucun nombre minimum de parts sociales n'est requis à cet effet. Il pourra ainsi obtenir des réponses de la part de Jean-Pierre Ambris et, à défaut de réponses satisfaisantes, mettre ensuite en œuvre une autre action.

3. Au titre de quelles responsabilités Jean-Pierre Ambris peut-il être poursuivi par Gurvan Merrick ? Selon quelles conditions ?

Règle de droit

Les dirigeants de sociétés peuvent voir leur responsabilité civile, pénale ou fiscale engagée.

La responsabilité civile est engagée en cas de préjudice subi par une victime, d'existence d'un fait générateur et d'un lien de causalité entre les deux. La responsabilité pénale est engagée en cas d'infraction. La responsabilité fiscale est engagée en cas de non-respect des obligations fiscales de la société.

Pour engager la **responsabilité civile** du dirigeant, il faut justifier d'un préjudice personnel. Elle peut donc être engagée par l'associé s'il a subi ce préjudice ou par la société. Cette dernière est représentée par son dirigeant, ce qui peut compliquer le recours. Le Code de commerce a alors prévu la possibilité pour les associés de SARL d'exercer un recours en responsabilité contre le dirigeant au nom de la société. On parle alors d'action sociale. Elle peut être exercée par un seul associé, action *ut singuli*, ou par un regroupement d'associés qui doivent alors justifier de représenter au moins 10 % du capital social.

La **responsabilité pénale** nécessite une infraction. Les associés pourront alors se porter partie civile, dans les mêmes conditions que pour l'engagement de la responsabilité civile du dirigeant.

La **responsabilité fiscale** est engagée en cas de faute dans les obligations fiscales, constituant une faute de gestion. Elle peut également être qualifiée de faute détachable de ses fonctions permettant à l'administration fiscale d'engager directement la responsabilité personnelle du dirigeant et non de la société.

Application au cas

En l'espèce, Gurvan Merrick pourra engager la responsabilité civile de Jean-Pierre Ambris au nom de la SARL Ambris en prouvant le préjudice subi par la société. En revanche, étant donné la responsabilité limitée des associés de SARL, il est peu probable que le juge accepte un recours sur la base d'un préjudice personnel de l'associé. Pour engager la responsabilité pénale du dirigeant, il faudrait prouver l'existence d'une infraction. Pour la responsabilité fiscale, elle semble établie au regard des faits.

★★★ EXERCICE 2 La SA Pimplore ⌘ 30 minutes

1. Comment pouvez-vous répondre aux questions de Rochane ?

Règle de droit

La fonction de P-DG consiste à cumuler les mandats de président du CA et de directeur général. La rémunération du P-DG peut prendre plusieurs formes allant du remboursement de frais, en passant par la distribution de jetons de présence ou le versement d'une rémunération distincte. Les jetons de présence sont décidés de façon globale par les actionnaires en AGO. En revanche, leur répartition entre les administrateurs fait l'objet d'un vote en CA à la majorité simple. Par ailleurs, toute autre rémunération versée au PCA et au DG en raison de leurs fonctions est décidée par le CA.

La rémunération des dirigeants est soumise à de nombreuses règles, dont une obligation de publication dans le rapport de gestion qui doit faire apparaître la rémunération de chacun des dirigeants. Cette obligation ne concerne que les sociétés cotées ou contrôlées par des sociétés cotées.

Par ailleurs, le code de bonne gouvernance des sociétés cotées fixe des règles permettant de renforcer la transparence dans la gestion de l'entreprise. La publication précise de la rémunération totale des dirigeants répond à cet objectif.

Enfin, la loi du 9 décembre 2016 a mis en place la règle du *say on pay* permettant aux actionnaires de se prononcer sur la rémunération des dirigeants par un vote contraignant, *a priori* et *a posteriori*. Cette règle ne concerne, pour le moment, que les sociétés cotées.

Application au cas

Le conseil d'administration a décidé de la rémunération de M. Katoire, en tant que P-DG mais également en tant que directeur général. La SA Pimplore étant cotée en Bourse (elle fait appel aux marchés financiers), elle a dû respecter les obligations de publication de la rémunération de son dirigeant. Depuis la loi de décembre 2016, elle doit également soumettre cette rémunération à l'avis de ses actionnaires.

Rochane pourra donc vérifier cette information lors de la publication du rapport de gestion, mais également lorsqu'elle sera convoquée en AG pour donner son avis.

2. La rémunération du dirigeant de SA est-elle liée aux résultats de la société ?

Règle de droit

La rémunération du dirigeant peut prendre plusieurs formes :

- remboursement de frais ;
- avantages en nature ;
- rémunération relative au poste ;
- indemnité de départ ;
- indemnité différée.

Elle est décidée par les associés qui peuvent choisir de lier cette rémunération aux performances de la société. Elle est souvent composée d'une part fixe et d'une part variable fixée en fonction de ces performances. Le code de bonne gouvernance recommande d'établir ce lien, mais aucune obligation légale ne pèse sur la détermination de cette rémunération.

Application au cas

En l'espèce, la rémunération de M. Katoire pourrait être liée, au moins pour partie, aux performances de la SA Pimplore. Cependant, aucune obligation légale n'existe en ce sens.

3. Cette situation peut-elle être qualifiée pénalement ?

Règle de droit

Le dirigeant peut voir sa responsabilité pénale engagée en cas d'infraction. Ainsi, le fait d'utiliser les biens de la société pour un usage personnel peut être qualifié d'abus de biens sociaux. Ce délit nécessite l'existence :

© 2017 Vuibert, tous droits réservés

- d'un élément légal – il est prévu dans le Code de commerce pour les dirigeants de SA ;
- d'un élément matériel – le fait d'utiliser les biens de la société dans un intérêt personnel et au détriment de la société ;
- d'un élément intentionnel – le fait pour le dirigeant d'agir en toute connaissance de cause.

Application au cas

Dans le cadre de la rémunération de son dirigeant, la SA peut prendre en charge ses frais professionnels. En revanche, elle ne doit pas prendre en charge ses frais personnels. Il s'agit alors d'un délit d'abus de biens sociaux, sanctionné pénalement.

4. Présentez-lui la forme dualiste de direction d'une SA. Pourquoi son ami lui a-t-il parlé de cette forme ?

Règle de droit

La direction de la SA peut adopter une forme moniste, dite forme classique, ou une forme dualiste, dite forme moderne. La forme dualiste consiste à mettre en place un directoire composé de 2 à 5 membres. Il s'agit alors d'une direction collégiale. Celle-ci évite que les décisions ne soient prises par une seule personne et favorise la concertation dans la prise de décisions.

Par ailleurs, la forme dualiste implique la mise en place d'un conseil de surveillance composé de 3 à 18 membres. Ce conseil de surveillance a pour objet de contrôler les décisions de gestion prises par le directoire qui doit lui rendre un rapport tous les trois mois.

Application au cas

En l'espèce, le fait d'opter pour une forme dualiste introduira davantage de transparence dans la prise de décision au sein de la SA, ainsi que plus de collégialité limitant le poids des décisions d'un seul individu dans la direction de la société.

5. Pouvez-vous lui présenter les différents moyens d'information à sa disposition ?

Règle de droit

Les actionnaires ont différents moyens d'information à leur disposition :

- ils peuvent consulter les documents sociaux des trois derniers exercices en se rendant au siège social quand ils le souhaitent ;
- ils peuvent poser des questions par écrit dans le cadre de leur droit d'alerte uniquement en cas de fait de nature à compromettre la poursuite de l'activité de la société ;
- lors de l'assemblée générale d'approbation des comptes, ils auront accès aux comptes sociaux et au rapport de gestion.

Par ailleurs, à l'occasion de toute assemblée générale, les documents nécessaires à la prise de décision seront mis à leur disposition soit par envoi, soit par publication sur le site internet de la société. À cette occasion, les actionnaires peuvent poser des questions au dirigeant par écrit auxquelles il devra répondre lors de l'AG.

Application au cas

En l'espèce, Rochane pourra exercer son droit d'information en se rendant au siège social de la SA afin d'obtenir des informations sur sa situation actuelle, notamment au plan comptable et financier.

© 2017 Vuibert, tous droits réservés

Par ailleurs, l'opération de fusion nécessitant une prise de décision en AGE, le projet de fusion sera mis à sa disposition, par publication. Elle pourra ainsi poser les questions qu'elle souhaite et auxquelles le dirigeant devra répondre lors de l'assemblée générale.

6. Cette opération de gestion sera-t-elle soumise au contrôle d'autres organes ?

Règle de droit

Dans certaines sociétés, il existe des organes de contrôle des décisions de gestion autres que les actionnaires.

À partir de 50 salariés, l'entreprise a pour obligation de mettre en place un comité d'entreprise (CE) qui doit être consulté sur toute décision de gestion ayant un impact sur les salariés.

Par ailleurs, dans la société anonyme, la nomination d'un commissaire aux comptes est obligatoire. Il a pour mission de rendre un rapport sur les décisions de gestion prises par les dirigeants. Un projet de fusion fera l'objet d'un rapport du commissaire aux comptes afin d'informer les actionnaires du déroulement du projet.

Application au cas

En l'espèce, cette opération sera soumise non pas à un contrôle d'autres organes mais à leur information. Seront informés le CE et le CAC, qui pourront donner leur avis sur cette opération de fusion. Cette information sera à destination des actionnaires qui décideront ensuite de voter pour ou contre l'opération en cause.