

GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE

La responsabilité des administrateurs

Être administrateur de société n'est pas une sinécure :

la montée en puissance du corporate governance, les restructurations de grande ampleur, la mise en cause de plus en plus fréquente des administrateurs leur donne un rôle de plus en plus actif et de plus en plus exposé. Pourtant, qu'il s'agisse de suivre les filiales de la banque ou d'accompagner le développement d'une société cliente, les banquiers sont souvent sollicités pour ces fonctions. Pour répondre à leurs préoccupations concrètes, ce guide a pour objectif de décrire la responsabilité et les obligations des administrateurs de société dans divers cas de figure : sociétés cotées, cumul de mandats, comités indépendants... Il détaille les situations dans lesquelles leur responsabilité peut être engagée.



ARNAUD
DESCLÈVES

Responsable juridique
des activités de
banque d'affaires

BNP

D'UNE MANIÈRE GÉNÉRALE, la responsabilité individuelle de l'administrateur est rarement recherchée, la logique juridique française privilégiant plutôt l'engagement de la responsabilité de la société tout entière. Cependant, sous l'influence de la jurisprudence récente et du concept anglo-saxon de *corporate governance*, les actions contre les administrateurs à titre personnel tendent à se développer et notamment, pour des raisons pratiques, sur le plan pénal. Ainsi, la fonction d'administrateur que vous exercez est en pleine mutation et un administrateur ne peut désormais plus considérer son rôle comme purement passif.

L'objet de cette étude est donc de vous aider à mieux appréhender les contours de la responsabilité des administrateurs et de tracer

L'auteur remercie Sébastien Willerval pour sa contribution essentielle à ce guide.

ainsi un comportement idéal de l'administrateur dans un certain nombre de situations.

Il ne peut s'agir toutefois de rappeler et de commenter tous les aspects de son statut, ni même de définir de manière exhaustive toutes les situations risquant d'engager sa responsabilité.

Ce guide a été volontairement rédigé dans un langage qui emprunte le moins possible au jargon juridique. Ainsi, seuls les articles de loi et les arrêts fondamentaux sont cités.

Toutefois, cinq annexes, plus techniques, présentent les grandes notions juridiques qui aident à comprendre comment un administrateur peut éviter de voir sa responsabilité engagée.

Les obligations de l'administrateur sont détaillées dans un ordre allant de la situation la plus ordinaire à la plus particulière. Vous

pourrez ainsi vous reporter directement au cas qui vous concerne.

VOUS ÊTES ADMINISTRATEUR

■ Dans le cadre de leur mission, les administrateurs sont tenus de respecter certaines obligations d'ordre général.

Le manquement à ces obligations peut engager leur responsabilité sur deux terrains :

- **civil** : ils sont responsables à l'égard de la société et des tiers des dommages qui résultent de leur administration (*annexe 1*: le régime de la responsabilité civile) ;
- **pénal** : ils peuvent être amenés à commettre des infractions pénales dans le cadre de leur fonction, notamment des abus de biens sociaux ou ABS (*annexe 2*), des infractions d'initié (*annexe 3*) et des infractions touchant à l'information des actionnaires (*annexe 4*).





S o m m a i r e

■ VOUS ÊTES ADMINISTRATEUR

- I L'obligation de gérer dans l'intérêt social : éviter la faute de gestion
 1. La responsabilité de l'administrateur vis-à-vis de la société et des actionnaires
 2. La responsabilité de l'administrateur vis-à-vis des tiers
- II L'obligation de surveillance : contrôler, assister, participer activement
- III L'obligation d'information : rechercher l'information pertinente

■ VOUS ÊTES ADMINISTRATEUR D'UNE SOCIÉTÉ COTÉE

- I L'obligation de loyauté : le respect de l'intérêt commun des actionnaires
 1. Informer les actionnaires : l'obligation de rendre compte
 2. Veiller au respect de l'égalité de traitement entre actionnaires
- II L'obligation de discrétion

■ VOUS ÊTES ADMINISTRATEUR DANS PLUSIEURS SOCIÉTÉS

- I Les conventions réglementées
 1. Les conventions soumises à la procédure de l'article 101
 2. Les conventions libres prévues par l'article 102
- II Les obligations déontologiques de l'administrateur commun en cas de conflit d'intérêts
 1. Cas de la fusion entre deux sociétés dont l'une détient une participation dans l'autre
 2. Cas où une société lance une OPA ou OPE sur une société ayant avec elle un administrateur commun
 3. Cas de l'absorption par une société mère de sa filiale à 100 %

■ VOUS ÊTES MEMBRE D'UN COMITÉ INDÉPENDANT

- I Statut des comités indépendants
- II Statut et responsabilité des membres des comités

■ ANNEXES

- ANNEXE 1 - LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES ADMINISTRATEURS
- ANNEXE 2 - L'ABUS DE BIENS SOCIAUX OU ABS
- ANNEXE 3 - ABUS DES POUVOIRS ET DES VOIX
- ANNEXE 4 - LES INFRACTIONS D'INITIÉ
- ANNEXE 5 - INFRACTIONS TOUCHANT A L'INFORMATION DES ACTIONNAIRES
- ANNEXE 6 - RÉGIME DES INFRACTIONS PÉNALES
- ANNEXE 7 - LE GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE

De manière plus transversale, trois obligations essentielles constituant la base de la fonction d'administrateur peuvent être définies : l'obligation de bonne gestion (I), l'obligation de surveillance (II) et leur corollaire, l'obligation d'information (III).

I L'OBLIGATION DE GÉRER DANS L'INTÉRÊT SOCIAL : ÉVITER LA FAUTE DE GESTION

Le conseil d'administration est un organe collégial chargé de gérer la société. Les administrateurs n'ont, en principe, pas de pouvoirs propres et leur responsabilité ne peut être recherchée qu'au travers de l'action sociale. Cependant, dans certains cas particuliers, la responsabilité de l'administrateur peut être recherchée par les actionnaires ou même par des tiers ayant subi un dommage à titre personnel.

1) La responsabilité collective de l'administrateur vis-à-vis de la société et des actionnaires

Le conseil d'administration est en charge de l'intérêt social. Aussi, les décisions du conseil (autorisation de souscrire une garantie ou de réaliser une augmentation de capital, acquisition ou cession d'une participation...) peuvent-elles engager sa responsabilité pour faute de gestion. Dans ce cas, la responsabilité des administrateurs est solidaire, le tribunal pouvant moduler la part contributive de chaque administrateur selon ses attributions et les informations dont il avait connaissance.

La faute de gestion est caractérisée par une erreur anormale dans

les choix de gestion, ou une décision prise dans un intérêt personnel, contraire à l'intérêt social.

• L'erreur anormale de gestion :

Seule l'erreur anormale de gestion (imprudences ou négligences dans la gestion de la société) est sanctionnée. Les administrateurs n'ayant qu'une obligation de moyens (et non de résultat), la simple erreur de choix n'est pas constitutive d'une faute de gestion. De plus, en principe, le juge ne peut s'immiscer dans la gestion de la société, il ne lui appartient donc pas d'apprécier l'opportunité des décisions.

L'administrateur dispose de différents critères pour apprécier si une décision est fautive :

- la décision doit entrer dans l'objet social de la société. A titre d'exemple, l'emploi de fonds sociaux pour accorder un prêt à des particuliers lorsqu'une telle opération n'est pas prévue par l'objet social constitue, en principe, une faute de gestion ;

- la décision doit revêtir un caractère raisonnable au moment où elle a été prise. A titre d'exemple, des dépenses hors de proportion avec les ressources de la société ou sans commune mesure avec les services rendus constituent une faute de gestion ;

- la décision doit avoir des motifs crédibles et objectifs. Le juge peut vérifier la crédibilité de la motivation de la décision et il doit exister des raisons objectives justifiant la décision.

• **La décision prise dans un intérêt personnel :**

Les administrateurs ont le devoir absolu de faire prévaloir l'intérêt social sur leur intérêt personnel. Si le conseil d'administration prend une décision motivée, non par l'intérêt de la société, mais par l'intérêt personnel de l'un de ses membres, il commet incontestablement une faute de gestion.

A cet égard, l'article 106 de la loi du 24 juillet 1966 interdit, sous

2) La responsabilité individuelle des administrateurs vis-à-vis des tiers

Le conseil d'administration est un organe collégial et ses décisions engagent la société. Ainsi, toute décision, prise valablement par le conseil, n'engage que la responsabilité de la société dans son ensemble et non celle des administrateurs. La responsabilité individuelle de l'administrateur ne peut être recherchée par un tiers que s'il a personnellement commis une faute détachable de l'exercice de ses fonctions (par exemple, des manœuvres dolosives pour forcer un tiers à souscrire à une augmentation de capital).

En pratique, la responsabilité individuelle de l'administrateur pour faute de gestion est plus fréquemment recherchée dans le cadre dérogatoire de l'action en comblement de passif (article L 180 de la loi du 25 janvier 1985) qui ne fait pas l'objet d'une étude particulière ici.

II L'OBLIGATION DE SURVEILLANCE :
CONTRÔLER, ASSISTER, PARTICIPER
ACTIVEMENT

Le conseil d'administration doit se préoccuper des conditions dans lesquelles le président exécute sa mission. A ce titre, le conseil d'administration doit exercer une mission de surveillance et de vigilance à l'égard des actes du président.

L'administrateur doit se tenir personnellement au courant des affaires sociales, connaître et surveiller la préparation et l'exécution des principales opérations.

Pour remplir cette obligation, l'administrateur doit :

- exercer un contrôle réel et sérieux de façon permanente.

Il doit demander des informations complémentaires si le président ne les donne pas spontanément. L'administrateur doit se tenir informé des décisions prises par la société tout au long de l'exercice

social et pas seulement lors de l'établissement des comptes sociaux ;

- assister aux réunions du conseil d'administration.

Si plusieurs conseils se tiennent dans l'année, le fait de ne pas assister à l'un d'entre eux n'engage pas la responsabilité de l'administrateur. En revanche ne pas assister à l'unique conseil d'administration est une négligence, source de responsabilité. Toutefois, l'administrateur peut se faire valablement représenter par un autre administrateur.

S'il n'a pas pu assister à un conseil d'administration au cours duquel des décisions contestables ont été prises, sa responsabilité est dérogée si son absence est justifiée par un motif valable (maladie, voyage accompli dans l'intérêt de la société...). Naturellement, il ne doit pas avoir ratifié la décision ultérieurement et il peut être plus prudent de notifier par lettre son opposition au président ;

- faire valoir son point de vue lors des conseils d'administration et si nécessaire son opposition

L'administrateur doit avoir une attitude active. Il doit s'exprimer sur la situation de la société et veiller à ce que ses propos soient transcrits fidèlement sur le procès-verbal de la réunion. L'administrateur doit faire preuve d'une relative indépendance notamment vis-à-vis du président. L'exercice purement formel des fonctions d'administrateur peut constituer une négligence fautive.

Au cours du conseil d'administration, il peut manifester son opposition en exerçant :

• **son droit de vote contre la décision.**

Il ne peut se contenter de s'abstenir lors du vote d'une résolution contestable. Pour les décisions les plus graves, il doit faire inscrire ses protestations au PV ou même demander une réunion de l'AG sur le sujet. Il peut présenter à l'AG un rapport séparé et opposé à celui du conseil d'administration ;

“ Les administrateurs n'ayant qu'une obligation de moyens, la simple erreur de choix n'est pas constitutive d'une faute de gestion.

”

peine de nullité absolue, certaines opérations particulières entre un administrateur et la société (emprunts, cautions, avals).

La commission d'actes contraires à l'intérêt social est aussi de nature à engager la responsabilité pénale de l'administrateur (annexe 2 : l'ABS). A cet égard, le simple fait pour un administrateur de connaître les agissements délictueux du président du conseil le rend complice d'un abus de biens sociaux.

• **son droit de donner sa démission motivée dans les cas les plus graves.**

Pour cela, il sera prudent de notifier au président, par lettre recommandée avec accusé de réception, sa démission et de veiller à ce que celle-ci fasse l'objet d'une inscription au RCS.

En revanche, deux moyens sont inefficaces :

- les clauses statutaires tendant à limiter l'action sociale en responsabilité pour faute de l'administrateur ;
- le quitus accordé par l'AG aux administrateurs qui n'a pas d'effet réel sur le plan juridique. Il ne les décharge pas de leur responsabilité.

Enfin, il faut noter le développement de l'assurance-responsabilité des administrateurs. En effet, désormais les compagnies d'assurance acceptent de couvrir la responsabilité civile des mandataires sociaux en garantissant les conséquences pécuniaires de l'exercice de leur mandat. Bien entendu, la responsabilité pénale ne peut pas être couverte.

III L'OBLIGATION D'INFORMATION :
RECHERCHER L'INFORMATION
PERTINENTE

En principe, le président doit fournir aux administrateurs toute l'information essentielle et en particulier les documents destinés à devenir publics : documents publiés aux greffes, comptes annuels, méthodes comptables utilisées, évolution des affaires sociales...

Les administrateurs ont aussi l'obligation de se renseigner par eux-mêmes et de rechercher l'information nécessaire pour pouvoir se déterminer de façon éclairée sur la situation financière et commerciale de la société, mais aussi sur ses activités et celles de ses filiales.

Pour pouvoir remplir ses missions, l'administrateur a un droit d'information :

- à l'intérieur de la société : le conseil d'administration peut se faire communiquer tous les documents qu'il estime utiles à sa mission (article

128 de la loi du 24 juillet 1966). L'administrateur doit avoir accès à tous les documents sans que puisse lui être opposé leur caractère confidentiel puisqu'il est tenu d'une obligation de discrétion (CA Paris 4 mars 1994). Il peut demander, à tout moment, des informations complémentaires au président. Toutefois, en cas de refus de communication, l'administrateur ne peut se procurer individuellement le renseignement auprès du personnel. En cas d'urgence, il peut saisir le président du tribunal de commerce en référé ;

- à l'extérieur de la société : le conseil d'administration peut obtenir tous les renseignements nécessaires auprès des banques ou des commissaires aux comptes de la société sans que le secret professionnel ne puisse lui être opposé. Cependant, l'administrateur ne peut pas accéder individuellement à ces informations.

VOUS ÊTES ADMINISTRATEUR
D'UNE SOCIÉTÉ COTÉE

■ Outre les obligations déjà citées, l'administrateur d'une société cotée a des obligations plus aiguës notamment à l'égard des actionnaires. Il est tenu, en particulier, d'une obligation de loyauté (I) et d'une obligation de discrétion (II).

I L'OBLIGATION DE LOYAUTÉ :
LE RESPECT DE L'INTÉRÊT COMMUN
DES ACTIONNAIRES

Sous l'influence du concept anglo-saxon de *corporate governance* (annexe 6), la jurisprudence tend à renforcer la protection des actionnaires, et en particulier des minoritaires, à travers l'obligation de loyauté imposée aux administrateurs. Cette obligation de loyauté existe dans toutes les sociétés. Cependant, elle s'applique plus particulièrement aux administrateurs de sociétés cotées.

Cette obligation de loyauté se décompose en deux missions complémentaires :

- informer les actionnaires en contrôlant l'information délivrée ; ...

- veiller au strict respect de l'égalité entre les actionnaires, notamment dans les opérations de rapprochement et d'acquisitions.

1) Informer les actionnaires :

L'obligation de rendre compte

Le conseil d'administration doit répondre aux questions des actionnaires concernant la situation et les performances de l'entreprise. Il doit aussi expliquer comment les décisions clés ont été prises (stratégie, désignation et rémunération des dirigeants).

Il peut communiquer ces informations à travers :

- les comptes annuels devant donner une image fidèle de la société ;

- le rapport de gestion soumis aux actionnaires avant l'approbation des comptes ;

- les rapports trimestriels d'activité et de résultats ;

- les réponses aux questions écrites des actionnaires qui lui sont adressées lors de l'AG ou pendant l'exercice ;

- lors de certaines opérations spécifiques (OPA, OPE : notes d'information visées par la Cob...).

Le manquement à cette obligation d'information engage la responsabilité du conseil d'administration si les actionnaires ont été induits en erreur. En outre, la responsabilité pénale de l'administrateur peut aussi être recherchée pour présentation de faux bilan ou pour diffusion d'informations inexactes (annexe 4).

2) Veiller au respect de l'égalité

de traitement entre actionnaires

L'administrateur doit respecter et faire respecter une stricte égalité entre les actionnaires en ce qui concerne leurs droits sur les actifs de la société et donc sur sa valeur. Ainsi, la tendance jurisprudentielle est de veiller au respect des droits des minoritaires : chaque actionnaire doit recevoir ce qui lui est dû en proportion de ses droits individuels.

Or, certaines opérations sont sus-

ceptibles de nuire à ce partage équitable sans être pourtant nécessairement contraires à l'intérêt social :

- augmentation de capital avec suppression du droit préférentiel de souscription risquant de provoquer une dilution des droits des minoritaires ;

- opération de fusion entraînant des conséquences sur le patrimoine des actionnaires ;

- lancement d'une offre publique ;

- filialisation d'actifs au profit de sociétés appartenant à certains actionnaires ;

- rémunération excessive des dirigeants actionnaires ;

- ...

Pour apprécier si la décision risque d'engager sa responsabilité, le conseil d'administration doit rechercher si l'opération ne procure pas un avantage à certains actionnaires et mesurer cet avantage sous deux aspects :

- l'opération déprécie-t-elle les titres de certains actionnaires ?

- modifie-t-elle leur valeur de contrôle ?

Si la décision porte atteinte à l'intérêt commun des actionnaires, il doit s'y opposer et dénoncer l'avantage consenti à certains actionnaires lors de l'AG statuant sur l'opération ou lors de celle statuant sur les comptes.

Pour dégager sa responsabilité, le conseil d'administration doit pouvoir prouver qu'il a mis en place un processus raisonnable pour garantir un prix équitable aux actionnaires. Les solutions envisageables sont les suivantes :

- nommer un comité spécial chargé par le conseil d'administration de se prononcer sur l'opération (comité de rémunération, comité spécial se prononçant sur l'offre publique) dont les membres seront choisis avec soin : cadres d'autres sociétés, avocats, professeurs d'université... ;

- consulter, dans certains cas préconisés par la Cob, un expert indépendant qui rendra une attestation d'équité sur le modèle de la pratique anglo-saxonne de la *fairness opinion*.

II L'OBLIGATION DE DISCRÉTION

Les administrateurs et toutes les personnes assistant au conseil d'administration (membres du Comité d'entreprise compris) sont tenus d'un devoir de discrétion à l'égard des informations données comme confidentielles par le président (art. 100 al. 4 loi de 1966).

Dans les sociétés cotées, cette obligation est plus étendue et l'on tend vers une obligation de secret pour certaines informations très sensibles. Il s'agit, notamment, de toutes les opérations touchant au capital ou aux fondamentaux de la société (augmentation de capital, lancement d'une OPA, rachat d'une société, annonce de résultats déficitaires).

Le manquement à cette obligation de discrétion peut causer un préjudice considérable à la société engageant la responsabilité civile de l'administrateur. Sur le terrain pénal, ce manquement peut être également sanctionné (annexe 3 : les infractions d'initié).

De cette obligation de discrétion découle naturellement une obligation d'abstention. L'administrateur doit notamment :

- s'abstenir de communiquer cette information à des tiers au conseil d'administration ;

- s'abstenir de réaliser toute opération, en particulier, sur les titres de la société ou de toute société impliquée dans l'opération envisagée, en utilisant directement ou indirectement cette information.

VOUS ÊTES ADMINISTRATEUR DANS PLUSIEURS SOCIÉTÉS

■ Les participations croisées entre sociétés cotées et la nomination d'administrateurs communs à plusieurs sociétés génèrent pour ces administrateurs des problèmes spécifiques et notamment des conflits d'intérêts.

La loi, avec les conventions réglementées de l'article 101 de la loi du 24 juillet 1966, règle une partie du problème (I). Il subsiste, néanmoins, de nombreuses opérations risquant d'engager la responsabi-

té des administrateurs, la jurisprudence tendant à leur imposer de nouvelles obligations sur le plan déontologique (II).

I LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

1) Les conventions soumises à la procédure de l'article 101
En vertu de l'article 101 de la loi du 24 juillet 1966, les conventions passées entre deux sociétés ayant un administrateur commun sont soumises à une procédure de contrôle particulière : autorisation préalable du conseil d'administration, rapport spécial des commissaires aux comptes, approbation par l'AG. L'administrateur commun ne peut prendre part au vote au conseil d'administration et à l'AG.

La loi vise toutes les conventions sans distinction : vente, bail, prestation de service, contrat de licence, prêt...

En pratique, il s'agit le plus souvent de prêts sans intérêts, de subventions entre sociétés d'un même groupe, d'abandons de créances...

Les sanctions de l'inobservation de cette procédure sont :

conséquences dommageables éventuelles de la convention pour la société.

2) Les conventions libres prévues par l'article 102

L'article 102 prévoit une exception pour les conventions portant sur des opérations courantes (opérations effectuées par la société de façon habituelle) et conclues à des conditions normales (conditions comparables à celles appliquées ordinairement par la société).

Ainsi, dans un groupe de sociétés dans lequel des sociétés ont des administrateurs communs, les conventions suivantes ne sont pas soumises à l'article 101 et donc à l'autorisation préalable du conseil d'administration :

- les transactions commerciales courantes. Il doit s'agir d'opérations (vente, achat, prestation de service) relevant de l'activité habituelle de l'entreprise ;

- les frais communs de groupe (*management fees*, comptabilité, informatique...). Ces conventions relèvent d'une opération habituelle dans le groupe et normale si la

facturation se fait au coût de revient ou avec une marge bénéficiaire raisonnable ;

- les transactions financières (prêts, avances, cautionnement, gestion

d'un pool de trésorerie...) sont en principe des transactions courantes dans les groupes. Il convient néanmoins de surveiller particulièrement les montants en cause, en fonction de la capacité financière des sociétés, et les taux d'intérêt appliqués.

Dans l'hypothèse où une telle convention nécessiterait un vote du conseil d'administration en raison, par exemple, de son caractère stratégique, l'administrateur commun pourrait participer au vote.

Cependant, il existe une série d'opérations ne relevant ni de l'article 101, ni de l'article 102. Il s'agit d'opérations de fusion, scission et apport partiel d'actif, entre sociétés ...

“ L'administrateur doit respecter et faire respecter une stricte égalité entre les actionnaires. ”

- si la convention n'a pas été autorisée préalablement par le conseil, elle ne peut être annulée que si elle a eu des conséquences dommageables pour la société ;

- si l'administrateur commun a pris part au vote du conseil d'administration, il peut être amené à engager sa responsabilité dans le cas où la convention a eu des conséquences dommageables pour la société ;

- si la convention autorisée par le conseil n'a pas fait l'objet du respect des autres formalités (rapport du commissaire aux comptes, vote de l'AG), la nullité de la convention ne peut être prononcée. La seule sanction est l'obligation pour les administrateurs de supporter les

ayant un administrateur commun. De telles opérations ne sont pas soumises à la procédure de contrôle (Cass. com. 7 juin 1963, *JCP* 1963. II.13374). Cette solution peut être étendue à toutes les opérations pour lesquelles la décision relève de la compétence de l'assemblée.

II LES OBLIGATIONS DÉONTOLOGIQUES DE L'ADMINISTRATEUR COMMUN EN CAS DE CONFLIT D'INTÉRÊTS

Dans un certain nombre d'opérations non couvertes par le dispositif de l'article 101, l'administrateur commun peut se trouver dans des situations de conflit d'intérêts. Dans de telles situations, la jurisprudence tend à reconnaître de nouvelles obligations déontologiques aux administrateurs, obligations parfois qualifiées de devoir fiduciaire.

- 1) Cas de la fusion entre deux sociétés dont l'une détient une participation dans l'autre

Le conflit potentiel réside dans l'évaluation des sociétés et l'établissement du rapport d'échange entre leurs titres. La participation d'un administrateur commun aux deux sociétés aux travaux d'élaboration du projet de fusion, du rapport soumis aux actionnaires et aux délibérations des conseils d'administration relatives à cette opération semble devoir être limitée.

Le risque encouru, dans le cas contraire, consiste en un déséquilibre en faveur de l'une des sociétés. Une action des minoritaires de la société lésée pourrait mettre en cause les décisions prises par son conseil d'administration. La responsabilité de l'administrateur commun risquerait alors d'être considérée comme plus importante que celle des autres administrateurs et on pourra rechercher s'il n'a pas influencé les décisions de la société sous-évaluée en faveur de l'autre.

En conséquence, il est préférable que cet administrateur s'abstienne autant que possible de participer aux délibérations des conseils d'administration des deux sociétés, en particulier pour toutes les ques-

tions concernant l'évaluation des sociétés et l'établissement du rapport d'échange, et en tout état de cause aux votes sur ces questions.

- 2) Cas où une société lance une OPA ou OPE sur une société ayant avec elle un administrateur commun

En cas d'OPA ou OPE d'une société sur une autre dont elle détient déjà des titres et alors qu'elles ont un administrateur commun, la conduite de cet administrateur doit faire prévaloir avant tout les règles de confidentialité et de loyauté, en particulier si l'offre est inamicale.

L'administrateur commun ayant connaissance du projet d'offre bien avant qu'il ne soit rendu public sera bien sûr tenu au secret à l'égard de la société cible.

De même, il serait contraire à son obligation de loyauté de communiquer des informations sur la cible à la société initiatrice de l'offre, s'il avait eu connaissance de ces informations dans le cadre de ses fonctions d'administrateur de la cible.

Enfin, pendant la durée de l'offre publique, cet administrateur, représentant deux sociétés rivales, risque d'être en situation délicate, notamment si la cible recherche des moyens de défense (augmentation de capital...).

Dans ces hypothèses, il semble préférable que l'administrateur commun s'abstienne de participer aux votes, qu'il s'agisse des projets et décisions de la société initiatrice ou de ceux relatifs aux réactions de la cible. Toute intervention de cet administrateur aux délibérations devra être empreinte de la plus grande retenue, son obligation de discrétion devant être considérée en pareil cas comme une obligation au secret professionnel.

- 3) Cas de l'absorption par une société mère de sa filiale à 100 %

Dans la mesure où elle n'est pas, par hypothèse, susceptible de léser les minoritaires de la société absorbée, l'absorption d'une filiale à 100 % ne semble pas poser de diffi-

cultés particulières. La procédure applicable à ce type de fusion obéit d'ailleurs à un régime simplifié.

Aussi, il semble possible pour un administrateur commun aux deux sociétés de participer aux délibérations des conseils d'administration relatives à cette opération, y compris en ce qui concerne la rédaction du traité de fusion et l'évaluation des apports.

VOUS ÊTES MEMBRE D'UN COMITÉ INDÉPENDANT

■ Outre les comités de direction assistant le président, des comités spécialisés assistant le conseil d'administration ont récemment été mis en place dans les sociétés cotées, sous l'influence des règles de *corporate governance*.

Il convient de distinguer le statut de ces différents comités (I) et le statut de leurs membres (II).

I STATUT DES COMITÉS INDÉPENDANTS

• Les comités spécialisés

Il s'agit des comités de rémunération, comités des comptes ou d'audit, comités de sélection dont la création est prévue par l'article 90 alinéa 2 du décret du 23 mars 1967. La décision de créer ces comités ainsi que la définition de leur rôle relèvent de la compétence exclusive du conseil d'administration. Ils ont un rôle purement consultatif et le conseil d'administration conserve son pouvoir légal de décision. Ils sont donc uniquement chargés de faire des propositions, limitées à certains sujets sensibles.

• Le comité de direction

Ce comité est créé par le président, qui en nomme les membres. Aucun texte ne prévoit ce type de comité ; il s'agit d'une création de la pratique. Le comité de direction est chargé d'assister le président dans la gestion quotidienne. Mode d'organisation interne, il n'est investi d'aucun pouvoir propre à l'égard des tiers. A ce titre, il ne répond de sa gestion que devant le président.

Les attributions de ces comités ne leur sont confiées qu'à titre précaire. A tout moment, le président ou le conseil d'administration peuvent les supprimer, révoquer leurs membres ou simplement ne pas suivre leur avis (sous réserve des règles de fonctionnement interne).

Ces comités sont licites dans la mesure où ils ne privent pas les organes sociaux de leurs attributions légales. Ils ne doivent donc pas se substituer au conseil d'administration ou au président qui ont seuls le pouvoir légal de décision. Ainsi, en aucun cas, un rapport d'un comité ad hoc ne saurait remplacer une délibération formelle du conseil d'administration.

II STATUT DES MEMBRES DES COMITÉS

Les comités ne sont pas investis de pouvoirs propres par la loi. Leurs membres ne disposent donc d'aucun mandat social. Ainsi, les tiers ne pourraient soulever la responsabilité des membres des comités pour les propositions ou les conseils donnés aux dirigeants. Les comités et leurs membres sont responsables uniquement à l'égard de l'organe qui les a désignés.

Cependant, la responsabilité des membres du comité de direction pourrait être engagée sur le fondement de l'article L. 180 de la loi du 25 janvier 1985 en cas de redressement judiciaire en tant que dirigeant de fait. Ce risque est plus aigu pour les membres salariés du comité puisqu'il ressort de la jurisprudence que la participation à la gestion des affaires sociales suffit pour conférer à une personne, même dépourvue de tout mandat social, la qualité de dirigeant. De ce point de vue, les membres d'un comité de direction sont dans une situation identique à celle des mandataires sociaux.

D'autre part, en vertu de l'article 90 alinéa 1 du décret du 23 mars 1967, le conseil d'administration peut donner un mandat spécial à un membre du comité (mandat se rapportant à la préparation ou à

l'exécution de décisions). Dans ce cas, le membre du comité ayant reçu le mandat est responsable vis-à-vis du conseil d'administration en tant que mandataire.

Enfin, les membres de ces comités peuvent être amenés à détenir des informations confidentielles. Ils sont tenus d'une obligation de discrétion susceptible d'engager leur responsabilité civile sur le fondement de l'article 1382 du code civil (s'il existe une faute, un préjudice et un lien de causalité). De plus, dans les sociétés cotées, ils peuvent avoir connaissance d'informations privilégiées au sens de l'article 10-1 de l'ordonnance de 1967 et, à ce titre, commettre un délit d'initié en tant qu'initiés occasionnels (*annexe 3* : le délit d'initié).

Conséquences sur la responsabilité :

- les administrateurs, non membres d'un comité : les études et propositions confiées à ces comités ne les exonèrent pas de leur responsabilité. Toutefois, ils auront la possibilité de se retourner contre les membres du comité qui auraient mal effectué leur mission ;
- les administrateurs, membres d'un comité : l'appartenance à un comité n'a pas d'influence sur leur statut de mandataires sociaux. Elle apparaît comme une simple modalité d'exercice de leur fonction sans rien enlever à son contenu. Ils restent responsables en tant qu'administrateurs. Cette appartenance risque seulement d'accroître leur part de responsabilité par rapport aux administrateurs non membres puisqu'ils détiennent davantage d'informations ;
- les membres d'un comité, non administrateurs : il s'agit d'une responsabilité de droit commun (article 1382 du code civil) excluant les particularités de l'action exercée contre l'administrateur. Ils répondent devant le conseil d'administration ou le président des fautes commises dans l'exercice de leur mission. En revanche, leur responsabilité ne peut être recherchée par des tiers ou des actionnaires. ■

La responsabilité des administrateurs

ANNEXES

■ ANNEXES

ANNEXE 1 - LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES ADMINISTRATEURS

- I Conditions d'exercice de l'action en responsabilité civile
- II Etendue de la responsabilité
- III Exercice de l'action en responsabilité

ANNEXE 2 - L'ABUS DE BIENS SOCIAUX OU ABS

- I Les éléments constitutifs de l'abus de biens sociaux
- II La commission d'un ABS sans agir dans un intérêt personnel

- 1. ABS : acte illicite commis dans l'intérêt social
- 2. ABS : acte commis dans l'intérêt du groupe

ANNEXE 3 - ABUS DES POUVOIRS ET DES VOIX

- I Définitions
- II Éléments constitutifs
- III Similitudes avec l'ABS

ANNEXE 4 - LES INFRACTIONS D'INITIÉ

- I Le délit d'initié
- II Le manquement d'initié
- III Le délit de communication d'informations privilégiées ou «délit de dîner en ville» (article 10-1 alinéa 2 de l'ordonnance du 28.09.1967)

ANNEXE 5 - INFRACTIONS TOUCHANT A L'INFORMATION DES ACTIONNAIRES

- I La présentation de faux bilan
- II Le défaut d'information du public ou la diffusion de fausses informations
- III Le non-déclaration de franchissement de seuil

ANNEXE 6 - RÉGIME DES INFRACTIONS PÉNALES

ANNEXE 7 - LE GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE

- I L'obligation de diligence
- II L'obligation de loyauté

■ ANNEXE 1

LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES ADMINISTRATEURS

L'article 244 de la loi du 24 juillet 1966 dispose que les administrateurs sont responsables, individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers en cas de :

- violation des dispositions législatives ou réglementaires applicables aux SA (par exemple, inobservation des règles relatives au fonctionnement du conseil, à la tenue des assemblées ou des comptes sociaux) ;
- violation des dispositions statutaires (par exemple, violation d'une clause limitative de pouvoir) ;
- faute de gestion.

I) Conditions d'exercice de l'action en responsabilité civile
Trois conditions doivent être réunies pour que la responsabilité civile d'un administrateur soit engagée :

- une faute : il s'agit d'un manquement de l'administrateur à l'une de ses obligations ;
- un préjudice : la société ou les actionnaires doivent avoir subi un dommage ;
- un lien de causalité : la responsabilité des administrateurs ne peut être retenue que si le demandeur prouve l'existence d'une relation de cause à effet entre la faute et le dommage.

II) Etendue de la responsabilité
En principe, la responsabilité

est individuelle. Chaque administrateur ne répond que de ses propres fautes. Ainsi, toute faute doit pouvoir être imputée à un administrateur déterminé, qu'il s'agisse d'une faute lors de l'accomplissement d'une mission ou d'un mandat exceptionnel.

Par exception, la responsabilité peut être commune ou collective. Dans ce cas, les administrateurs sont solidairement responsables. La solidarité permet à la victime du dommage de demander réparation de l'intégralité de son préjudice à un seul administrateur. Celui-ci peut ensuite se retourner contre les autres administrateurs. L'obligation à la dette peut être répartie entre les administrateurs dans des proportions inégales par le tribunal.

III) Exercice de l'action en responsabilité

L'action en responsabilité peut être exercée par :

- la société : elle peut engager une action contre un dirigeant fautif. Il s'agit de l'action sociale, action destinée à réparer le préjudice subi par la société. En principe, l'action doit être exercée par les représentants légaux.

- les actionnaires qui ont deux types de recours :

- l'action individuelle, qui peut être exercée par tout actionnaire ayant personnellement subi un dommage, distinct de celui de la société (la perte de valeur des actions ne suffit pas à caractériser ce préjudice) ;

- l'action sociale «ut singuli», qui est intentée par un actionnaire individuellement, mais vise à réparer le préjudice subi par la société.

En outre en matière de responsabilité pénale, les actionnaires peuvent se porter partie civile si l'acte reproché à l'administrateur est constitutif d'une infraction pénale (ABS) ;

- les associations d'actionnaires représentant un capital minimum : elles peuvent exercer des actions

dans l'intérêt de leurs membres (L 172-1) ;

- les tiers : leur action est assimilée à l'action individuelle des actionnaires. Ils doivent prouver l'existence d'une faute directe détachable des fonctions de l'administrateur. A défaut, la responsabilité de la société serait seule engagée.

L'action en responsabilité contre les administrateurs tant sociale qu'individuelle se prescrit par

3 ans à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation (L 247).

NB. La responsabilité des administrateurs peut également être recherchée dans le cadre :

• **de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985.**

En cas de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, si la procédure fait apparaître une insuffisance d'actif, tout ou partie du

passif peut être mis à la charge des administrateurs s'ils ont commis une faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif ;

• **de l'article 74 de la loi du 18 janvier 1981.**

En matière fiscale, les administrateurs ne peuvent être déclarés responsables des impôts éludés par la société que si l'administration démontre de leur part un exercice effectif de la direction de la société. ■

■ ANNEXE 2

L'ABUS DE BIENS SOCIAUX (ABS)

L'article 437 3° de la loi du 24 juillet 1966 punit les dirigeants qui, de mauvaise foi, ont fait des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement.

I) Les éléments constitutifs de l'abus de biens sociaux

Comme toute infraction pénale, l'ABS n'est constitué que si deux éléments sont réunis :

- **L'élément matériel**

Il est constitué par un usage des biens ou du crédit de la société contraire à l'intérêt social.

Il peut s'agir d'un acte d'administration (consentement d'un bail, d'un prêt...) ou de disposition (faire payer une amende personnelle par la société). Il peut s'agir d'un acte positif (détournement d'un actif de la société) ou même d'un acte négatif (omission de réclamer une somme due à la société). L'acte doit être contraire à l'intérêt social (en causant un préjudice matériel à la société ou en lui faisant courir un risque).

- **L'élément moral**

L'administrateur doit avoir conscience de commettre un acte contraire à l'intérêt social. On distingue ainsi la simple faute de gestion (négligence ou imprudence), source de responsabilité civile, et l'ABS, délit pénal.

En outre, il doit agir dans un intérêt personnel (avantage pécuniaire, sauvegarde de sa réputation, fa-

voriser un ami, intérêt électoral...).

Ainsi, tout usage à la fois clandestin et illicite des biens ou du crédit d'une société commis par des dirigeants constitue un ABS. L'administrateur commet un ABS dès qu'une délibération du conseil d'administration a pour conséquence de détourner un bien de la société au profit d'un dirigeant. La délibération, par exemple, peut porter sur :

- une rémunération excessive (appréciation en fonction d'éléments objectifs tels que la taille de l'entreprise, le secteur d'activité, la responsabilité exercée, les performances...);

- une utilisation de fonds sociaux pour régler des dépenses personnelles (amendes personnelles, honoraires d'avocat pour un litige personnel...);

- une perception de fonds sociaux au profit d'un administrateur (confusion du patrimoine social et du patrimoine personnel) ;

- une caution de la société pour des emprunts personnels ;

- la conclusion d'un bail dans des conditions lésionnaires avec une société dans laquelle un administrateur a des intérêts.

En outre, la jurisprudence a établi une présomption d'abus de biens sociaux. Si l'utilisation des fonds sociaux n'est pas justifiée, ceux-ci sont considérés comme «prélevés de manière occulte par le dirigeant nécessairement dans son intérêt personnel» (Cass. crim. 11 janvier 1996, *RJDA* 4/96 n° 508).

II) L'ABS commis dans un intérêt autre que personnel

1) Acte illicite commis dans l'intérêt de la société

En principe, l'ABS n'est constitué que si l'administrateur a agi dans un intérêt personnel contraire à l'intérêt social. Pourtant, la jurisprudence a étendu le domaine de l'ABS en réprimant des actes illicites mais accomplis dans l'intérêt de la société. Il s'agit essentiellement de l'hypothèse où un administrateur commet des actes de corruption pour obtenir des avantages pour sa société.

La jurisprudence sur ce sujet a évolué en trois temps :

- la Cour de cassation, dans un arrêt du 22 avril 1992, a estimé que l'usage des biens de la société est nécessairement abusif lorsqu'il est fait dans un but illicite. La position était stricte. Peu importait que le dirigeant ait ou non un intérêt personnel à l'opération, il suffisait que l'acte soit illicite (corruption) pour qu'il soit abusif ;

- puis, dans un arrêt du 6 février 1997, la Cour de cassation a as-

... soupli sa position en considérant que le seul fait qu'une dépense sociale ait eu un objet illicite ne suffisait pas à caractériser un abus de biens sociaux, si cette dépense n'était pas contraire à l'intérêt social. Le versement d'une somme d'argent à des fins illicites n'était pas nécessairement abusif s'il permettait à la société de faire une économie (sanctions fiscales) ou d'obtenir un marché ;

- cependant, dans l'arrêt Carignon du 27 octobre 1997, la Cour de cassation est revenue à une conception plus rigoureuse. Le versement de commissions pour obtenir un marché est constitutif

d'un ABS car cet acte expose la société à un risque anormal de sanction portant atteinte à son crédit.

2) Acte commis dans l'intérêt du groupe

Dans le cadre d'un groupe, un dirigeant peut être amené à imposer des sacrifices financiers à sa société pour favoriser d'autres sociétés du groupe. Ce comportement, en principe constitutif d'un ABS, peut être justifié par l'intérêt du groupe. Ce dernier constitue un fait justificatif défini par la jurisprudence. Il peut être invoqué lorsque trois conditions sont remplies.

- L'existence d'un groupe doit être démontrée par la réunion de trois critères :

- une organisation structurée ;
- un intérêt économique, social ou financier propre à ce groupe ;
- la mise en œuvre d'une politique commune à toutes les sociétés qui le composent ;

- Les sacrifices financiers imposés à la société ne doivent pas être dépourvus de contrepartie, ni rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des sociétés du groupe.

- Ces sacrifices ne doivent pas dépasser les possibilités financières de la société qui les consent. ■

■ ANNEXE 3

ABUS DES POUVOIRS ET DES VOIX

Article 437-4° L66 : *le président, les administrateurs, ou les directeurs généraux d'une SA qui, de mauvaise foi, auront fait des pouvoirs qu'ils possédaient ou des voix dont ils disposaient, en cette qualité, un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement seront punis de cinq ans d'emprisonnement et/ou de 2 500 000 francs d'amende.*

L'abus des pouvoirs et des voix vise les actes des dirigeants qui entrent dans leurs attributions, mais qui, sous l'apparence de la régularité, se révèlent en fait contraires aux intérêts de la société.

I) Définitions

Dans l'abus des pouvoirs, le terme «pouvoirs» signifie l'ensemble des droits relatifs à l'administration

et à la gestion de la société.

L'abus des voix se réfère à celles dont disposent les dirigeants sociaux dans les assemblées générales en vertu des procurations ou pouvoirs blancs.

II) Eléments constitutifs

Le délit d'abus des pouvoirs et des voix est constitué si quatre éléments sont réunis :

- un usage des pouvoirs ou des voix ;
- un usage contraire à l'intérêt social ;
- la poursuite d'un but personnel ;
- la mauvaise foi.

III) Similitudes avec l'ABS

Le régime de l'ABS est applicable en ce qui concerne les personnes punissables, les sanctions, prescriptions, actions civiles de la société et des associés.

Peuvent agir pour dénoncer un délit concernant la gestion de la société, les personnes pouvant établir un préjudice actuel, personnel et direct. L'abus des pouvoirs et des voix cause un préjudice direct à la société elle-même mais peut porter atteinte également à un actionnaire, par exemple. ■

■ ANNEXE 4

LES INFRACTIONS D'INITIÉ

Dans le cadre de leur fonction, les administrateurs sont amenés à détenir des informations confidentielles sur la société et sur les perspectives d'évolution du cours de ses titres. La surveillance en matière de délit d'initié est de la compétence de la Cob. Elle possède un pouvoir d'enquête très large, peut poursuivre directe-

ment les personnes ayant commis des agissements d'initié et leur infliger des sanctions administratives.

Pour prévenir et réprimer ces agissements délictueux, l'ordonnance du 28 septembre 1967 et les règlements Cob ont prévu certaines infractions spécifiques telles que le délit d'initié (I), le manque-

ment d'initié (II) et le délit de communication d'informations privilégiées (III).

I) Le délit d'initié

L'article 10-1 de l'ordonnance du 28 septembre 1967 dispose que le délit d'initié est constitué quand un dirigeant ou les personnes disposant, à l'occasion de l'exercice de

leur profession ou de leur fonction, d'informations privilégiées sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé, auront réalisé, ou sciemment permis de réaliser, soit directement, soit par personne interposée, une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance de ces informations.

• **Les éléments constitutifs de l'infraction**

- *L'élément matériel*

Il est constitué par l'utilisation d'une information privilégiée pour réaliser une opération sur des valeurs mobilières. En d'autres termes, la loi impose une obligation d'abstention à toute personne ayant connaissance d'une information non encore publique et susceptible d'influer sur le cours d'un titre.

- *L'élément moral*

Il n'est pas nécessaire que l'opérateur ait eu une intention spéculative ou frauduleuse. Il suffit qu'il ait agi ou permis d'agir en sachant que l'information dont il disposait n'était pas encore connue du public.

• **La notion d'information privilégiée**

Il s'agit d'une information précise, confidentielle et de nature à influencer sur le cours du titre. Ces informations peuvent résulter d'un fait matériel ou d'une simple confiance. Il suffit que l'information porte sur la situation de la société ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier.

L'information privilégiée présente les caractères suivants :

- l'information doit être précise sans être nécessairement certaine (par exemple, l'annonce d'un projet d'OPA avec indication de la valeur proposée). A l'inverse, de simples rumeurs ne sauraient constituer une information privilégiée ;

- l'information doit être confidentielle. Il s'agit d'une information détenue par un nombre limité de personnes liées par le secret professionnel. L'information perd ce caractère dès qu'elle est connue du

public (conférence de presse ou publication légale).

• **L'acte matériel illicite**

- *La communication d'informations privilégiées à un tiers (obligation de discrétion).*

L'administrateur doit avoir conscience, lors de la communication de l'information à un tiers, de lui permettre de réaliser une opération. La seule excuse est la communication à des fins strictement professionnelles.

- *La réalisation d'une opération (obligation d'abstention).*

L'administrateur a l'obligation de s'abstenir d'effectuer pour son compte propre toute opération sur les titres d'une société sur laquelle il a des informations confidentielles.

Il s'agit des opérations de toutes natures (achat, vente, souscription, levée d'option...), réalisées sur un marché réglementé ou de gré à gré, et portant sur n'importe quelles sortes de titres : action, obligation, bon de souscription, certificat d'investissement, etc.

Il n'est pas nécessaire que l'opération ait été réalisée en France, il suffit qu'un des éléments de l'infraction ait été accom-

pli en France (ordre d'achat, divulgation de l'information, accomplissement de l'opération...).

De plus, l'opération doit trouver sa cause dans l'information détenue. Si l'opération n'est pas déterminée par cette information détenue, le délit d'initié n'est pas constitué.

• **Les sanctions**

Le délit d'initié est passible de sanctions judiciaires et administratives. Le profit réalisé lors de l'infraction sert de critère d'évaluation de la peine d'amende correctionnelle.

Un même fait peut constituer un délit boursier et une pratique contraire aux règlements de la Cob

(la sanction pécuniaire peut atteindre 10 millions de francs ou, si des profits ont été réalisés, le décuple du montant de ceux-ci).

Si le cumul d'une sanction pénale et administrative est possible, il ne peut être supérieur au montant le plus élevé de l'une des deux sanctions encourues.

La Cob peut également ordonner la publicité de la décision de sanction dans un journal de son choix (*Bulletin mensuel de la Cob, JO*). Cette publicité contribue à la transparence du marché.

II) Le manquement d'initié (règlement Cob 90-08)

Il s'agit d'une infraction administrative sanctionnée par la Cob. Elle a pratiquement le même domaine d'application que le délit d'initié.

Les interdictions visent (art. 2 et s.) :

- les personnes disposant d'une information privilégiée soit à rai-

“ **L'administrateur doit avoir conscience, lors de la communication de l'information à un tiers, de lui permettre de réaliser une opération.** ”

son de leur qualité de membres des organes d'administration, de direction, de surveillance d'un émetteur, soit à raison des fonctions qu'elles exercent au sein d'un tel émetteur (initiés primaires internes) ;

- les personnes disposant d'une information privilégiée à raison de la préparation ou de l'exécution d'une opération financière (initiés primaires externes) ;

- les personnes auxquelles a été communiquée une information privilégiée à l'occasion de l'exercice de leurs professions ou de leurs fonctions (initiés secondaires) ;

- les personnes qui, en connaissance de cause, possèdent une information privilégiée provenant di- ...

... rectement ou indirectement des personnes énumérées ci-dessus (initiés tertiaires).

Les trois premières catégories de personnes se voient interdire l'exploitation et la communication de l'information, alors que la dernière catégorie ne se voit interdire que l'exploitation d'informations privilégiées.

III) Le délit de communication d'informations privilégiées ou «délit de dîner en ville» (article 10-1 alinéa 2 de l'ordonnance du 28.09.1967)

Est condamné celui qui utilise l'information privilégiée mais aussi celui qui la transmet, quand bien même le tiers qui l'a recueillie ne l'exploite pas. L'élément moral n'est pas exigé. Le seul fait de di-

vulguer, hors du cadre normal de ses fonctions, même par négligence ou ignorance, une information privilégiée suffit à établir l'infraction.

Ainsi, à la différence du délit d'initié, l'auteur de l'infraction n'a pas à avoir conscience que l'information permettra à un tiers de réaliser une opération. ■

■ ANNEXE 5

INFRACTIONS TOUCHANT A L'INFORMATION DES ACTIONNAIRES

L'information des actionnaires est devenue l'un des devoirs essentiels des administrateurs. Cette obligation est pénalement sanctionnée sous trois aspects principaux : la présentation de faux bilan (I), la diffusion de fausses informations (II), la non-déclaration de franchissement de seuil (III).

I) La présentation de faux bilan

L'article 425-3° de la loi du 24 juillet 1966 punit les administrateurs qui, même en l'absence de toute distribution de dividendes, auraient sciemment publié ou présenté aux actionnaires des comptes annuels ne donnant pas pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine à l'expiration de cette période, en vue de dissimuler la véritable situation de la société.

En vertu de l'article 340 de la loi de 1966, le conseil d'administration doit établir les comptes annuels de la société (comportant obligatoirement le bilan, le compte de résultat et une annexe). Ils doivent être sincères et réguliers et donner une image fidèle de la société. Il s'agit de protéger les intérêts des actionnaires mais aussi ceux des tiers (futurs actionnaires, créanciers).

L'infraction est constituée si deux éléments sont réunis :

- **Un élément matériel : la présentation ou la publication de documents ne donnant pas une image fidèle de la société**

La présentation correspond à la communication des comptes à l'AG ou à la simple mise à disposition des comptes aux actionnaires. Le délit est constitué même si au-

cun actionnaire n'a effectivement pris connaissance des comptes.

La publication vise tout procédé portant le document à la connaissance du public (publicité légale ou conférence de presse).

L'image infidèle peut être le résultat de différentes inexactitudes : inexactitude matérielle (erreur dans les écritures), inexactitude formelle (erreur dans le classement des rubriques) ou inexactitude dans les évaluations.

- **Un élément moral : la conscience de présenter un faux bilan**

Les administrateurs ne sont responsables que s'ils ont conscience de présenter des comptes ne donnant pas une image fidèle et s'ils ont la volonté de dissimuler la véritable situation de l'entreprise (une simple erreur dans la comptabilité ne peut engager leur responsabilité pénale). Les administrateurs en fonction lors de la présentation du bilan, qui connaissaient son caractère inexact, sont également coupables même s'ils n'ont pas partici-

pé à la délibération arrêtant les comptes.

Parallèlement, les administrateurs qui ont participé à l'élaboration du faux bilan mais ne sont plus en fonction à la date de présentation de celui-ci, peuvent également être poursuivis (en qualité de complices).

II) Le défaut d'information du public ou la diffusion de fausses informations

Les administrateurs sont tenus d'une obligation d'information à l'égard des actionnaires et du public. La Cob est très vigilante sur le respect de cette obligation. Dans plusieurs règlements, elle rappelle ce devoir et prévoit des sanctions. Ainsi, le règlement 90-02 sanctionne le défaut d'information du public et l'article 10-1 al. 3 de l'ordonnance du 28 septembre 1967 sanctionne la diffusion de fausses informations.

Deux types d'informations sont visés : l'information périodique (publication des comptes, informations fournies lors des AGO) mais aussi l'information permanente (toute information de nature à influencer sur le cours des

“ Les administrateurs ne sont responsables que s'ils ont conscience de présenter des comptes ne donnant pas une image fidèle. ”

titres). Par exemple, le prospectus d'information mentionnant un chiffre d'affaires trop optimiste doit être rectifié aussitôt par le chiffre réel connu. D'une manière générale, le conseil d'administration doit rectifier immédiatement l'information erronée par un communiqué largement diffusé auprès du public et transmis à la Cob.

Les informations inexacts, insuffisantes, trop tardives ainsi que l'absence d'information sont pareillement sanctionnées. Cependant, il est permis de différer la dif-

fusion d'une information pouvant porter atteinte aux intérêts légitimes de la société, s'il est possible de la garder confidentielle (cette décision est prise sous la responsabilité des administrateurs).

Pour les deux infractions, la preuve de l'élément moral n'est pas requise. La matérialité des faits suffit à établir l'infraction.

III) La non-déclaration de franchissement de seuil
Le conseil d'administration a l'obligation d'informer la société

cible lorsque la société vient à posséder le vingtième, le dixième, le cinquième, le tiers, la moitié ou les deux tiers du capital ou des droits de vote.

Il doit aussi informer dans un délai de 5 jours le CMF du nombre total d'actions que la société possède (L 356-1 al. 2).

Les administrateurs qui se seraient abstenus sciemment de déclarer ces franchissements de seuil, à la hausse comme à la baisse, commettent une infraction (article 481 de la loi du 24 juillet 1966). ■

■ ANNEXE 6

LE RÉGIME DES INFRACTIONS PÉNALES

	LES PEINES ENCOURUES	PRESCRIPTION DE L'ACTION PUBLIQUE	EXERCICE DE L'ACTION PUBLIQUE
L'ABUS DE BIENS SOCIAUX Art. 437 3° de la loi du 24 juillet 1966	5 ans d'emprisonnement Amende : 2 500 000 F.	Principe : 3 ans à compter de sa commission Mais la jurisprudence retarde le point de départ au jour de la découverte des faits dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique (crim. 10.08.1981).	Parquet Constitution de partie civile : - la société ; - les actionnaires ; - les tiers ayant acquis leurs actions après la commission des faits.
LE DÉLIT D'INITIÉ Art. 10-1 ordonnance 28 septembre 1967	2 ans d'emprisonnement Amende : 10 millions de F ou le décuple du profit réalisé. Minimum : le profit réalisé.	3 ans à compter de l'utilisation de l'information privilégiée.	Cob Parquet après avis de la Cob. Association de minoritaires.
LE MANQUEMENT D'INITIÉ Règlement Cob 90-08	Amende : 10 millions de F ou le décuple du profit réalisé.	3 ans à compter de la réalisation de l'acte illicite (opération en Bourse ou communication illicite).	Poursuites engagées par la Cob.
COMMUNICATION D'INFORMATIONS PRIVILÉGIÉES Art. 10-1 ordonnance 28 septembre 1967	Amende : 100 000 F 6 mois d'emprisonnement.	3 ans à compter de la dernière communication.	Parquet.
LA PRÉSENTATION DE FAUX BILAN Art. 437 2° de la loi du 24 juillet 1966	5 ans d'emprisonnement. Amende : 2 500 000 F.	3 ans à compter du jour de la présentation des comptes aux actionnaires ou de leur publication.	Parquet. Constitution de partie civile : - la société ; - les actionnaires ; - les tiers ayant acquis des actions aux vues des résultats de la société.
LA DIFFUSION DE FAUSSE INFORMATION Art. 10-1 ordonnance 28 septembre 1967	2 ans d'emprisonnement Amende : 10 millions de F ou le décuple du profit réalisé. Minimum : le profit réalisé.	3 ans.	Parquet.
DÉFAUT D'INFORMATION DU PUBLIC Règlement Cob 90-02	Sanction pécuniaire jusqu'à 10 millions de F Publication de la décision Cob.	3 ans.	Poursuites engagées par la Cob.
LE NON-DÉCLARATION DE FRANCHISSEMENT DE SEUIL Art. 481 loi de 1966	Amende : 120 000 F Sanction civile : gel des droits de vote attachés aux actions en dépassement.	3 ans. Départ : 15 jours après le franchissement.	Poursuites engagées par la Cob (rare).

Les principes de la corporate governance s'inscrivent dans une optique de modernisation et de moralisation du droit des sociétés. Ce concept, défini aux Etats-Unis, a été introduit en France pour répondre aux critiques adressées au management des sociétés françaises.

Ces critiques s'articulent autour de deux axes :

- la concentration excessive des pouvoirs entre les mains de quelques dirigeants ;
- le défaut de transparence de la gestion lié à l'insuffisance de l'information accessible aux actionnaires.

En effet, dans certains cas, le président a un pouvoir absolu et s'entoure d'administrateurs qu'il choisit et dont il fixe la rémunération, constituant ainsi des noyaux durs au sein du conseil d'administration.

A cela s'ajoutent l'opacité de la gestion et l'utilisation de pratiques telles que les pouvoirs en blanc ou le cumul de mandats qui ont pour effet de bloquer le contrôle des sociétés. L'absence de contrôle effectif des dirigeants ne permet pas, parfois, de déceler des comportements contraires aux intérêts de la société et des actionnaires.

Le développement du concept de *corporate governance* a donc suscité un certain nombre de propositions développées notamment dans le rapport Viénot et le rapport Marini. Ces propositions révèlent deux objectifs principaux :

- redonner au conseil d'administration dans son ensemble la consistance de son rôle en imposant aux administrateurs une obligation de diligence dans l'exercice de leurs fonctions (I) ;
- améliorer l'information et la protection des actionnaires en assurant une gestion loyale (II).

I) L'obligation de diligence

Cette obligation exige de tout dirigeant qu'il agisse avec bonne foi, compétence et diligence dans l'exercice de ses attributions.

Plusieurs solutions peuvent

être mises en place pour aider les administrateurs à satisfaire leurs obligations. Il peut s'agir de :

• La création de comités d'études

La possibilité de créer de tels comités est prévue à l'article 90 al. 2 du Décret du 23 mars 1967. Il peut s'agir de comités des comptes, d'audit ou de suivi financier. Ces comités permettraient aux administrateurs de se concentrer sur les orientations stratégiques et de prendre des décisions plus réfléchies. Ces comités n'ont toutefois pas vocation à décharger les administrateurs de leur responsabilité ou diluer celle-ci.

• La création d'un comité de sélection

Le choix des administrateurs est souvent très informel. Le président joue généralement un rôle déterminant dans ce choix, ce qui ne garantit pas un équilibre dans la composition du conseil. Pour remédier à cela, le conseil d'administration est invité à instaurer un comité de sélection chargé de lui faire des propositions.

• La limitation du nombre de mandats réciproques

Afin de diminuer les situations de conflits d'intérêts, le renforcement de la limitation du cumul légal des mandats d'administrateur (article L 92) pourrait être une solution.

II) L'obligation de loyauté

L'obligation de loyauté exige principalement du dirigeant qu'il évite tout conflit entre ses obligations à l'égard de la société et des actionnaires, d'une part, et ses intérêts personnels, d'autre part. Dans cette perspective, les règles de la *corporate governance* proposent de renforcer les droits des

minoritaires par différentes dispositions.

• La création d'administrateurs indépendants

Ce sont des personnes dénuées de tout lien d'intérêt direct ou indirect avec la société ou les sociétés du groupe. Ces administrateurs seraient plus objectifs et mieux placés pour critiquer le président et formuler des propositions novatrices. Les opposants à cette pratique soulignent toutefois qu'elle présente de réels dangers de dérive technocratique et risque de servir de prétexte au renforcement du pouvoir du P-DG.

• L'élaboration d'un code déontologique

Il préciserait les obligations de l'administrateur en cas de conflits d'intérêts et définirait l'attitude à adopter face à des situations sensibles.

• L'adoption de procédures préconisées par la Cob

Il s'agit notamment de l'attestation d'équité qui consiste en un avis émis par un expert indépendant sur le caractère équitable ou non d'une opération financière (OPA, fusion...).

Il peut s'agir également de comités spéciaux, inspirés de la pratique anglo-saxonne et composés de membres indépendants chargés de statuer sur le prix proposé aux minoritaires dans certaines opérations (offre publique, fusion).

L'obligation de loyauté existe d'ores et déjà en filigrane dans le droit des sociétés français. Ainsi, les incriminations en droit pénal des sociétés à l'encontre des dirigeants sont souvent fondées sur le défaut de loyauté (présentation de bilans inexacts, répartition de dividendes fictifs, ABS). ■