

Horizons du Droit



N° 38

Horizons du droit

Revue de l'Association Française des Docteurs en Droit



Directeur
scientifique

Jacques Mestre

Agrégé des Facultés de droit, Président de l'Association française des docteurs en droit.
(jacquesmestre81@gmail.com)

Comité
scientifique

Patrick de Fontbressin

Avocat au Barreau de Paris.

Julia Heinich

Professeur de droit à l'Université de Bourgogne (Dijon).

Sandie Lacroix-de Sousa

Maître de conférences HDR à l'Université d'Orléans.

Marie-Eve Pancrazi

Professeur de droit à l'Université d'Aix-Marseille.

Béatrice Parance

Professeur de droit à l'Université de Paris VIII.

David Richard

Avocat au Barreau de Paris.

Rédacteur en
chef

Sabrina Dupouy

Maître de conférences à l'Université de
Clermont-Auvergne.

Les demandes de publications sont à adresser à
l'adresse suivante : sabrina.dupouy@uca.fr

ISSN 2777- 9149

Sommaire

Bulletin n° 62 – mai 2025

Page 5 Présentation de thèse : « La protection des données personnelles des sportifs de haut niveau et professionnels » (1^{er} prix Droit du sport de l'AFDD)

Margaux *BASTERREIX*

Page 20 La contribution des acteurs extra entreprise à la perpétuation des sociétés commerciales en droit OHADA

Jean-Gaspard *MBOUEME*

Page 47 La responsabilité du gérant de SARL peut être engagée à la fois sur les fondements des conventions réglementées et de la faute de gestion
Note sous Cass. com., 18 décembre 2024, n°22-21.487, F-B

Reagan *INTOLE*

Le droit de la protection des données personnelles des sportifs de haut niveau et professionnels

**Margaux Basterreix, Docteure en droit public
et déléguée à la protection des données**

L'entrée en vigueur en 2018 du Règlement général sur la protection des données¹ (RGPD) a eu d'importantes conséquences juridiques pour de nombreuses entreprises. Ce règlement supranational et contraignant renforce les droits fondamentaux reconnus aux individus et soumet les entreprises de tous les secteurs d'activité qui utilisent des données personnelles au respect des principes qu'il a édictés. Ce nouveau cadre juridique impose à ces entreprises de garantir leur conformité au droit des données personnelles.

Le RGPD n'est toutefois pas le seul texte à encadrer et réguler l'utilisation des données personnelles. En France, la prise en compte de cette problématique est apparue nécessaire dès 1974 et fait suite aux révélations portant sur la mise en place par l'Institut national de la Statistique et des Études économiques (INSEE) d'un système automatisé pour les fichiers administratifs et le répertoire des individus, connu sous le nom du « projet SAFARI ». L'objectif de ce système était de procéder à un rapprochement entre les informations détenues par les différents services administratifs français de sorte à générer des bases de données sur chaque citoyen français.

Les risques d'atteinte à la vie privée et de discrimination consécutifs à la mise en œuvre d'un tel système ont conduit à l'élaboration et à l'adoption de la loi « Informatique et libertés »². Bien que la réglementation en matière de traitement de données personnelles se soit renforcée depuis 1978 au gré de l'évolution technologique, les principes et les mesures protectrices consacrés par cette loi demeurent toujours en applicables.

Le législateur européen s'est largement inspiré de cette loi pour élaborer le RGPD : il reprend l'ensemble des droits et obligations édictés par la loi « Informatique et libertés ». Il constitue toutefois le texte le plus abouti en matière de protection des données dès lors qu'il offre une nouvelle dimension à ce cadre réglementaire. Il s'attache à homogénéiser la protection à l'échelle européenne, tient compte de la

¹ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.

² Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

multiplicité des données collectées et appréhende les situations de transferts de données. Il dispose enfin d'un pouvoir de contrainte de nature à augmenter significativement l'effectivité de l'application de ces principes et contribue ainsi à responsabiliser les établissements qui utilisent des données.

Le secteur sportif n'échappe pas à l'application du RGPD. Toutes les organisations sportives établies sur le territoire de l'Union européenne ou qui collectent les données de sportifs localisés sur ledit territoire doivent se conformer à ce cadre juridique. De nombreuses données personnelles de sportifs de haut niveau et professionnels bénéficient d'une protection au titre du RGPD dès lors qu'elles conduisent à leur identification, directe ou indirecte. Sont à ce titre concernées, les données d'identité des sportifs, les informations relatives à leur situation personnelle ou professionnelle ou encore les données relatives à leur localisation. Le règlement européen accorde une protection particulière aux données dites sensibles du sportif que sont, entre autres, ses données de santé, ses données génétiques et ses données biométriques.

L'analyse de données est particulièrement développée au sein des organisations sportives de sorte que la performance sportive est considérée comme l'une des activités humaines les mieux mesurées. Elle permet d'intégrer une dimension scientifique en objectivant et rationalisant la performance sportive. La mise en relation entre toutes les données recueillies sur un même sportif participe ainsi à l'optimisation de sa performance et à la réduction de l'aléa sportif. Cumulée à l'expertise et l'expérience de l'encadrement sportif, l'analyse de données contribue au suivi de l'évolution des ressources physiques de l'athlète et à une adaptation personnalisée de sa préparation.

Le recours massif à l'analyse de données dans le sport de haut niveau et professionnel se fonde sur l'idée selon laquelle il n'est possible d'améliorer que ce qui est quantifié. A titre d'exemple, 86% des médaillés britanniques aux jeux Olympiques de Londres 2012 ont intégré l'analyse de données à leur préparation. Cette statistique est révélatrice la valeur ajoutée de l'analyse de données dans le secteur hautement concurrentiel de la compétition sportive de haut niveau et professionnelle.

L'étude des circonstances d'utilisation des données des sportifs a toutefois mis en évidence la difficile conciliation entre les objectifs poursuivis par les organisations sportives et ceux de la protection des données personnelles. La recherche de performance implique en effet de procéder à une collecte massive de données permettant de procéder l'analyse de tous les facteurs susceptibles d'avoir une incidence, positive ou négative, sur la performance sportive. A l'inverse, en application du RGPD, les organisations sportives doivent se soumettre au principe de minimisation des données en vertu duquel elles ne peuvent posséder qu'un nombre limité de données sur les sportifs et sous réserve de justifier des raisons qui nécessitent d'en avoir connaissance.

L'existence d'une telle divergence invite à se questionner sur l'opportunité d'adapter la réglementation en vigueur en matière de protection des données aux spécificités sportives. Cette démarche favoriserait une meilleure prise en compte des enjeux inhérents à la pratique sportive de haut niveau ou professionnelle tout en garantissant un niveau de protection satisfaisant des données des sportifs.

En d'autres termes, il est nécessaire de se demander comment les spécificités sportives doivent-elles être prises en compte dans l'application des principes du droit des données personnelles ?

Pour répondre à cette problématique, un état des lieux de la protection des données des sportifs nécessite d'être opéré (I) avant que les perspectives d'amélioration de cette protection ne soient envisagées (II).

I. L'état des lieux de la protection des données des sportifs

Les difficultés d'application du droit des données personnelles par les organisations sportives se fondent principalement sur la nature de certaines données collectées sur les sportifs de haut niveau et professionnels. La mesure de la performance sportive implique d'analyser des données dites « de performance » sur les sportifs dont certaines répondent à la qualification de données de santé. En ce sens, les informations relatives à la fréquence cardiaque d'un sportif, au taux d'oxygénation du sang ou encore la collecte de son poids et de sa taille constituent des données de

santé au sens du RGPD et ce quand bien même elles sont collectées à des fins exclusivement d'optimisation de la performance

Dans certaines circonstances, l'analyse des données dites « de performance » peut également poursuivre plusieurs objectifs et conduire à un entrelacement des finalités dès lors qu'elles présentent un intérêt pour l'encadrement médical. Ces données sont alors susceptibles de fournir des informations sur l'effort fourni par l'athlète et son niveau d'investissement et ainsi faire l'objet d'une utilisation détournée lourde de conséquence pour ce dernier.

La quantité de données personnelles de sportifs utilisées par les organisations sportives engendre un risque accru d'intrusion dans leur vie privée. Tout d'abord, la recherche de performance nécessite de bénéficier d'une présentation permanente du corps et des activités de l'athlète, d'une vision globale de son mode de vie et de ses caractéristiques physiques et physiologiques. L'analyse quotidienne de ces facteurs peut avoir pour conséquence de réaliser à un profilage du sportif concerné dès lors que sa personnalité et son comportement sont examinés.

L'étude des traitements de données des sportifs a, entre autres, mis en évidence des difficultés d'application du RGPD inhérentes aux caractéristiques d'organisation de la pratique sportive de haut niveau et professionnelle. L'application du droit des données personnelles suppose, au préalable, de qualifier les acteurs impliqués dans la mise en œuvre d'un traitement de données sur la base des éléments d'identification consacrés par le règlement européen. Cette qualification a des conséquences sur les obligations à respecter. En vertu de l'article 4.7 du RGPD, l'organisation sportive agit ainsi en qualité de responsable de traitement si elle « *détermine les finalités et les moyens du traitement* ». L'hypothèse d'un traitement mise en œuvre par plusieurs organisations sportives est également appréhendée au titre de la notion de co-responsables de traitement et trouver à s'appliquer lorsque les finalités et les moyens sont définis conjointement par plusieurs établissements. Aux termes de l'article 4.8 du RGPD, l'organisation sportive peut également être qualifiée de sous-traitant dès lors qu'elle procède à un traitement de données pour le compte d'un autre établissement. La gestion de l'activité sportive de niveau et professionnelle suppose l'intervention de plusieurs organisations sportives, à savoir, les clubs, les comités départements et

régionaux, les fédérations, les ligues professionnelles ou encore le Comité national olympique et sportif français (CNOSF) et l'accès par celles-ci à des bases de données communes sur les sportifs. A l'image des jeux Olympiques et Paralympiques (JOP) de Paris 2024, la tenue de certains événements sportifs nécessite l'intervention d'autres acteurs chargés de coordonner la préparation des sportifs et d'optimiser la performance globale. Il s'agit, par exemple, du Ministère des Sports, de l'Agence Nationale du Sport (ANS) ainsi que de l'Institut National du Sport, de l'Expertise et de la Performance (INSEP). La qualification juridique de chaque partie implique donc de prendre en compte plusieurs facteurs et s'avère particulièrement complexe dans ce secteur d'activité.

A la lecture du RGPD, l'identification d'une base légale valable à la mise en œuvre du traitement constitue un prérequis essentiel. Les articles 6 et 9 listent les fondements invocables. Si les organisations sportives peuvent se prévaloir de plusieurs d'entre eux en fonction de la finalité pour laquelle le traitement est mis en œuvre, l'utilisation de données de santé ou d'état de forme du sportif à des fins d'optimisation de sa performance ne peut reposer sur aucune des bases légales présentées. Saisie de cette problématique par le Sport Data Hub, la Commission nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) a rendu un avis relatif à la conformité de tels traitements mis en œuvre dans le cadre de la préparation aux JOP de Paris 2024¹. Elle considère que l'utilisation des données de santé des sportifs aux fins d'optimisation et d'amélioration de la performance doit être fondée sur l'exception d'intérêt public important au sens de l'article 9 du RGPD. Elle recommande toutefois l'adoption d'un texte réglementaire chargé d'entériner cette position. En outre, si ce fondement peut valablement être invoqué par des organisations sportives investies d'une mission de service public et dans le contexte des jeux Olympiques et Paralympiques, tel n'est pas le cas en dehors de la préparation d'un tel événement ni pour les clubs sportifs professionnels constitués en société privée.

Un manque d'effectivité de nombreux principes du droit des données personnelles est, également, caractérisé dans le secteur sportif. Le principe de proportionnalité en vertu

¹ S. PROSPER, E. SCHNEIDER et B. SEYMOUR, « *Le Sport Data Hub : des outils numériques pour optimiser la haute performance* », *Jurisport*, Dalloz, 2023, p. 24.

duquel seules les données strictement nécessaires doivent être collectées et utilisées est incompatible avec la recherche constante de performance des organisations sportives et suppose que ces dernières définissent, en amont, leurs besoins précis. Le recours à des objets connectés complexifie la mise en œuvre du principe de proportionnalité dès lors qu'ils conduisent à une collecte massive des données et facilitent leur interconnexion.

Le principe de limitation de conservation des données des sportifs est également complexe à appréhender. D'une part, les organisations sportives n'étant pas familiarisées avec le droit de la protection des données personnelles, elles n'anticipent pas la mise en œuvre de leurs obligations. En l'espèce, il conviendrait de déterminer avant la réalisation d'un traitement de données de performance ou de santé d'un sportif les finalités pour lesquelles elles sont collectées ainsi que le délai de conservation à appliquer pour atteindre ces objectifs. Il peut s'agir du temps de la présence du sportif au sein de l'organisation sportive, du délai nécessaire à l'élaboration de statistiques ou encore du respect d'obligations légales. Le respect de ce principe implique nécessairement de procéder à la suppression définitive des données une fois ce délai écoulé. D'autre part, les impératifs en matière de lutte antidopage peuvent nécessiter de conserver les échantillons collectés sur les sportifs contrôlés pour des durées longues afin de tenir compte de l'évolution des technologies et faciliter la détection de substances dopantes plusieurs années après le contrôle. Il n'est toutefois pas possible de prévoir quand ces nouvelles techniques permettront d'étendre le champ de détection des produits dopants.

En complément des obligations juridiques, le droit des données personnelles présente les mesures de sécurité à respecter. Les organisations sportives sont ainsi tenues de garantir un niveau de sécurité appropriée des données en ayant recours à des mesures techniques et organisationnelles permettant de limiter le risque de survenance d'une cyberattaque et d'une violation de données. La nature des mesures de sécurité à déployer dépend tant de la nature que de la quantité de données collectées. Les bases de données constituées par les organisations sportives sur les athlètes comportant un nombre très important de données et ces données présentant une sensibilité particulière (données de santé, biométriques, biologiques), les

exigences de sécurité les concernant sont élevées. L'organisation de manifestations sportives de grande ampleur augmente d'autant plus le risque de faire l'objet d'attaques informatiques et nécessite d'être pris en compte. Le recours à des logiciels communs à plusieurs organisations sportives et la multiplication des infrastructures connectées additionnés à la visibilité accrue qu'offre une compétition sportive en font des cibles privilégiées des attaquants. En pratique, l'externalisation de l'hébergement des données et l'absence de vérification des mesures de sécurité appliquées par le prestataire contreviennent à cette obligation.

Le sport de haut niveau et professionnel est un secteur international par essence dès lors qu'il repose sur une confrontation entre les athlètes de différents pays dans le cadre de compétitions communes et qu'il nécessite l'adoption de réglementations supranationales. Elles interviennent tant sur le volet de l'organisation opérationnelle des compétitions que dans la mise en œuvre de la politique en matière de lutte antidopage. Plusieurs données relatives aux sportifs font l'objet d'un transfert à ces fins. Il peut s'agir tant de données d'identification du sportif que de données de sensibles. La question des transferts de données est un élément central du droit de la protection des données. Leur traçabilité constitue une autre ambition du RGPD qui impose, dans de telles circonstances, de recourir à des outils de transfert. Ce principe n'est pourtant pas appliqué par les organisations sportives et est largement mis à mal par les nombreux transferts de données des sportifs opérés à destination d'autres organisations sportives, des prestataires et sous-traitant ou des organisations antidopage. Le législateur européen impose pourtant qu'une convention soit établie préalablement à tout transfert de données. Cette convention soumet les parties au respect des principes du droit des données personnelles, y compris lorsque le destinataire n'entre pas dans le champ d'application matériel et territorial du RGPD. La prédominance de la recherche de performance sur les enjeux juridiques limite incontestablement l'élaboration de ces conventions.

La qualité de personnalité publique attachée aux sportifs de haut niveau et professionnels a également une incidence sur la protection de leurs données personnelles. Les médias sont susceptibles de divulguer certaines informations relatives aux performances ou à l'état de santé du sportif dès lors qu'elles répondent

à un impératif d'information du public. Une divulgation publique des sanctions prononcées à l'encontre d'un sportif est, par ailleurs, envisagée par la réglementation en matière de lutte antidopage.

L'ensemble de ces éléments font état de l'absence de prise en compte du droit des données personnelles par les organisations sportives. Cette situation s'explique à la fois par une méconnaissance des organisations sportives des obligations auxquelles elles sont soumises et par l'existence de spécificités sportives incompatibles avec les principes du RGPD.

Pourtant, le non-respect de ces dispositions expose à des sanctions prononcées par l'autorité de contrôle pouvant aller jusqu'à 20 millions d'euros ou 4% du chiffre d'affaires de la structure. En parallèle, une action en justice peut être intentée contre le responsable du traitement ou le sous-traitant pour non-respect des principes du droit des données personnelles. En application de l'article 226-16 du Code pénal, la mise en œuvre d'un traitement de données personnelles ne respectant pas les formalités préalables est passible d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende.

Face à l'insécurité juridique et financière inhérente à l'existence d'un risque de sanctions, il apparaît impératif de trouver des compromis de sorte à augmenter significativement le niveau de protection accordée aux données des sportifs tout en tenant compte des spécificité du sport de haut niveau et professionnel.

II. Les perspectives d'améliorations de la protection des données des sportifs

L'existence d'une spécificité sportive et ses conséquences sur l'application de certaines réglementations ont été entérinées par les institutions de l'Union européenne dans le cadre du traité de Lisbonne sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009. Ce traité reconnaît le sport comme étant un domaine de compétence de l'Union européenne et consacre l'idée selon laquelle les organisations sportives peuvent obéir à des solutions « *propres à la matière pour traiter des situations qui peuvent être analogues à celles qui se*

présentent dans la vie courante : c'est le fait de déroger à la solution normale »¹. L'invocation de la spécificité sportive pour justifier de l'application d'un régime particulier en matière de protection des données des données parait, de ce fait, légitime eu égard aux autres dérogations existantes en matière notamment de droit de la concurrence, de droit du travail, ou de libre circulation des personnes. Elle s'explique par le caractère transnational du RGPD et faciliterait une application cohérente des principes du droit des données personnelles par les organisations sportives. Elle conduirait à l'adoption d'une protection supranationale contraignante, à l'image de celle mise en place en matière de lutte antidopage.

La reconnaissance d'une spécificité sportive en matière de protection des données des sportifs a des conséquences sur les droits fondamentaux dont les athlètes peuvent se prévaloir. Outre le fait que le droit à la protection des données est reconnu comme un droit fondamental², il participe à l'enrichissement de plusieurs concepts.

Tout d'abord, le sportif est titulaire d'un droit à l'autodétermination informationnelle en vertu duquel il a l'opportunité de décider et de contrôler les usages qui sont fait de ses données personnelles³.

D'autre part, ladite spécificité sportive étend le champ d'application du droit au respect de sa vie privée dès lors qu'un manquement au droit à la protection des données personnelles peut être retenu y compris lorsque l'atteinte à sa vie privée n'est pas caractérisée. Elle constitue, à ce titre, un rempart contre l'utilisation illégale des informations personnelles des sportifs et offre une garantie dans la protection de ses données indépendamment de la reconnaissance d'une atteinte à sa vie privée.

Les bénéfices de la reconnaissance d'une spécificité sportive sur les droits fondamentaux reconnus aux sportifs nécessitent toutefois d'être nuancés eu égard aux nombreuses situations de remise en cause de ses prérogatives. La mise en œuvre des principes en matière de lutte antidopage représente, par exemple, un motif d'exclusion des droits fondamentaux des sportifs. Dans le même sens, le recours à

¹ P. COLLOMB, « La complexité du droit du sport », in *Pour des assises nationales du sport : Constats, débats et perspectives*, Maison des sciences de l'homme d'Aquitaine, 1991, point 13.

² Article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2000.

³ Ce principe est consacré aux termes de l'article 1^{er} de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Il a également fait l'objet d'une reconnaissance spécifique par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) dans le cadre de l'affaire *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, 27 juin 2017, no 931/13.

des outils technologiques d'analyse de données compromet l'application du droit à l'autodétermination informationnelle par le sportif.

Certaines améliorations dans l'application des principes du RGPD reposent sur la capacité des organisations sportives de se saisir des enjeux en matière de protection des données. L'intégration de ces principes dans les réglementations sportives demeure, en effet, largement insuffisante de sorte qu'il apparait indispensable que les organisations sportives s'engagent dans une démarche de mise en conformité.

Pour cela, elles peuvent s'inspirer de l'Agence mondiale antidopage qui a adopté des dispositions spécifiques en matière de collecte et d'utilisation des données des athlètes soumis à un contrôle reprenant ainsi les principes du droit des données personnelles. Cette réglementation, bien que perfectible, est consacrée dans le Standard international pour la protection des renseignements personnels (SIPRP) et définit un socle de protection minimal devant être obligatoirement appliqué par les organisations antidopage. Si l'existence d'un cadre juridique spécifique aux traitements de données réalisés dans le cadre de la lutte antidopage est révélatrice de la prise en compte de ces enjeux, le nécessaire contrôle de l'intégrité des pratiques sportives entrave l'effectivité des droits des sportifs.

En dehors de la réglementation en matière de lutte antidopage, la recherche du consentement du sportif pour justifier la mise en œuvre d'un traitement de données est encore trop répandue dans la pratique des organisations sportives et ce bien que le lien de subordination existant avec un sportif exclue la possibilité de recourir à ce fondement juridique. La CNIL considère qu'il « *n'est pas adapté dans le cas particulier du sport de haut niveau et professionnel* » dès lors que « *le consentement du sportif n'est pas libre, spécifique, éclairé et univoque, dans la mesure où il peut possiblement conditionner sa participation à la sélection opérée par son entraîneur* »¹. Les organisations sportives doivent donc tenir compte de cette position et invoquer des bases légales appropriées en fonction de leur situation et de la nature du traitement de données mis en œuvre.

¹ S. PROSPER, E. SCHNEIDER et B. SEYMOUR, « *Le Sport Data Hub : des outils numériques pour optimiser la haute performance* », *Jurisport*, Dalloz, 2023, p. 24.

Dans le même sens, certaines réglementations générales s'appliquent au secteur sportif et les organisations sportives doivent s'y conformer. L'article R. 1112-7 du Code de la santé publique instaure un délai de conservation des dossiers médicaux des patients pour une durée de 20 ans à compter du dernier séjour ou de la dernière consultation. Cette règle a vocation à s'appliquer aux sportifs de haut niveau et professionnels qui font l'objet d'un suivi médical au sein de l'organisation sportive et ce délai doit, par conséquent, être respecté.

A l'inverse, la CNIL en qualité d'autorité de contrôle et le législateur doivent prendre connaissance des particularités du sport de haut niveau et professionnels et proposer des solutions adaptées à ce secteur d'activité. Ils doivent notamment statuer sur le fondement juridique invocable pour les traitements de données de santé à des fins d'optimisation de la performance. L'intégration d'une disposition dans le Code du sport qui autoriserait et encadrerait la réalisation d'un tel traitement permettrait ainsi de légitimer cette pratique et limiterait le risque juridique associé à une absence de base légale adaptée.

De façon générale, les marges de manœuvres laissées aux États membres par le législateur européen doivent davantage être exploitées : elles offrent une réelle opportunité d'adapter la réglementation aux exigences spécifiques de ce secteur d'activité et ainsi de s'assurer de l'effectivité de l'application des principes du droit des données personnelles par les organisations sportives et antidopage.

Le législateur européen encourage les initiatives en faveur d'une adaptation des règles en matière de protection des données dès lors qu'elles facilitent leur application par les acteurs. Le RGPD prévoit la possibilité de recourir à des outils de conformité. Le développement de tels outils adaptés aux spécificités sportives est déterminant pour garantir une meilleure prise en compte des principes du droit des données personnelles par les organisations sportives.

L'élaboration de codes de conduite, au sens du RGPD, propres au secteur sportif semble donc particulièrement opportune et permettrait d'harmoniser les pratiques des organisations sportives et antidopage. De tels codes bénéficieraient d'un caractère contraignant pour celles qui y adhèrent et d'une application transnationale.

Un accompagnement personnalisé des organisations sportives et antidopage peut également être envisagé dans le cadre de l'adoption de lignes directrices et de référentiels édités par la CNIL ou par le Comité européen de la protection des données (CEPD) ou encore, dans certaines circonstances, par la sollicitation pour avis des autorités de contrôle nationales ou européennes.

L'émergence d'organismes certificateurs adaptés est également de nature à résoudre de nombreuses difficultés d'application des principes du RGPD et trouve une résonnance particulière dans le secteur sportif déjà familiarisé à ces nouveaux modes de contrôle.

Les nombreux obstacles à la transposition des principes du droit des données personnelles dans les réglementations sportives et antidopage imposent toutefois d'engager une réflexion sur l'opportunité d'élaborer un régime juridique spécifique aux données personnelles des sportifs de haut niveau et professionnels. Ce régime aurait vocation à encadrer les situations d'exploitation des données personnelles des sportifs susceptibles de donner lieu à une commercialisation, à savoir les traitements mis en œuvre aux fins d'optimisation de la performance, et ne concernerait pas les traitements réalisés aux fins de lutte antidopage ou de suivi médical.

L'intérêt d'une telle réflexion réside dans l'existence de circonstances particulières d'exploitation des données personnelles des sportifs qui nécessitent de faire l'objet d'un encadrement juridique satisfaisant. En effet, bien que les données de performance soient attachées à la personne du sportif et répondent ainsi à la qualification de données personnelles, leur exploitation demeure indispensable par les organisations sportives dans une logique d'amélioration de la compétitivité.

Ce nouveau cadre juridique favoriserait ainsi l'utilisation des données des sportifs par les organisations sportives sans priver les athlètes de leurs droits. Il s'agit donc prendre en compte la dualité de la donnée de performance qui constitue à la fois une ressource économique et un avantage concurrentiel pour les organisations sportives et un élément d'identification du sportif. Il permettrait en outre de réguler l'exploitation faite de ces données par les opérateurs de paris sportifs et les développeurs de jeux vidéo qui en tirent un avantage financier au détriment du sportif.

Ce régime juridique spécifique pourrait en toute vraisemblance s'inspirer d'un modèle de propriété singulier : la théorie du « double domaine ». Ce modèle de propriété est particulièrement adapté aux enjeux de la protection des données de performance des sportifs dès lors qu'il permet de soumettre les responsables de traitement à un cadre réglementaire d'exploitation des données tout en garantissant un niveau de protection de ces données satisfaisant pour le sportif.

Il implique la reconnaissance de propriétés simultanées sur la donnée et participe à la recherche d'un équilibre entre les prérogatives de l'athlète et celles des organisations sportives. Ce modèle permet en outre de respecter la qualité d'attributs de la personnalité reconnue aux données de performance et le principe consacré par les considérants 12 et 13 du RGPD selon lequel les données doivent circuler librement.

En pratique, il se traduit par la mise en œuvre d'un domaine éminent accordé au sportif qui reste titulaire de l'ensemble des droits sur ses données et en contrôle l'utilisation. Ces droits ne sont toutefois pas absolus, ils ne doivent pas entraver l'exercice d'autres droits regroupés dans un domaine utile et reconnus aux organisations sportives. Celles-ci disposent ainsi de droits de nature économique sur les données des sportifs. Si elles peuvent les exploiter, elles doivent en contrepartie protéger activement les intérêts du domaine éminent. Le domaine utile est accordé par finalité ce qui correspond parfaitement à l'approche du droit des données personnelles. Une superposition de plusieurs domaines utiles peut être mise en œuvre dès lors qu'une organisation sportive ne peut pas se prévaloir d'une exclusivité.

En conclusion, l'étude des traitements de données des sportifs opérés par les organisations sportives et antidopage met en évidence la diversité des finalités poursuivies. La mutualisation des bases de données entre plusieurs entités complexifie l'application des principes du RGPD. Le sportif ne bénéficie pas d'une protection satisfaisante de ses données et les organisations sportives s'exposent à des sanctions. Cette insécurité juridique engendrée par cette situation impose de chercher des perspectives d'amélioration dans la prise en compte du droit des données personnelles.

Bien qu'à ce jour ce sujet soit peu pris en compte par les acteurs du monde du sport, la question de la protection des données personnelles des sportifs sera vraisemblablement à l'avenir un élément déterminant de la relation entre le sportif et

l'organisation sportive dont il dépend. Ses travaux de recherche ont contribué à la recherche d'un équilibre entre l'optimisation de la performance souhaitée par les organisations et la protection de leurs données personnelles dont peuvent se prévaloir les sportifs.

La contribution des acteurs extra entreprise à la perpétuation des sociétés commerciales en droit OHADA

MBOUEME Jean-Gaspard¹ - Docteur en droit privé
Chargé de cours à la FSJP de l'Université de Dschang (Cameroun)

¹ mboueme.jean@yahoo.fr

RESUME :

L'objectif d'uniformisation du droit poursuivi par l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires l'a toujours été dans une perspective plus grande à savoir le développement économique de ses Etats membres. Par l'admission de l'intervention d'acteurs externes à l'entreprise, le législateur communautaire entend multiplier à l'infini les chances de cette dernière de résister aux soubresauts auxquels elle sera à un moment ou à un autre confronté et qui pourraient causer sa dissolution. Ce papier dont la transversalité convoque à la fois le droit des sociétés commerciales, le droit comptable, le droit des entreprises en difficulté et le droit des voies d'exécution, met en lumière le rôle joué singulièrement par deux acteurs externe à l'entreprise : le commissaire aux comptes et la juridiction territorialement compétente. Au regard des moyens d'action dont elles disposent, ces deux figures ont une influence positive sur le fonctionnement de la société commerciale l'ancrant de ce fait dans une dynamique de perpétuation.

« *La durée de la société ne peut excéder 99 ans* »¹. C'est en ces termes que le législateur communautaire OHADA² inscrit la société commerciale dans une durée presque centenaire. Dans un autre sens, l'on comprend également que la société n'est pas éternelle, elle connaît même à l'avance sa date de fin. Au même titre que l'objet social, le capital social, la dénomination sociale et le siège social, la durée de la société fait partie des clauses statutaires d'obligation légale communes à toutes les sociétés commerciales³.

Il n'y a toutefois rien en soi de définitivement arrêté en ce qui concerne la durée de la société commerciale. En effet, celle-ci peut être soit inférieure à 99 ans en fonction du projet ou des échéances connues soit supérieure à cette période si l'on prend en compte la possibilité d'activation du mécanisme de la prorogation⁴. C'est ainsi qu'il faut préciser, sans mettre en avant exclusivement ce mécanisme, que certaines sociétés devenues pour la plupart des groupes, brillent aujourd'hui par leur exceptionnelle longévité. On peut citer à titre d'exemples IBM, Coca-Cola, Heineken, Renault et Louis Vuitton. Toutes ces sociétés ont traversé deux guerres mondiales, des crises économiques, des ruptures technologiques, des changements politiques. Mais elles sont toujours là, présentes, et dominantes⁵.

Pour faire le lien avec l'OHADA, il faut dire que l'intégration juridique recherchée par l'institution visait en réalité une ambition à savoir créer un climat de confiance propice à l'investissement pouvant permettre un développement durable. Il n'en demeure pas moins que le développement tant espéré ne peut s'opérer qu'avec des sociétés commerciales saines, fortes, et compétitives, capables d'affronter les vicissitudes de

¹ Article 28 al 2 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUDSCGIE) 2014.

² Le traité portant création de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires a été signé le 17 octobre 1997 et révisé le 17 octobre 2008. A ce jour l'OHADA compte aujourd'hui 17 Etats membres à savoir le Bénin, le Burkina Faso, les deux Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée Bissau, la Guinée Equatoriale, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad, le Niger. L'organisation compte également 5 institutions à savoir la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement, le Conseil des Ministres, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, le Secrétariat permanent et l'Ecole Régionale Supérieure de Magistrature. Pour en savoir davantage sur l'OHADA ses évolutions, lire MASAMBA R., *Synthèse de l'OHADA*, UPN, 25 juin 2021.

³ Art 28 al 1 AUDSCGIE.

⁴ Art 30 AUDSCGIE.

⁵ NASI M., « les secrets de la longévité des entreprises », Consultable à l'adresse <https://www.lemonde.fr>, publié le 16 octobre 2017, à 14h41min

la mondialisation¹. C'est donc affirmer que le législateur communautaire a organisé la vie de la société commerciale en ayant une vue sur sa durabilité. Il a mis en place un droit des sociétés moderne, simple, et capable d'assainir le climat des investissements tout en consolidant le tissu économique à travers entre autres la perpétuation des entreprises².

L'entreprise au sens commercial est un établissement industriel ou commercial. C'est également un organisme se proposant essentiellement de produire pour les marchés certains biens et services ; et financièrement indépendant de tout autre organisme³. Afin d'éviter tout amalgame avec la notion de société commerciale, c'est ici le lieu de souligner que l'entreprise n'est pas un sujet de droit mais une unité économique et sociale dotée d'une organisation propre caractérisée essentiellement par la réunion du capital et du travail en vue de la production des biens et services⁴. Toutefois, l'entreprise a besoin du secours de la société pour parvenir à la vie juridique et devient par conséquent « *l'objet du droit des sociétés* »⁵. Loin donc d'être contradictoires, les notions d'*entreprise* et de *société* se complètent ; la première étant réalité économique et sociale et l'autre une technique juridique.

Du latin *perpetuare*, perpétuer renvoie à l'action de faire durer longtemps voire pour toujours et sans interruption. En ce sens, perpétuer est encore synonyme de pérenniser. La perpétuation ou pérennisation des sociétés commerciales de droit OHADA renvoie donc à l'idée d'inscrire ces dernières dans une dynamique long-termiste. Une telle approche met en lumière deux enjeux majeurs dont l'un est collectif et l'autre pratique

Au plan collectif, l'entreprise représente un enjeu pour plusieurs acteurs sociaux. Pour être plus explicite, il faut dire que la société commerciale à travers le salaire versé à l'employé en contrepartie de sa prestation lui procure les moyens réguliers de subsistance. Aux propriétaires ou associés, elle permet d'accroître le patrimoine financier par les intérêts qu'elle leur procure en fin d'exercice social. Au plan politique,

¹ NGUETIE R.G., *La pérennisation des entreprises dans l'espace OHADA*, Mémoire de Master en droit privé, Université de Douala, 2014, p. 7.

² NGOUE W.J., *Droit des sociétés commerciales et des procédures collectives dans l'espace OHADA*, Ed. Presses universitaires libres, 2013, p. 7.

³ NGUETIE R.G., *op. cit.*, p. 5.

⁴ *Ibid.*

⁵ IPANDA, « La société d'une seule personne dans l'espace OHADA », *credo-multimédia-com*, p. 9, citant PAILLUSSEAU J., « Entreprise, société, actionnaires, salariés : quels rapports ? », *D.* 1999, n° 15.

l'intérêt pour la perpétuation des sociétés commerciales est encore plus important dans la mesure où les politiques sociales constituent aujourd'hui un indicateur de taille notamment à l'heure des échéances électorales. Les décideurs politiques prennent de plus en plus compte la nécessité de sauvegarder les emplois et combattre les délocalisations, les dissolutions et les liquidations anarchiques d'entreprises. Collectivement, la perpétuation de la société commerciale constitue donc un gage de paix, de stabilité et de cohésion sociale.

Au plan pratique, l'entreprise entretient une relation fusionnelle avec de nombreux intervenants de la vie sociale. Qu'il s'agisse des acteurs internes ou des acteurs externes à l'entreprise, tous jouent un rôle primordial dans la perpétuation de la société commerciale.

S'agissant des acteurs intra entreprise ou internes, on peut citer les dirigeants sociaux, les associés et les travailleurs. Tout d'abord, les dirigeants sociaux sont les représentants légaux de la société commerciale. Ils exercent pleinement les pouvoirs de gestion interne et externe qui leur sont reconnus statutairement¹ dans la mesure où ils agissent au nom et pour le compte de la société commerciale. En tant que ceux qui exercent donc le capitaneat de l'entreprise, la perpétuation de la société dépend en grande partie de la qualité de leur gestion. Ensuite, les associés sont appelés à mieux s'informer de la gestion de la société, faire taire leurs querelles quand la survie de l'entreprise est en jeu, cesser de faire prévaloir leurs intérêts égoïstes et privilégier l'intérêt général car la société est un tout². Enfin, l'entreprise est avant tout une organisation composée de facteurs humains qui permettent son existence première. C'est ainsi qu'en tant que cheville ouvrière, les travailleurs sont précisément ceux-là qui produisent les biens et services mis à la disposition des clients. L'unanimité est donc quasiment acquise sur l'idée que les ressources humaines sont la force de l'entreprise. Toutefois, l'action combinée de ces trois acteurs ne saurait malheureusement suffire à inscrire l'entreprise dans la longue durée. Aussi d'autres protagonistes, externes certes, mais dont le rôle est néanmoins capital, doivent également être convoqués à cette fin.

Les acteurs extra entreprise ou externes ne font pas que graviter autour de la société ; ils ont une action directe sur celle-ci et selon que cette action est positive ou négative,

¹ Arts 121 et 122 AUDSCGIE.

² NGUETIE R.G., *op. cit.*, p. 5.

la société peut avoir une existence plus longue ou plus courte. Au nombre de six, il s'agit de manière discriminatoire d'une part, des établissements de crédit, des fournisseurs et de la clientèle. D'autre part, il est question du commissaire aux comptes et de la juridiction judiciaire du lieu du siège de la société commerciale.

S'agissant de la première catégorie ; il faut dire que les établissements de crédit et notamment les banques concourent au financement de la société commerciale par le crédit. C'est ainsi qu'ils octroient à ces dernières des prêts de divers ordres. Les banques assurent par ailleurs aux entreprises des services financiers pour le moins complexes tels que la gestion des risques¹ et l'accompagnement à l'export. Est fournisseur toute personne ou entreprise qui fournit à une entreprise certaines marchandises nécessaires à la production ; le fournisseur étant donc le partenaire sans qui il n'y aurait raisonnablement ni produit ni service et donc pas de vente. Au sens économique, le client est toute personne ou entité qui prend la décision d'acheter un bien ou un service de façon occasionnelle ou habituelle à une entreprise. La relation de l'entreprise avec sa clientèle est un enjeu hautement majeur pour toute société dans la mesure où la rudesse de la concurrence impose aux entreprises d'établir, chacune en ce qui la concerne, des relations de confiance à la fois durables et prospères avec leurs clients².

Quant à la seconde catégorie d'acteurs extra entreprise, c'est ici le lieu de préciser que le commissaire aux comptes a une grande part de responsabilité dans le fonctionnement de la société et par là même sa durabilité. Exerçant tout au long de l'exercice social une mission permanente relative au contrôle des comptes de l'entreprise³, le commissaire aux comptes doit affirmer son indépendance vis-à-vis des dirigeants d'autant plus que sa responsabilité est consacrée⁴. L'intervention de la juridiction judiciaire pour sa part réside dans le fait que les sociétés commerciales sont souvent le théâtre de conflits entre associés. Son rôle dans la résolution des litiges politiques s'avère alors très important afin d'éviter la paralysie du fonctionnement de

¹ Gestion des impayés, endettement à taux fixe/variable, risque de change.

² BIRAC C., « De l'importance de la relation client : savoir se remettre en cause », publié le 28 avril 2014, consultable à l'adresse <https://www.journaldunet.com>.

³ MAZIGUI NGOUE-NZAMEYO E., « Le commissaire aux comptes dans le nouveau droit des sociétés commerciales OHADA », publié le 5 octobre 2017, consultable à l'adresse <https://cours-de-droit.net>.

⁴ Il s'agit du manquement à ses obligations énumérées aux articles 716 et 717 AUDSCGIE ainsi que des infractions intentionnellement commises par le CAC telles que mentionnées à l'article 899 AUDSCGIE.

la société¹. Bien plus encore, le rôle de la juridiction peut consister à éviter à faillite de la société. Ainsi, il est appelé lorsque l'entreprise est en difficulté, à homologuer un concordat préventif ou de redressement, autoriser l'administration provisoire s'il y a dysfonctionnement soit du fait des associés ou des organes de gestion². Les sociétés commerciales n'entretiennent pas entre elles seulement des rapports de concurrence. En effet, les établissements de crédit dont le rôle a été évoqué plus haut ne sont rien d'autre que des sociétés commerciales. De même, les clients et fournisseurs de l'entreprise peuvent également être d'autres entreprises. Pour aller plus loin, la perpétuation de la société commerciale en difficulté notamment peut se faire par une autre société en ceci par le mécanisme de restructuration. L'on peut dès lors s'interroger sur l'intérêt du clivage opéré entre les acteurs extra entreprise.

Il n'est pas simple d'établir une préférence pour tel protagoniste par rapport à tel autre au regard de la contribution de chacun d'eux pour la bonne marche de l'entreprise. La discrimination opérée spécifiquement entre les acteurs extra entreprise ne vise en rien la dilution de l'apport de ceux de la première catégorie. Elle répond juste à un choix d'analyse adossé sur le fait que les acteurs de la seconde catégorie ont un contact plus profond avec l'entreprise. Pour autant et au regard de ce qui précède, quelques interrogations capitales font légitimement irruption : les acteurs extra entreprise, et plus précisément ceux de la seconde catégorie, contribuent-ils efficacement à la perpétuation des sociétés commerciales ? Quels éléments objectifs permettent d'apprécier cette efficacité ? Un début de réponse adéquate pourrait consister à apporter un éclairage plus détaillé sur le rôle joué par chacun de ces acteurs.

En effet, le commissaire aux comptes dont l'élargissement des missions a été opéré dans l'acte uniforme de 2014, n'est plus seulement le contrôleur des comptes ; il tend à devenir le contrôleur global de la société dans le but de garantir la bonne marche sociale³. La juridiction judiciaire est également bien placée pour prendre le pouls de la société notamment lorsque l'entreprise en cessation des paiements la saisit à l'effet de déclarer sa situation et obtenir l'ouverture d'une procédure soit de redressement

¹ Pour s'enquérir des récents développements sur la question, lire MAGNE FOSSO V. Y., *L'intervention du juge dans le fonctionnement des sociétés commerciales en droit de l'OHADA*, Thèse de Doctorat, Université Côte d'Azur, 2020.

² Art 160 al 1 AUDSCGIE.

³ MAZIGUI NGOUE-NZAMEYO E., *op. cit.*,

judiciaire¹. Le juge se voit à cet effet investi par le législateur d'un pouvoir d'initiative dans les procédures collectives, que celui-ci exerce à tous les stades de la procédure². Ce qu'il est intéressant de remarquer au regard de ce qui précède, est que les différents rôles explicités convergent en réalité vers une seule et même conséquence : la perpétuation de la société. Cette perpétuation se fait à différents moments de la vie de la société, le commissaire aux comptes intervenant en période normale ou de normalité apparente (I) et la juridiction judiciaire en période de turbulences (II).

I. Le commissaire aux comptes en période de calme ou de calme apparent

La contribution en période normale ou de normalité apparente de l'entreprise est assurée par le commissaire aux comptes (CAC). Le CAC ou auditeur légal, est un professionnel de la comptabilité dont le rôle est essentiellement d'ordre légal : contrôler la régularité et la sincérité des comptes annuels des entités qu'il contrôle³. C'est ici le lieu de souligner que l'efficacité de l'audit reste un sujet d'actualité car les scandales financiers qui jalonnent l'histoire ravivent les débats sur la crédibilité de l'information financière publiée et par voie de conséquence sur la fiabilité de l'opinion émise par l'auditeur⁴. C'est pourquoi le CAC a la lourde tâche, dans l'optique de perpétuation de l'entreprise, non seulement de refléter à travers ses travaux l'image fidèle de l'entreprise qu'il audite (A), mais aussi d'actionner les leviers nécessaires à la résolution des difficultés que celle-ci traverserait (B).

A. La restitution par le CAC de l'image fidèle de l'entreprise

Le législateur OHADA a introduit la notion d'« image fidèle » comme but ultime de la comptabilité, sans le définir. Notion non juridiquement définie donc, la doctrine

¹ BIBOUM BIKAY F., « Les pouvoirs d'office du juge des procédures collectives de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) et les principes cardinaux du procès », *Juridical Tribune, Volume 5, Issue 2, December 2015*, pp 233-253, p. 234.

² *Ibid*, p. 235.

³ COMPAGNIE REGIONALE DES COMMISSAIRES AUX COMPTES VERSAILLES (CRCCV), « Le commissaire aux comptes Créateur de confiance Garant de la sécurité financière Gardien des règles de l'Etat de droit », Dossier de presse, 2017, p. 5.

⁴ BENNECIB J., « proposition d'un modèle de l'efficacité Du co-commissariat aux comptes dans les sociétés anonymes cotées françaises », publié le 8 Avril 2011, consultable à l'adresse <https://halhs-archives-ouvertes.fr>, Document PDF.

l'appréhende toutefois comme étant : « *une vision réelle par une traduction loyale de ce qu'est l'entreprise* »¹. Plus clairement, c'est l'image aussi objective que possible de la réalité de l'entreprise donnée par la comptabilité générale afin qu'une personne extérieure puisse en avoir une perception exacte. Cette notion repose donc sur un contrat de confiance et est matérialisée par les états financiers (1) dont la validité dépend toutefois de l'éventuelle certification à venir du CAC (2).

1. L'image fidèle matérialisée par les états financiers

La notion d'image fidèle est indissociable d'un ensemble de règles et de conventions dont il est admis dans le corps social que c'est sur la base de telles règles et conventions que les comptes doivent être établis, lus et interprétés². Dans l'espace OHADA fort à propos, le texte sur lequel s'adosse cette exigence est l'Acte Uniforme relatif au Droit comptable et à l'Information Financière (AUDCIF) de 2017 dont l'alinéa 2 de l'article 8 dispose que les états financiers : « *forment un tout indissociable et décrivent de façon régulière et sincère les événements, opérations et situations de l'exercice pour donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise* ». Cette disposition est une invitation du législateur OHADA à l'endroit de l'auditeur interne, le comptable ou l'expert-comptable selon les cas, dans ses travaux comptables, à non seulement respecter les règles et procédures comptables en vigueur, mais aussi à dire à quoi correspond exactement la situation réelle de la société en l'état actuel de son évolution.

L'on constate donc que la fidélité des états financiers n'est en principe pas séparable de la poursuite circonspecte des objectifs de sincérité et de régularité³. Il s'agit tout simplement d'une analyse de la règle juridique de façon à conduire à des règles comptables fidèles à la réalité et à l'intention des opérations et non pas seulement à la forme qu'elles revêtent⁴. Ainsi, la personne qui prend connaissance des états financiers d'une entité doit pouvoir se fier à la description donnée de ses valeurs actives et passives, de ses charges et produits ainsi que de ses droits et

¹ PASQUALINI F., *Principe de l'image fidèle en droit comptable*, Litec, Paris 1992, n° 31, p. 27.

² HAVERALS J., « "True and fairview" ou le concept de l'image fidèle », CEB Workingpaper n°6/011, 2066-Université libre de Bruxelles, p. 7.

³ KEUDJE PAMENI G.D., *L'image fidèle de l'entreprise en droit comptable OHADA*, Mémoire de Master recherche en droit des affaires et de l'entreprise, Université de Dschang, 2013, p. 23.

⁴ HAVERALS J., *op. cit.*, p. 13.

engagements¹. L'objectif est que cette image fidèle permette à un investisseur extérieur de disposer d'une vision exacte de la situation économique et financière de l'entité.

S'il est acquis que l'image fidèle de l'entreprise est reflétée par les états financiers, il ne faut pas perdre de vue que les états financiers eux-mêmes sont fille des opérations comptables ou plus clairement de la comptabilité. Sous cet angle, l'analyse de la corrélation entre l'image fidèle et la comptabilité est de nature à jeter un doute objectif sur la valeur ou le degré de crédibilité à accorder aux états financiers. ABOU ELJAOUAD Mohamed tire en effet la sonnette d'alarme lorsqu'il interpelle sur le fait que « *la comptabilité n'a jamais eu la prétention de mesurer avec précision les performances de l'entreprise ni d'informer fidèlement les lecteurs des états qu'elle présente (...). La gestion du résultat comptable est un phénomène très ancien et les états comptables n'ont jamais prétendu qu'ils délivraient toutes les vérités des entreprises* »². L'on peut affirmer à cet effet que l'une des fonctions les plus importantes de la comptabilité étant de fournir des informations sur la situation économique et financière des sociétés afin d'aguicher de potentiels investisseurs, l'idée selon laquelle les dirigeants sociaux manipulent les données comptables, afin d'influencer leur décision ne saurait être farfelue au regard des scandales financiers qui ont gravement ébranlé la foi dans les résultats publiés par les entreprises ces dernières décennies.

Pour qu'une société commerciale puisse prospérer, elle doit fonder son développement sur des données solides et fiables. C'est pourquoi, tout bien considéré, l'image fidèle du patrimoine et des résultats de l'entreprise n'est reflétée que si elle donne à toutes les personnes destinataires des états financiers, une information aussi complète et pertinente que l'information de première main dont peuvent disposer les dirigeants sociaux³. Ces derniers sont malheureusement enclins à produire des états financiers selon les personnes en présence et selon les intérêts en jeu. Ainsi, comme envers les investisseurs à qui on présente des états financiers taillés sur mesure pour les convaincre d'investir, les états financiers présentés aux banquiers dans l'optique

¹ *Ibid.* p. 7.

² ABOU ELJAOUAD Mohamed, « Principes comptables et sincérité des comptes : Etude comparative entre le référentiel comptable marocain et les normes IFRS », Université HASSAN II-Casablanca, Article PDF online, p. 8 et 10.

³ HAVERALS J., *op. cit.*, p. 8.

d'obtenir un crédit bancaire pourraient être différents de ceux présentés à l'administration fiscale en vue de payer le moins d'impôts. Que faut-il comprendre par là ? Tout simplement que les normes comptables ne résultent pas uniquement de raisonnements rationnels et abstraits ; elles reflètent les influences respectives des différentes parties prenantes à la vie des entreprises¹. L'évidence de la situation conforte donc la thèse selon laquelle parvenir à de bonnes normes comptables n'est que le premier étage de la fusée ; il faut aussi garantir leur bonne application en mettant en place des garde-fous. Cependant, l'application des normes comptables ne conduit pas à la vérité ; elle ne peut donner lieu qu'à une comptabilité régulière. Or la régularité ne suffit pas à refléter image fidèle de l'entreprise. Il faut autre chose notamment la sincérité qui est une qualité qui ne résulte pas des normes comptables mais de celui qui prépare les comptes², c'est-à-dire le comptable ou l'expert-comptable de concert avec les dirigeants sociaux.

Il nous paraît dès lors capital de mettre en lumière le fait que la sincérité ne saurait être une vertu partagée par tous les dirigeants sociaux. Il est par conséquent difficile d'atteindre l'objectif d'image fidèle en se basant uniquement sur l'application régulière des normes comptables, fussent-elles parfaites. Le législateur OHADA a trouvé une parade au défaut de sincérité lorsqu'il indique que : « *lorsque l'application d'une prescription comptable se révèle insuffisante ou inadaptée pour donner l'image fidèle, les informations complémentaires ou des justifications nécessaires sont obligatoirement fournies dans les notes annexes* »³. Cette mesure est salubre car elle a le mérite de limiter le dol comptable qui aurait tendance à éluder des informations « *capitales* » sur lesquelles les lecteurs des états financiers fonderaient l'essentiel de leur décision⁴ et ce, en leur fournissant des informations qui, à défaut d'être vraies, seraient aussi proches que faire se peut de la réalité, sans se préoccuper de leur compréhension. De même, à travers l'usage du terme « *prescription* », le législateur

¹ VUJISIC Milan, *L'information financière en crise, Comptabilité et Capitalisme*, Ed Odile Jacob, 2004, p. 1.

² AUTRET M. et GALICHON A., « La comptabilité peut-elle dire vrai ? », *Club des Annales des Mines, soirée-débat du 13 novembre 2003, Compte-rendu*, p. 4.

³ Art 10 alinéa 2 AUDCIF.

⁴ Il s'agit par exemple des charges ou des produits non courants qui du fait de ce caractère et de leur importance sur les comptes de l'exercice, nécessiteraient un complément d'information (sur leur origine, les modalités de leur détermination...). Lire à cet effet Cabinet MASNAOUI et associés, *Mémento comptable marocain*, éd. Masnaoui, 1995, Casablanca cité par KEUDJE PAMENI G.D., *op. cit.*, p. 54, n°213.

communautaire a voulu recouvrir des éléments extérieurs aux lois, décrets et arrêtés. Il faut donc envisager des suppléments d'informations dans leur globalité, plutôt que de s'obstiner à ne voir que les suppléments aux dispositions légales¹.

Au vu de ce qui précède, on peut dire que le concept d'image fidèle reste un idéal qu'aucune société commerciale ne peut atteindre mais peut objectivement s'en rapprocher. Les états financiers présentés aux tiers peuvent refléter une image fidèle alléchante de l'entreprise parfois truffée de manipulations comptables des dirigeants sociaux dont le but dans certains cas n'est rien d'autre que la rationalisation des choix manageriels et l'amélioration du résultat de l'entreprise. Il reviendra alors au CAC de se prononcer sur la pertinence des états financiers qui lui seront soumis.

2. Le casse-tête de la certification des états financiers par le CAC

Le contrôle de l'application des normes est le cœur du métier des auditeurs externes, ceux qui attestent, vis à vis des associés et du public, que les comptes sont réguliers, sincères et donnent une image fidèle de l'entreprise². Le CAC est très souvent perçu par certains comme un personnage imposé par la loi, sans réel apport pour la bonne marche économique de l'entreprise. Il ne serait toutefois pas avisé de souscrire à cette thèse dans la mesure où une entreprise en apparence saine peut en réalité trainer de nombreuses difficultés la biaisant dans son optique de développement et par ricochet de perpétuation³.

Le rôle principal du CAC est de certifier la régularité, la sincérité des comptes de l'entreprise et donc de la fidélité de son image ; c'est l'essence même de sa mission. Il contribue ainsi à entretenir la confiance des partenaires économiques et favorise la croissance. La certification des comptes par un professionnel, comme expliqué plus haut, ouvre les portes à de nouveaux marchés. Ainsi, les états financiers présentés par les dirigeants sociaux n'emportent pas validation d'office de l'image fidèle de l'entreprise ; il s'agit d'un premier palier du processus. C'est en effet au CAC qu'il

¹ CAUDRON J., « L'image fidèle : Miroir ou mirage ? Les difficultés pratiques d'une notion fondamentale », *RCC.*, n° 84-2, avril 1984, pp. 5 et s, cité par *Ibid*, p. 54, n°209.

² VUJISIC (M.), *op.cit*, p. 8

³ MIGAN C., «Le commissariat aux comptes dans l'espace OHADA », Formation des experts du conseil permanent de la comptabilité du Congo (CPCC) sur le droit OHADA: volet acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, sous l'égide de l'ECOLE REGIONALE SUPERIEURE DE LA MAGISTRATURE (ERSUMA), Du 27 Août 2012 au 13 septembre 2012, p. 3.

revient en dernier ressort de se prononcer sur ladite image en attestant de la bonne ou mauvaise santé de l'entreprise et en garantissant ou pas sa fiabilité et sa solidité. Sur la base des documents qu'il demande à se faire communiquer et des investigations qu'il est appelé à mener, le CAC dans sa mission de vérification et certification des comptes, s'assure de la régularité c'est-à-dire de la conformité de la comptabilité avec les règles en vigueur. Il s'assure également de la sincérité qu'est l'application de bonne foi des règles de procédure, en fonction de la connaissance que les responsables des comptes doivent normalement avoir de la réalité et de l'importance des opérations, des événements et situations. En d'autres termes, le CAC refait le travail comptable de l'entreprise avec un esprit plus détaché car impartial. Au terme de cette mission, il est appelé à certifier les comptes suivant trois approches différentes.

Tout d'abord, le CAC peut purement et simplement certifier les comptes de l'entreprise. On peut se mettre ici dans l'hypothèse d'une entité qui ne dispose pas d'un patrimoine social important et à ce niveau sa comptabilité n'est pas lourde. Toutefois, cette certification n'est pas une garantie apportée par le CAC qui serait un porte-fort de l'entreprise quant à l'exactitude des informations qu'elle ventile. Elle est juste l'expression de son intime conviction sur la qualité des informations produites par l'entité contrôlée. Ensuite, le CAC peut certifier avec réserves. C'est le cas lorsqu'il constate des irrégularités dont le seuil n'est pas de nature à remettre en cause l'authenticité des documents financiers. La réserve peut aussi être fondée sur l'impossibilité légitime d'un point de vue du CAC de se forger une opinion significative sur l'authenticité des états financiers du fait par exemple qu'il n'a pas pu mettre en œuvre les diligences qu'il avait jugées nécessaires dans le cadre de sa mission. Enfin, il peut survenir le cas extrême où le CAC refuse de certifier les comptes. Ce dernier s'impose lorsque les erreurs, anomalies ou irrégularités affectent l'authenticité globale des états financiers ou lorsque les obstacles à l'exercice de sa mission sont tels qu'il n'est pas à mesure de porter un jugement sur une éventuelle authenticité¹.

Si *in fine* il est fait constat général d'une menace sérieuse qui plane sur la continuité d'exploitation c'est-à-dire sur la poursuite de l'objet social de l'entreprise, il sera considéré qu'un nouveau critère d'incertitude significative met en cause la pérennité

¹ NGUETIE (R.G.), *op. cit.*, pp. 28-29.

de cette dernière. Dans cette situation de péril en la demeure, le CAC doit activer tous les mécanismes à sa disposition aux fins de juguler la vicissitude.

B. L'utile activation par le commissaire aux comptes de la procédure d'alerte

Assumant à l'origine une mission de surveillance au bénéfice des actionnaires, le CAC tient aujourd'hui un rôle très actif dans le fonctionnement des sociétés et assume un rôle préventif prépondérant dans des circonstances particulières¹. C'est à ce titre que le législateur a procédé à une extension de ses prérogatives. Le terme « *alerte* » est bien choisi par le législateur OHADA car au moment de son intervention, il n'est pas encore le temps des alarmes ou même des conflits. Il ne s'agit que de prévenir les dirigeants des écueils prévisibles. C'est à ce titre que le législateur a procédé à une extension de ses prérogatives. Ainsi, le CAC au-delà de sa mission de contrôle, doit dans l'intérêt social, activer la procédure d'alerte dès lors qu'il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation (1). Encore faut-il pour qu'elle soit efficace, être déclenchée au bon moment (2).

1. Le déroulement de la procédure d'alerte

La continuité de l'exploitation même si elle paraît compréhensible d'entrée de jeu entretient une certaine part de flou. Le Professeur PAILLUSSEAU nous livre une idée précise de cette notion qu'il conçoit comme étant « *la continuation des opérations de telle sorte que l'entreprise ait un revenu tel qu'il lui permette : d'amortir ses actifs immobilisés sur une durée égale à celle de leur vie, de payer tous les coûts différés, de payer toutes les dettes quand elles arriveront à terme. Elle suppose enfin que l'entreprise exécutera toutes ses obligations contractuelles* »². Il apparaît à cet effet que le devoir d'alerte se distingue du simple devoir d'information qui n'est qu'une reddition des comptes des contrôles et des vérifications auxquelles le CAC aura procédé et des différents sondages auxquels il se sera livré.

¹ *Ibid*, p. 26.

² PAILLUSSEAU, « Revue française de comptabilité » : *Colloque des entreprises en difficulté*, n° 64, Août-Septembre 1976, p. 387, cité par FENDER F., *Le commissaire aux comptes et la procédure d'alerte*, Mémoire en audit financier et opérationnel, Université de Strasbourg, 2018, p. 19.

Concrètement, les signes avant-coureurs de difficultés menaçant la continuité de l'exploitation sont pour certains ponctuels tels que la perte d'un client important, la démission d'un homme clé. D'autres par contre sont d'ordre économique notamment la détérioration du chiffre d'affaires et des marges, la réduction du carnet de commandes. S'y ajoutent des signaux faibles de futures difficultés d'ordre organisationnel : absence de tableau de bord et de suivi de trésorerie, retards dans la comptabilité ou dans l'organisation du contrôle interne¹. L'alerte vise ainsi à « *provoquer une discussion interne à l'entreprise, dont l'objet sera à la fois de prendre la mesure la plus exacte possible des difficultés rencontrées ou sur le point de survenir, de proposer à la suite de cette discussion les solutions les plus appropriées à résoudre ces difficultés* »². Et, selon Maurice COZIAN, « *l'alerte permet la détection des premiers signes de faiblesse et l'activation d'une défense immunitaire* »³. C'est pourquoi les destinataires sont les dirigeants sociaux et les associés.

A l'endroit des dirigeants sociaux, le CAC adresse une demande d'explications à laquelle sont tenus de répondre⁴. Par la suite, il formule des observations afin que soient apportées des corrections sur les comptes ainsi que les mesures à prendre pour améliorer la qualité de l'information financière tout en renforçant les standards de sécurité de l'entreprise. Sur ce point, il faut souligner la subtilité à laquelle le législateur OHADA convie le CAC car ce dernier est appelé à composer avec le principe de non immixtion dans la gestion sociale. La communication entre le dirigeant et le CAC est fondamentale. Avant d'être une procédure formelle, l'alerte offre le cadre d'un dialogue approfondi avec le dirigeant, souvent isolé en cas de difficulté. Une procédure bien menée, source d'actions correctrices, est un acte de bonne gestion qui limitera ultérieurement les risques de mises en cause tant civiles que pénales⁵.

¹ REYNIER V., « Quand le commissaire aux comptes sauve l'entreprise », Consultable à l'adresse <http://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/cercle-155971-prevention-des-difficultes>, publié le 20 Avril 2016, Document PDF, p. 1.

² JEANTIN M. et LE CANNU P., *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté*, Précis Dalloz, 5ème éd., Paris, 1999, n° 444, p. 286. Cité par EWANE MOTTO P.C., *La gouvernance des sociétés commerciales en droit de l'OHADA*, Thèse de doctorat en droit privé, Université Paris-Est et Université de Douala, 2015, p. 88.

³ COZIAN, et al., *Droit des sociétés*, 16ème éd., Litec, Paris, 2003, p. 159. Cité par *Ibid*.

⁴ NDANRANGUE HAYANGOU DANGUIGUE, *Le redressement extrajudiciaire des entreprises en difficulté*, Mémoire de Master 2 en Ingénierie juridique de l'entreprise et l'arbitrage, Université de Dschang, 2021, p. 19.

⁵ REYNIER V., *op. cit.*, p. 2.

Toutefois, cette étroite collaboration entre le dirigeant social et le CAC ne dispense en rien ce dernier d'informer le ministère public des faits à priori délictueux qu'il aura constatés durant son audit. Ici encore, il faut nuancer l'approche car cette information qui n'est pas à titre de dénonciation mais plutôt de révélation, n'attribue pas au CAC une compétence de qualification juridique des faits constatés que ceux-ci soient juridiquement répréhensibles ou pas. Il le fait car il en est légalement tenu et du moment où il est avéré que lesdits faits ont une incidence notable sur les comptes de l'entreprise¹.

Vis-à-vis des associés, le CAC a aussi une obligation d'information. Il n'est à cet effet pas exagéré de dire qu'il est l'œil des associés auprès des dirigeants sociaux en ce sens qu'il est le gardien de leurs intérêts que ceux-ci soient financiers ou pas. Il surveille ainsi tacitement l'intérêt social en faveur de ces derniers en les protégeant parfois contre eux-mêmes² car l'on ne doit pas perdre de vue que des associés peuvent parfois concomitamment avoir le statut de dirigeants sociaux.

Mais il faut souligner que l'information sur l'audit du CAC incombe au premier chef aux dirigeants sociaux qui à l'invitation de ce dernier seront ainsi appelés à convoquer l'assemblée générale des associés afin que celle-ci délibère sur son rapport. A défaut de convocation hypothétiquement sur fond de dilatoire, le CAC convoque lui-même ladite assemblée et peut pousser le bouchon plus loin si à l'issue de l'assemblée générale si les décisions prises par les associés lui apparaissent insuffisantes pour assurer la continuité de l'exploitation. Il en informe dès lors le président du tribunal territorialement compétent³.

L'efficacité de la procédure d'alerte dépend néanmoins du timing de son déclenchement.

2. L'opportunité de la procédure d'alerte initiée par le CAC

Le législateur communautaire n'a pas pris le soin de mettre en place un ensemble de critères pouvant permettre d'activer l'alerte. Il laisse ainsi la liberté d'appréciation des

¹ NGUETIE (R.G.), *op. cit.*, p. 31.

² MAZIGUI NGOUE-NZAMEYO E., *op. cit.*

³ NDANRANGUE HAYANGOU DANGUIGUE, *op. cit.*, p. 20.

difficultés aux acteurs compétents¹ de juger si celles-ci sont susceptibles ou non de paralyser le fonctionnement de l'entreprise.

La difficulté réside alors dans le choix du moment du déclenchement de l'alerte car les termes évoqués par le législateur sont assez évasifs et ne précisent pas exactement à quel moment les acteurs de cette procédure doivent tirer la sonnette d'alarme². En effet, le législateur s'est limité à dire que l'alerte doit être déclenchée lorsque « *tout fait de nature à compromettre la continuation de l'exploitation* » a été relevé. Cette expression paraît pourtant vaste car elle ne détermine pas les faits qui pourraient nuire à la continuité de l'activité

A travers les limites de cette expression, il paraît donc que le législateur a voulu se décharger du poids qui pèse sur ses épaules et laisser le CAC, acteur principal, seul face à un ensemble de faits dont il doit en faire l'appréciation. Il appartient à ce dernier d'agir à temps car une mauvaise appréciation peut provoquer des difficultés imparables³. Le CAC doit donc faire montre d'un certain doigté car le déclenchement d'une alerte précoce alors même que la pérennité de l'entreprise n'est en aucun cas menacée pourrait nuire à l'image de marque de cette dernière. On note ainsi l'effort louable du législateur OHADA de reconnaître une certaine efficacité aux mesures psychologiques de la communication d'entreprise sous réserve du timing à adopter.

A l'analyse, une entreprise apparemment bien portante peut en réalité être porteuse de nombreuses défaillances que seul le CAC par la profondeur de son expertise peut faire remonter en surface. Le CAC occupe un rôle central dans la logique de perpétuation recherchée par le législateur communautaire. Dans ses rapports avec les dirigeants sociaux et les associés, il contribue à la moralisation de la vie des affaires en s'assurant de la conformité des comportements et en favorisant la transparence de l'information financière. De même, son statut de « quasi-auxiliaire du ministère public » est de nature à renforcer son autorité à l'égard de l'organe de gestion. La conséquence immédiate serait la prise au sérieux par celui-ci des observations formulées par le CAC lorsqu'il apparaît qu'il est encore possible d'éviter par des mesures correctrices qu'un délit constaté soit préjudiciable au dirigeant social et par ricochet à l'entreprise.

¹ Le devoir d'alerte est également reconnu aux associés par l'art 157 AUDSCGIE.

² NDANRANGUE HAYANGOU DANGUIGUE, *op. cit.*, p. 39.

³ MOHO FOPA E.M., *Réflexion critique sur le système de prévention des difficultés des entreprises OHADA*, Mémoire de DEA en droit privé, Université de Dschang, 2007, p. 12.

Néanmoins, lorsque les difficultés de l'entreprise sont manifestement visibles et alarmantes, il urge de passer à un niveau supérieur de son sauvetage et donc de sa perpétuation. Le passage de témoin s'opère à ce niveau entre le CAC et la juridiction territorialement compétente.

II-La juridiction judiciaire en périodes de turbulences

Les turbulences renvoient aux troubles qui perturbent une entité ou un secteur d'activité. Une entreprise peut à un moment de sa vie passer par une ou plusieurs zones de turbulences. Ces turbulences correspondent donc à un moment où l'entité sera agitée par une météo économique, financière ou même organique qui ne sera pas clémente. Compte tenu de l'importance multiple de l'entreprise pour le corps social en général, des mécanismes d'accompagnement sont à juste titre utiles. La nécessité de connaître et de comprendre les procédures adaptées à la nature des turbulences rencontrées est impérieuse pour le tissu économique lui-même et l'entreprise dont la situation pourrait devenir toxique¹. L'on se situe ici à palier bien plus élevé où la compétence du CAC n'est plus de mise. De même, bien loin du rôle à priori timide que joue le ministère public par l'entremise du CAC, l'on constate une véritable implication juridictionnelle² dans la vie de l'entreprise dans le but de la « maintenir debout ». L'intervention de la juridiction dans le traitement des difficultés de l'entreprise est stratifiée et varie donc selon qu'on est dans la phase préventive (A) ou dans la phase curative (B).

A-Dans la phase préventive des difficultés

« *Mieux vaut diagnostiquer et traiter le mal à temps, plutôt que d'assister impuissant à l'irréversible déchéance du malade, à son agonie et à sa mort* »³. Cette assertion a le mérite de nous rappeler que toutes les entreprises sont susceptibles de connaître à

¹ BINNIE M., « Les procédures de traitement des difficultés des entreprises », dans *La souffrance de l'entrepreneur*, 2018, pp. 255-270.

²Il s'agit du président du tribunal de grande instance.

³ PIERRE N., *Appréciation et pouvoirs du comité d'entreprise lors du déclenchement et de la poursuite de la procédure d'alerte*, RTD com. 2006, p.733, cité par NICOLAS-BELIZON D., *Le contrôle de la gestion des sociétés commerciales : approche systémique*, Thèse de doctorat en droit privé, Université Aix-Marseille, 2017, p. 208.

un moment ou un autre de leur existence des difficultés¹. Ainsi pour les aider à se sortir de cette mauvaise passe, la juridiction territorialement compétente est appelée à agir, toutefois avec une approche différenciée selon qu'il s'agit de situation de difficulté relationnelle (1) ou de difficulté économique et financière (2).

1. L'administration provisoire en cas de difficultés relationnelles

L'administrateur provisoire est « *la personne désignée par la justice pour administrer un bien ou un patrimoine* »². A l'instar d'une famille où les disputes surgissent quelques fois, certaines querelles intestines peuvent bloquer le bon déroulement des activités au sein de l'entreprise. C'est généralement le cas des conflits d'intérêts qui engendrent des mésententes entre les associés eux-mêmes ou les conflits entre les dirigeants sociaux et les associés³. La désignation par la juridiction compétente d'un administrateur provisoire qui se substituera aux organes légaux, le temps que se dénoue la crise apparaît alors comme une mesure grave et exceptionnelle, mais salutaire pour une société en difficulté dont la survie est en jeu⁴. C'est tout l'esprit de l'article 160-1 de l'AUDSCGIE qui dispose que « *lorsque le fonctionnement normal de la société est rendu impossible, soit du fait des organes de gestion, de direction ou d'administration, soit du fait des associés, la juridiction compétente statuant à bref délai, peut décider de nommer un administrateur provisoire aux fins d'assurer momentanément la gestion des affaires sociales* ». Le dessaisissement des organes sociaux au profit d'un administrateur provisoire étant une mesure grave car dérogoire aux règles légales de compétence des organes sociaux, le juge compétent détermine conformément à l'acte uniforme, l'étendue de la mission et des pouvoirs de l'administrateur provisoire qui en principe se limite à une gestion courante des affaires à savoir l'accomplissement d'actes de conservation et d'administration et exceptionnellement à l'accomplissement d'acte de disposition⁵.

¹ POUOKAM TCHASSEM L.M., *Le dirigeant d'une entreprise en difficulté en droit OHADA*, Mémoire en droit des affaires et l'entreprise, Université de Dschang, 2018, p. 27.

² MOHAMADOU BOYE, « L'administration provisoire des sociétés commerciales en OHADA », *Revue PENANT –Revue trimestrielle de droit africain* », Avril-Juin 2016, n° 895, p. 180-208.

³ POUOKAM TCHASSEM L.M., *op. cit.*, p. 27.

⁴ NGUETIE (R.G.), *op. cit.*, p. 113.

⁵ MOHAMADOU BOYE, *op. cit.*,

La jurisprudence, selon qu'il s'agit des rapports conflictuels entre associés ou des dysfonctionnements des organes de gestion, a mis en lumière les hypothèses donnant lieu à désignation par la juridiction compétente d'un administrateur provisoire.

Dans le premier cas de figure, la réalité est que, comme en toute matière supposant le rapprochement d'intérêts particuliers distincts, si les questions préalables à l'union entre associés sont le plus souvent résolues dans un climat de relative harmonie, les difficultés essentielles surgissent dès lors que la relation doit s'inscrire dans une certaine durée. Les incidents de fonctionnement internes du fait des rapports délétères entre associés est un des avatars qui peut marquer négativement la vie d'une entreprise et se révéler particulièrement néfaste lorsqu'il affecte, voire paralyse le fonctionnement des organes légaux¹. La jurisprudence retient de façon non exhaustive les situations pouvant donner lieu à nomination d'un administrateur provisoire. Ont été retenus les rapports conflictuels entre associés rendant impossible la tenue des assemblées générales, le dissentiment entre deux fondateurs propriétaires de la quasi-totalité des actions, toute prise de décision et toute nomination du dirigeant social, l'approbation des comptes sociaux pendant plusieurs exercices².

A l'évidence, les implications économiques et sociétales du rapprochement sociétaire imposent une intervention extérieure par l'application d'une règle de droit et souvent une irruption du pouvoir judiciaire dans la vie sociétaire. En revanche, les dissensions entre actionnaires, si violentes soient-elles ne justifient pas la désignation d'un administrateur provisoire tant que les organes sociaux fonctionnent normalement. Il est en effet logique de laisser jouer les mécanismes sociétaires dans la mesure où l'administrateur provisoire n'est pas un arbitre chargé de trancher le moindre conflit opposant minoritaire et majoritaire³.

Pour le second cas de figure, il faut dire qu'il se résume principalement en des situations de défaillances graves des systèmes de fonctionnement des organes de gestion. Il s'agit généralement de l'impossibilité de constituer un conseil d'administration ou lorsqu'il existe des dissentiments tels qu'ils ont déjà suscité des

¹ HOUNKPE J., *Le règlement des conflits entre actionnaires dans les sociétés anonymes dans l'espace OHADA : analyses et perspectives*, DESS en Droit des affaires et fiscalité, Université d'Abomey Calavi, 2006, mémoire online, consultable à l'adresse <https://biblio.ohada.org>.

² Voir tour à tour Com. 23 mars 1971, Bull. IV. 83 ; Versailles, 13^e ch, 15 mars 1990 ; Bull. CNNCC 1982, n°48, p. 432.

³ MOHAMED KONATE, « L'administration provisoire dans l'espace OHADA », publié le 8 octobre 2018, disponible à l'adresse www.village-hustice.com, Document PDF, p. 2.

actions en justice dont une tendant à la dissolution de la société ; de la démission ou de la révocation d'un dirigeant social non suivie de son remplacement¹. Il est de même admis la nomination d'un administrateur provisoire lorsque dans une société anonyme, l'on note la présence de deux conseils d'administration et de deux présidents du conseil d'administration². La jurisprudence française va même au-delà de ces considérations et admet comme valable la demande d'un créancier qui réclame la nomination d'un administrateur provisoire lorsqu'il peut prouver que les agissements présents du dirigeant social sont de nature à compromettre la capacité future de l'entreprise à lui rembourser son dû³.

L'on est donc unanime sur le fait que la désignation d'un administrateur provisoire, dirigeant de crise, par la juridiction judiciaire à la tête d'une entreprise, est une mesure très significative sous-tendue par l'urgence d'une intervention, faute de quoi la situation pourrait s'aggraver et entraîner au pire des cas la perte de l'entreprise. Il est dès lors compréhensible que sa nomination est cruciale car la survie de l'entreprise en dépend. Le juge participe alors par l'entremise de ce dernier au rétablissement des relations d'affaires déséquilibrées, sanctionne certains agissements des associés ou des dirigeants qui entachent la bonne gestion de la société. Son intervention dans le contrat de société se révèle comme une action salutaire en ce qu'il assure une protection de l'intérêt social⁴ et partant, sa perpétuation

Quid de la solution au traitement des difficultés économiques et financières de l'entreprise ?

2. La conciliation en cas de difficultés économiques et financières

Les entreprises en difficultés économiques et financières, on en retrouve un peu partout en Afrique. Mais les entreprises en difficulté qui se redressent, on en cherche⁵. Néanmoins, la confusion ne doit pas régner plus longtemps car il faut bien faire le

¹ NGUETIE (R.G.), *op. cit.*, p. 117.

² CA Abidjan, Arrêt n° 258 du 25 février 2000.

³ Cass. com., 14 févr. 1989 : Bull. civ. 1989, IV, n° 66.

⁴ TOBOSSI A.T.D., « l'intervention du juge dans le droit des sociétés commerciales OHADA », consultable à l'adresse www.ohada.com, Ohadata D-17-14, p.12. Cité par BAMANGA DAGA GUIDAKRE, « Le Juge Et Le Contrat De Société En Droit OHADA : que reste-t-il de l'intangibilité du contrat de société face à l'emprise du juge ? », *International Multilingual Journal of Science and Technology (IMJST)*, Vol. 5 Issue 7, July-2020, pp. 1195-1211, p. 1196, n° 12.

⁵ POUOKAM TCHASSEM L.M., *op. cit.*, p. 2.

distinguo entre la société en situation difficile mais non irrémédiablement compromise de celle définitivement terrassée. Le premier cas de figure est l'angle choisi à ce stade de l'analyse et il s'impose ici une approche préventive dans la mesure où l'entreprise connaît des difficultés juste passagères mais qui ne donnent pas encore lieu à cessation des paiements¹. Le législateur communautaire situe ainsi l'entreprise dans la période de « *pré-cessation* » des paiements qui renvoie à un moment où le fonctionnement de l'entreprise n'est plus aisé du fait des difficultés économiques et financières certes, sans justifier pour autant le prononcé de la cessation des paiements par le juge compétent.

En matière d'injonction de payer spécifiquement², l'alinéa 1 de l'article 12 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution dispose que : « *la juridiction saisie sur opposition désigne un juge pour procéder à une tentative de conciliation*. L'alinéa 3 renchérit en précisant que si cette tentative de conciliation aboutit : « *le juge dresse un procès-verbal de conciliation qu'il signe avec les parties et le greffier. Une expédition du procès-verbal est revêtue de la formule exécutoire* ». En cette matière le législateur OHADA a innové en instituant une procédure divisée en deux phases devant le président de la juridiction compétente pouvant aboutir à une ordonnance d'injonction de payer susceptible d'opposition devant la juridiction compétente où la grande innovation est la tentative de conciliation obligatoire car cette phase n'existait ni dans les législations des Etats membres ni dans la législation française dont s'est inspiré l'Acte uniforme sus évoqué³. Le contexte opérationnel est à cet effet celui des procédures collectives⁴ qui dans leur phase souple prévoient deux modes de sorties de crise

¹ La cessation des paiements est définie par l'article 1 al 3 de l'Acte Uniforme portant organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif (AUPCAP) comme l'état de difficultés dans lequel « *le débiteur se trouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, à l'exclusion des situations où les réserves de crédit où les délais de paiement dont bénéficie le débiteur de la part de ses créanciers lui permettent de faire face à son passif exigible* ».

² L'injonction de payer peut être définie comme une procédure qui permet à un créancier de somme d'argent d'obtenir rapidement un titre exécutoire. Lire en ce sens SOLUS H. et PERROT R., *Droit judiciaire privé*, tome III : Procédure de première instance, 1991, édit. SIREY n°1392, p. 34.

³ TAGNE TOIKADE T.S., « La conciliation en droit judiciaire privé camerounais », disponible à l'adresse <https://hal.science/hal-01333621>, publié le 17 juin 2016, document PDF, p. 11.

⁴ La procédure collective est celle dans laquelle le règlement des dettes et la liquidation éventuelle des biens du débiteur ne sont pas abandonnés à l'initiative individuelle de chaque créancier, mais organisées de manière à ce que tous puissent faire valoir équitablement leurs droits. Lire en ce sens CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 9^e édition, PUF, 2012, p. 189 cité par TSAGUE DONKENG H., « La responsabilité civile des mandataires judiciaires à l'aune du droit OHADA des procédures collectives »

chapeautés par la juridiction compétente à savoir la conciliation qui retiendra notre attention et le règlement préventif. Ces deux mécanismes se situent comme l'alerte du CAC dans la phase de pré-cessation des paiements.

Au premier abord, la conciliation est une procédure extrajudiciaire et amiable qui permet de traiter les difficultés de l'entreprise à travers des documents sincères et fiables dans lesquels le débiteur expose les difficultés de l'entité et les moyens qu'il prévoit pour les juguler et ce, sous l'égide d'un tiers appelé conciliateur¹. Expert de la crise et justifiant d'une formation poussée en droit et en gestion, ce dernier a pour mission de contribuer au redressement des entreprises auprès desquelles il intervient et de pérenniser leur activité. Ce dernier organise les discussions avec pour objectif d'obtenir un accord unanime de toutes les parties, qui soit compatible avec les besoins de l'entreprise et sa situation financière, économique ou juridique et permette d'assurer la pérennité de l'exploitation².

L'on perçoit à travers cette approche, une véritable volonté du législateur communautaire de se diriger vers une déjudiciarisation des procédures collectives. En effet, en plus de renchérir en quelque sorte le débat sur la contractualisation des procédures collectives, l'on tend de plus en plus avec la conciliation vers un droit négocié³ de la prévention des difficultés de l'entreprise en s'écartant du droit imposé desdites procédures⁴. L'effet positif du dénouement heureux de la négociation est la suspension des poursuites engagées contre l'entreprise débitrice et le report des paiements. Bien entendu, la conciliation étant l'affaire des parties⁵, le juge n'intervient pas pour imposer une solution aux parties. En tout état de cause et pour respecter l'esprit volontariste que préconise le législateur OHADA, le droit d'exercice de l'action en conciliation est refusé au ministère public, aux créanciers ou aux salariés à moins

dans *Revue de l'ERSUMA, Revue de droit africain et comparé des affaires*, 2020-1/N° 12, pp. 62-77, p. 63.

¹ La procédure de conciliation est organisée par l'article 5 alinéas 1 à 19 de l'AUPCAP.

² BOURBOULOUX H. et LOCQUEVILLE H., « Les tribunaux de commerce et les administrateurs judiciaires », *Réalités industrielles-Février 2023, Annales des Mines*, pp. 48-51, p. 49.

³ La conciliation met en présence le débiteur et ses créanciers ou au moins les principaux d'entre eux qui négocient en privé de la restructuration financière de l'entreprise en vue de sa sauvegarde. Les tractations sont marquées du sceau la confidentialité. Lire NDANRANGUE HAYANGOU DANGUIGUE, *op. cit.*, pp. 13-14.

⁴ BIASSALY L.C., « La procédure de conciliation dans la prévention des difficultés des entreprises en droit OHADA : distincte ou copie du droit français ? », Publié le 20 mars 2017 et modifié le 21 mars 2022, consultable à l'adresse www.village-justice.com, consulté le 04 octobre 2023.

⁵ Le conciliateur est en effet un facilitateur qui aide les parties plutôt que les contraindre, à faire des compromissions réciproques afin de parvenir à un accord de conciliation.

qu'il ne s'agisse d'une saisine conjointe mais spontanée et discrète afin d'éviter tout risque d'ébrulement des difficultés de l'entreprise¹.

Technique palliative aux difficultés des entreprises en difficulté, la conciliation n'échappe pas pour autant à l'emprise du juge. L'objectif principal à travers la nomination est de redresser la situation compromise car si une entreprise sauvée peut en sauver d'autres, une entreprise qui coule peut en entraîner d'autres

Toutefois, l'administration provisoire et la conciliation sont mises de côté par le juge quand l'on entre dans la phase curative des difficultés de l'entreprise

B. Dans la phase curative des difficultés : la perpétuation comme objectif recherché par le redressement judiciaire

Le redressement judiciaire est la procédure qui concerne les commerçants en état de cessation de paiement constaté par un tribunal. Ce règlement permet d'envisager un rétablissement de la situation ainsi que le paiement des créanciers. Cette procédure vise à réorganiser la situation juridique, financière et sociale de tout commerçant ou de toute personne morale de droit privé se trouvant dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible². L'objectif poursuivi reste donc la réhabilitation du débiteur.

Le jugement d'ouverture du redressement est prononcé par le juge une fois que le concordat de redressement pour sortir l'entreprise de la crise est conclu. Mais encore faut-il interroger le sérieux du concordat de redressement proposé par l'entreprise et dont dépend le prononcé du jugement d'ouverture de redressement. Le sérieux du concordat s'apprécie de par son contenu et notamment des propositions concrètes, réalistes et réalisables qui y sont formulées.

Bien plus, dans sa fonction anticipative, le juge peut s'auto saisir afin d'éviter que les difficultés de l'entreprise ne s'aggravent à cause de l'inertie des créanciers ou du débiteur lui-même³. Cette possibilité a été prévue par le législateur communautaire pour les procédures de redressement judiciaire et liquidation des biens. Cela suppose

¹ TOH A., *La prévention des difficultés des entreprises : étude comparée de droit français et droit OHADA*, Thèse de Doctorat en droit privé et sciences criminelles, Université de Bordeaux, 2015, p. 191.

² MOUKALA-MOUKOKO C., *op. cit.*, p. 3.

³ Cette possibilité a été prévue par le législateur communautaire pour les procédures de redressement judiciaire et liquidation des biens.

que l'état de cessation des paiements de l'entreprise soit avéré ou risque de l'être si aucune mesure n'est prise. En plus, de l'état de cessation des paiements, la condition juridique du débiteur peut justifier la faculté d'auto saisine du juge. Il peut justement arriver que le débiteur soit décédé alors qu'il était en cessation des paiements dans le cas de la société unipersonnelle par exemple. Les héritiers ou les créanciers peuvent ne pas exploiter le délai d'un an qui leur est imparti pour saisir la juridiction compétente. Le juge, avec les informations à sa disposition, doit pouvoir se saisir d'office¹.

Il n'est en outre pas négligeable d'évoquer ici le rôle du juge-commissaire qui en réalité est un magistrat de la juridiction territorialement compétente. Le juge-commissaire est, en effet, le délégué du tribunal. Une fois la procédure collective ouverte, le tribunal n'intervient plus que de manière occasionnelle au contraire du juge-commissaire qui peut être facilement saisi par les différents acteurs de la procédure, en particulier le chef d'entreprise et les mandataires de justice ; il lui appartient donc de prendre de multiples décisions utiles au bon déroulement de la procédure. De même, le juge-commissaire assure l'information du tribunal au moment où celui-ci doit prendre les décisions les plus cruciales².

Chef d'orchestre de la procédure de redressement judiciaire, le juge-commissaire est un juge choisi parmi les membres du tribunal qui prononce l'ouverture de la procédure collective, et est placé sous son autorité. Dans sa fonction, il recueille tous les éléments d'information dont il a besoin. Il peut en particulier entendre le débiteur ou les dirigeants sociaux, leurs préposés, les créanciers ou toute autre personne. Le juge commissaire statue sur les demandes, contestations et revendications relevant de sa compétence de même qu'il a compétence pour trancher toute difficulté si la loi n'a pas attribué compétence à un autre organe³. Subtilement à travers l'action du juge-commissaire, c'est le pouvoir d'intrusion de la juridiction judiciaire dans la vie sociétale qui se manifeste pour assurer la survie et la continuité de l'entreprise.

¹ BIBOUM BIKAY F., *op. cit.*, p. 241.

² Poursuite d'activité, conversion des procédures, clôture etc. Lire en ce sens PETEL Ph. et autres, *Manuel théorique et pratique à l'usage des Juges-commissaires : traitement des procédures de sauvegarde, redressement judiciaire et liquidation judiciaire des entreprises*, Document du Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce, 2009, p. 1.

³ MOUKALA-MOUKOKO C., *op. cit.*, 13.

Conclusion

Il est évident que le risque est un invité certain mais occasionnel pour toute entreprise dans son état normal, mais qui ne doit jamais prendre l'habitude de visite¹. La difficulté majeure est qu'avec le vent de la mondialisation, les entreprises se trouvent de plus en plus aujourd'hui dans un environnement épris de concurrence capable de broyer les plus fébriles d'entre elles². L'environnement des affaires est très ambigu et par conséquent toutes les turbulences qui surviennent ne résultent pas forcément d'une faute de gestion du mandataire social. La société commerciale, qu'elle soit individuelle ou pluripersonnelle, qu'elle soit de petite, moyenne ou de grande taille, peut ressentir des turbulences liées à la conjoncture économique ou même aux tensions entre les organes de direction et ceux de contrôle ou entre les différents membres au sein de ces organes ; toutes choses qui influencent de manière générale toutes les entreprises.

A l'occasion des contrôles qu'il exerce notamment sur les comptes sociaux et les documents prévisionnels, le CAC se trouve dans une position privilégiée pour détecter les signes d'une situation préoccupante pour l'avenir de la société. C'est donc un véritable « bilan de santé financière » mais aussi global qui doit être dressé par ce dernier et ce n'est que si ce bilan révèle un risque sérieux de cessation d'exploitation dans un avenir prévisible qu'il y aura lieu de mettre en œuvre la procédure d'alerte³.

La chronologie de la procédure initiée par la juridiction judiciaire est un élément qui structure toute la logique du traitement des turbulences des entreprises. Un des aspects les plus importants est la prévention dont les limites ou l'impossibilité à un moment donné de la mise en œuvre nécessite de passer au traitement. Donc pour résorber ces différentes mésententes et crises qui naissent dans la vie d'une société, le juge dispose d'une panoplie de solutions. Les organes judiciaires jouent un rôle important car ils contribuent au bon déroulement des procédures collectives. Leurs objectifs fondamentaux sont le paiement des créanciers, le sauvetage des entreprises, la punition du débiteur ou des dirigeants⁴.

¹ ERRABIH S., « L'intervention du pouvoir judiciaire dans la procédure de sauvegarde », dans la *Revue Droit et société*, n° 9 Avril/Juin 2023, pp. 77-91, p. 77.

² BIASSALY L.C., *op. cit.*,

³ NICOLAS-BELIZON D., *op. cit.*, p. 210.

⁴ MOUKALA-MOUKOKO C., *op. cit.*, 8.

En conséquence le diagnostic définitif à établir, au regard de tout ce qui précède, est que la contribution des acteurs extra entreprises est loin d'être marginale. Le CAC tout comme la juridiction judiciaire dispose de prérogatives d'intervention qui permettent d'inscrire l'entreprise dans la durée. Leurs actions conjuguées permettent de rattraper entre autres les défaillances ou les manquements des associés et des dirigeants sociaux et éviter un éventuel naufrage de la société commerciale et incidemment à la pérenniser.

La responsabilité du gérant de SARL peut être engagée à la fois sur les fondements des conventions réglementées et de la faute de gestion

Cass. com., 18 décembre 2024, n°22-21.487, F-B

Reagan INTOLE

**Maître de conférences contractuel en droit des affaires à l'université d'Orléans
Centre de recherche juridique Pothier, UR 1212**

L'approbation d'une convention réglementée n'exonère pas le gérant de SARL de sa responsabilité si une faute de gestion est constatée. En d'autres termes, la responsabilité du gérant de SARL peut être engagée pour faute de gestion même si la convention a été validée par les associés.

L'arrêt sous examen consacre une approche cumulative des régimes de responsabilité, renforçant la protection des associés. Cette solution s'inscrit dans la lignée d'une jurisprudence exigeante envers les dirigeants. Rappelons que les juges

sanctionnent toute dérive, même masquée par une apparence de régularité : par exemple, commet une faute de gestion, le gérant majoritaire d'une SARL qui limite sciemment l'activité de la société à des opérations conclues essentiellement au profit d'une autre société qu'il contrôle (Cass. com., 10 juillet 1989, n°88-12.485) ; a également commis une faute de gestion, le gérant qui a transféré sans facturation un fonds de commerce d'une première société dont il allait abandonner la gérance à une seconde société qu'il venait de créer (Cass. com., 7 octobre 1997, n°94-18.553, BJS 1997, p. 1074, note J-J Daigre). Dans cette lignée jurisprudentielle, la Cour de cassation, dans la présente affaire, admet donc le cumul des régimes en ce que même si l'assemblée générale a ratifié une convention, le gérant reste exposé à une action en responsabilité pour faute de gestion si les conditions sont désavantageuses pour la société. Autrement dit, un gérant qui fait contracter la SARL avec une autre société qu'il contrôle engage sa responsabilité, même si l'assemblée générale a approuvé la convention.

En l'espèce, une SARL a été constituée à parts égales par deux associés. Le premier associé est décédé en laissant pour héritiers ses deux enfants d'une première union, son épouse ainsi que leurs trois enfants. Ensuite, le second associé décède également en léguant, par testament, ses parts à l'un des héritiers du premier associé. Cet héritier a repris la gérance de la SARL après le décès du second associé. Il sera alors accusé par les autres héritiers de fautes de gestion, notamment la conclusion et la poursuite de conventions déséquilibrées entre la SARL et une autre société qu'il détient majoritairement, l'absence de contrepartie pour l'utilisation d'une base de données par ladite société et la cession à bas prix de parts sociales d'une SCI détenue par la SARL.

Ainsi, les héritiers vont assigner le gérant et la SARL pour annulation d'assemblées générales auxquelles ils n'avaient pas été convoqués et solliciter la révocation du gérant ainsi que la mise en jeu de sa responsabilité personnelle pour fautes de gestion y compris la désignation d'un administrateur provisoire. Par un arrêt rendu le 19 juillet 2022, la Cour d'appel de Versailles accueille leurs demandes. Elle estime que les diverses conventions signées par le gérant entraînaient de fautes de gestion indépendamment de leur approbation ou non par les associés. Mécontent, le gérant

forme un pourvoi en cassation. Parallèlement à ce pourvoi, les héritiers forment un pourvoi incident sur l'évaluation du préjudice.

Le gérant reproche à l'arrêt de la Cour d'appel, notamment sur la question de la responsabilité, que les conventions, avec la société qu'il détient majoritairement, étaient approuvées par les assemblées générales. Les fautes de gestion ne pouvaient alors être retenues pour des conventions réglementées. Pour les héritiers, ils estiment que la Cour d'appel aurait dû indemniser intégralement le préjudice, y compris pour l'utilisation gratuite de la base de données par la société détenue majoritairement par le gérant et les surfacturations postérieures à 2013. L'absence de chiffrage, selon eux, ne dispensait pas la cour de statuer.

Nonobstant d'autres questions soulevées en l'espèce, la Cour de cassation a été amenée à se demander : le gérant d'une SARL peut-il être tenu responsable à la fois pour une convention réglementée irrégulière et pour une faute de gestion ?

La Cour de cassation répond par la positive. Elle approuve la Cour d'appel en estimant que « *la possibilité, prévue à l'article L. 223-19, alinéa 4, du code de commerce, de mettre à la charge du gérant les conséquences préjudiciables à la société des conventions réglementées non approuvées, n'est pas exclusive de la mise en jeu de sa responsabilité sur le fondement de l'article L. 223-22 du même code, que ces conventions aient ou non été approuvées* ».

Elle casse donc partiellement l'arrêt et renvoie pour une nouvelle évaluation du préjudice, tout en confirmant les principes clés de responsabilité des gérants. On comprend que l'approbation d'une convention réglementée n'exonère pas le gérant de sa responsabilité si une faute de gestion est constatée. En confirmant sa jurisprudence sur l'autonomie des régimes de responsabilité, la Cour de cassation, non seulement approuve la coexistence des régimes de responsabilité du gérant de SARL (I), mais aussi elle renforce l'encadrement des conflits d'intérêts (II).

I. La coexistence des régimes de responsabilité du gérant

La Cour de cassation rappelle que l'article L. 223-19 du code de commerce relatif aux conventions réglementées n'exclut pas l'application de l'article L. 223-22 traitant de la faute de gestion. De ce fait, elle maintient la spécificité des conventions réglementées **(A)** et approuve l'application autonome de la responsabilité pour faute de gestion **(B)**.

A. Le maintien de la spécificité des conventions réglementées

En se fondant notamment sur l'article L. 223-19 du code de commerce, la Cour de cassation affirme que l'approbation d'une convention réglementée n'exonère pas le gérant de sa responsabilité si une faute de gestion est constatée.

En effet, il sied de rappeler que la procédure des conventions réglementées permet l'encadrement des actes du gérant. L'objectif de cette procédure spéciale consiste à éviter un conflit d'intérêt. Celle-ci soumet à contrôle les conventions intervenues, directement ou par personnes interposées, entre la SARL et l'un de ses gérants ou associés ainsi que celles passées par la SARL avec une société dont un associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général, membre du directoire ou membre du conseil de surveillance, est simultanément gérant ou associé de la SARL. Par exemple, un dirigeant pourrait être tenté de faire acquérir par la société qu'il représente un de ses biens à un prix excessif par rapport à sa valeur réelle. Tout comme ici il est reproché au gérant d'avoir conclu et poursuivi de conventions déséquilibrées entre la SARL et une autre société qu'il détient majoritairement ainsi que l'absence de contrepartie pour l'utilisation d'une base de données par ladite société. Soulignons qu'une exception cependant existe : celle prévue par l'article L. 223-20 du code de commerce. C'est dire que les dispositions de l'article L. 223-19 ne sont pas applicables aux conventions portant sur des opérations courantes et conclues à de conditions normales. Ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Pour éviter les conflits d'intérêts, dans le cas où le gérant est associé, comme c'est le cas en l'espèce, celui-ci doit présenter à l'assemblée générale un rapport sur les conventions réglementées. Les associés doivent se prononcer sur ces conventions. Le gérant ou l'associé intéressé ne peut pas prendre part au vote. La sanction en cas de non-respect de la procédure des conventions réglementées n'est pas la nullité de la convention non approuvée. Seules les conséquences préjudiciables sont mises à la

charge de l'intéressé (Cass. com., 28 juin 1988, n°87-11.628, Bull. civ. IV, n°226). Néanmoins, la solution posée ici par la Cour de cassation apporte des limites à ce régime spécial. La ratification par l'assemblée générale des conventions ne purge pas nécessairement la faute de gestion. Elle rejette l'idée que l'article L. 223-19 serait le seul fondement applicable. En l'espèce, le gérant demandeur au pourvoi reprochait à la Cour d'appel d'avoir violé l'article L. 223-19 du code de commerce en le condamnant à payer à la SARL une certaine somme en réparation des conséquences dommageables de la convention conclue entre la SARL et la société qu'il détient majoritairement alors que la conclusion et la poursuite de cette convention et de ses avenants avaient été ratifiées (partiellement) par les assemblées générales ordinaires. Tel n'est pas l'avis de la Cour de cassation qui, approuvant la Cour d'appel, estime que l'approbation d'une convention par l'assemblée générale ne protège pas automatiquement le gérant contre les actions en responsabilité pour faute de gestion.

B. L'application autonome de la responsabilité pour faute de gestion

La Cour de cassation clarifie que la responsabilité du gérant peut être engagée à la fois sur les fondements des conventions réglementées et de la faute de gestion. Le fondement de la faute de gestion est prévu à l'article L. 223-22 du code de commerce.

Une faute de gestion est une erreur commise par le gérant dans l'administration de la société, qui cause un préjudice à celle-ci ou à ses associés. Pour engager la responsabilité du gérant, il faut prouver une faute, c'est-à-dire un acte ou une omission contraire aux lois, statuts ou à l'intérêt social. La mise en cause de la responsabilité du gérant pour faute de gestion ne nécessite pas l'examen de la gestion dans sa globalité, un comportement isolé actif ou passif suffit dès lors qu'il est contraire aux diligences attendues d'un dirigeant et porte atteinte à l'intérêt social. Ainsi, par exemple, constitue une faute de gestion le fait de ne pas consulter les associés lors d'une opération exceptionnelle telle que l'acquisition d'un terrain de 6 millions de francs (CA Paris, 3^e ch., 4 février 2000, n°1998/16213). On comprend que la faute de gestion est toujours appréciée *in concreto* par les juges. En l'espèce, la faute est retenue indépendamment du régime des conventions réglementées. Les juges ont remarqué

diverses fautes de la part du gérant mis en cause : la surfacturation des prestations, la cession sous-évaluée de parts, l'absence de contrepartie pour l'utilisation d'une base de données par une autre société qu'il détient majoritairement. De ces éléments concrets, la Cour de cassation valide la condamnation du gérant par la Cour d'appel malgré la ratification partielle par l'assemblée générale des conventions réglementées. Par cette solution, il est clair que la faute de gestion peut résulter de l'absence de contrepartie équitable, même dans un cadre conventionnel approuvé. Il y a donc rejet de l'exclusivité de l'article L. 223-19 relatif aux conventions réglementées réclamée par le demandeur au pourvoi, au profit d'une application parallèle de l'article L. 223-22 régissant la faute de gestion.

Par cette solution, les juges opèrent une distinction entre les deux notions. Si la procédure des conventions réglementées est un régime spécial pour les conventions entre la SARL et son gérant et/ou associé ayant pour but d'éviter les conflits d'intérêts ou avantages indus au gérant ou associé, la faute de gestion est un régime général de responsabilité du gérant poursuivant pour but la protection de la société contre les abus de pouvoir. Si la procédure des conventions réglementées a comme sanction la mise à charge du gérant, la faute de gestion sanctionne toute faute dans la gestion. Dès lors, la Cour de cassation admet le cumul des deux régimes : une convention peut être à la fois réglementée et constitutive d'une faute de gestion. Cette solution permet un encadrement renforcé des conflits d'intérêts.

II. L'encadrement renforcé des conflits d'intérêts

En confirmant que les associés peuvent agir sur les deux fondements (conventions réglementées irrégulières et faute de gestion), la Cour de cassation intensifie la protection des intérêts de la société **(A)**. Cette protection intensifiée ne peut qu'avoir des impacts ou implications pour la pratique des gérants **(B)**.

A. Une protection intensifiée des intérêts sociaux

La Cour de cassation affirme que « *la possibilité, prévue à l'article L. 223-19, alinéa 4, du code de commerce, de mettre à la charge du gérant les conséquences*

préjudiciables à la société des conventions réglementées non approuvées, n'est pas exclusive de la mise en jeu de sa responsabilité sur le fondement de l'article L. 223-22 du même code, que ces conventions aient ou non été approuvées ».

En affirmant un cumul des voies de droit et en refusant de cantonner la responsabilité au seul article L. 223-19 du code de commerce, la Cour de cassation ne fait que rappeler sa position jurisprudentielle sur le cumul des responsabilités. Les dispositions de l'article L. 223-19 n'excluent pas l'annulation de la convention à la demande de la société ou des associés sur un autre fondement. Il peut, par exemple, s'agir : d'un abus de majorité (Cass. com., 21 janvier 1997, n°94-18. 883, Bull. civ. IV, n°26), de la violation des lois ou principes régissant la validité des contrats (Cass. com., 22 mai 2001, n°98-15.472, Dr. sociétés aout-sept. 2001, comm. 130). Ainsi, la présente solution posée par les hauts magistrats ne peut qu'être approuvée. Elle reste dans cette lignée jurisprudentielle. Pour la Cour de cassation, même si une convention a été approuvée selon la procédure des conventions réglementées, les associés peuvent toujours agir en responsabilité contre le gérant s'ils estiment qu'il a commis une faute de gestion en concluant une convention préjudiciable à l'intérêt social. C'est dire que l'approbation de la convention ne signifie pas qu'elle a été conclue dans l'intérêt de la société. Cependant, même si la Cour de cassation laisse une marge d'appréciation aux juges du fond, soulignons que le flou persiste quand même sur la frontière entre convention réglementée et faute de gestion.

La solution renforce la protection des intérêts de la société contre des décisions de gestion potentiellement dommageables. Elle semble poser une obligation de justification de l'intérêt social en ce qu'il paraît important pour les gérants de pouvoir justifier l'intérêt social des conventions conclues, même avec des parties liées. L'absence d'un intérêt social clair peut être constitutive d'une faute de gestion. Cette solution ne permet pas aux gérants de se soustraire à leur responsabilité pour faute de gestion derrière l'approbation d'une convention réglementée. Autrement dit, elle ouvre une voie d'action supplémentaire pour les associés lorsque l'intérêt social a été lésé par une convention, même approuvée. Est-ce le régime spécial des conventions réglementées est malmené ? Loin de là. La solution posée par la Cour de cassation

incite à une plus grande vigilance quant à la justification de l'intérêt social des actes de gestion. D'où, les implications pour la pratique des gérants.

B. Les implications pour la pratique des gérants

Cette solution influence directement la manière dont les gérants exercent leurs fonctions. Désormais, ils doivent faire preuve de vigilance accrue en apportant systématiquement la preuve que les conventions passées servent l'intérêt social. À défaut, ils risquent d'engager leur responsabilité sur divers fondements. Il leur incombe donc de mettre en place un contrôle rigoureux, ce qui implique de respecter scrupuleusement la procédure des conventions réglementées (établissement d'un rapport spécial, information des associés, approbation en assemblée). Également, ils doivent veiller à ce que chaque convention soit conforme à l'intérêt social, sans quoi ils pourraient être tenus pour responsables pour faute de gestion.

Dans la même optique, l'analyse des faits de l'arrêt sous examen révèle un risque juridique accru lorsque le gérant concerné par une convention réglementée est également associé majoritaire d'une autre société. En l'occurrence, celui-ci détenait 99 % des parts d'une société contractante avec la SARL. Sans surprise, la Cour de cassation, suivant la Cour d'appel, a jugé que le gérant ne pouvait échapper à sa responsabilité par le seul vote favorable des associés. Une convention réglementée, même approuvée, peut engager sa responsabilité pour faute de gestion si elle nuit aux intérêts de la société. Ainsi, un gérant de SARL doit non seulement soumettre à approbation les conventions passées avec lui-même ou ses proches évidemment sur le fondement de l'article L. 223-19 du code de commerce, mais aussi s'assurer d'une contrepartie équitable sous peine d'engager sa responsabilité sur un autre fondement, celui de l'article L. 223-22 du code de commerce. Cette solution s'aligne d'ailleurs avec l'alinéa 5 de l'article L. 223-22, qui dispose qu'aucune décision d'assemblée ne peut supprimer une action en responsabilité contre les gérants. En d'autres termes, l'approbation d'une convention ne constitue pas un blanc-seing pour une gestion fautive, et une action en responsabilité reste possible même avec l'accord des associés. Nous pouvons même relever que la bonne foi du gérant ne suffit pas à l'exonérer si la convention porte préjudice à la société. En pratique, un audit juridique

rigoureux des conventions réglementées et le respect strict des règles de gouvernance sont essentiels pour limiter les risques de litiges.

Par ailleurs, cette solution pourrait-elle s'appliquer aux autres types de sociétés (SAS, SA, etc.), où la frontière entre conventions réglementées et fautes de gestion est moins nette ? Nous estimons qu'elle est effectivement transposable aux différentes formes sociales : dans les SA et les SCA, où les dirigeants peuvent engager leur responsabilité au titre de l'article L. 225-251 du code de commerce ; dans les SAS, où le dirigeant doit respecter les obligations d'intérêt social et de loyauté.