

# LA DISSOCIATION DES FONCTIONS DE PRESIDENT DU CONSEIL D'ADMINISTRATION ET DE DIRECTEUR GENERAL DES SOCIETES ANONYMES SELON LA LOI RELATIVE AUX NOUVELLES REGULATIONS ECONOMIQUES<sup>1</sup>

**Pierre-Henri CONAC**

Maître de conférences à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

<b>Introduction .....</b>	<b>2</b>
<b>I - Une réforme suscitée par les thèses du gouvernement d'entreprise .....</b>	<b>4</b>
A - Un retour à la situation d'avant 1940 .....	4
1°) La loi du 24 juillet 1867 autorisait la dissociation des fonctions .....	4
2°) La crise des années trente et la suppression de la dissociation des fonctions sous le gouvernement de Vichy .....	5
B - La dissociation des fonctions pourrait permettre d'améliorer le gouvernement d'entreprise .....	8
1°) L'amélioration du contrôle des dirigeants dans les sociétés à conseil d'administration	8
2°) L'inadaptation de la formule dualiste .....	9
<b>II - Une réforme imparfaite au regard des thèses du gouvernement d'entreprise.....</b>	<b>11</b>
A - Le régime des directeurs généraux.....	11
1°) Le régime applicable au directeur général .....	11
2°) Le régime applicable aux directeurs généraux délégués .....	19
B - Le régime des autres organes de la société anonyme.....	21
1°) L'assemblée générale extraordinaire des actionnaires.....	21
2°) Le conseil d'administration et le président du conseil d'administration.....	26
<b>Conclusion.....</b>	<b>33</b>

---

1 Cet article reprend et actualise un précédent article intitulé « La dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général des sociétés anonymes par le projet de loi sur les Nouvelles Régulations Economiques (NRE) » du 23 janvier 2001, *Droit 21*, 2001, ER 005.

## INTRODUCTION

1. – Alors que le législateur est parfois exposé à la tentation de la table rase<sup>1</sup>, il est rassurant de constater qu'il peut encore aller puiser son inspiration dans les racines de notre droit. C'est le cas avec la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE)<sup>2</sup> qui vient créer un nouveau mode d'organisation de la société anonyme dans lequel les fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général sont dissociées.

Un événement de cette importance en matière de direction des sociétés anonymes ne s'était pas produit depuis la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales<sup>3</sup>. Celle-ci avait créé un modèle de direction dualiste, d'inspiration allemande, où la direction de la société anonyme était confiée à un directoire placé sous le contrôle d'un conseil de surveillance composé de représentants des actionnaires. Cette innovation de la loi de 1966 n'avait cependant pas rencontré un grand succès auprès des sociétés cotées en bourse. En effet, celles-ci ont majoritairement conservé le modèle classique où la direction est assurée par un conseil d'administration avec à sa tête un président qui assure la gestion quotidienne et représente la société à l'égard des tiers. C'est le mode de direction qui s'est imposé en France, d'abord avec la grande loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés, qui confiait le pouvoir dans la société anonyme à des administrateurs, puis avec celle du 16 novembre 1940 qui a créé le conseil d'administration et a confié à son président la direction générale de la société.

2. - La loi relative aux nouvelles régulations économiques vient donc bouleverser la quiétude de ce paysage institutionnel. En effet, au sein d'un flot de dispositions qui ont déjà suscité de nombreux commentaires<sup>4</sup>, des numéros spéciaux<sup>5</sup>, et un ouvrage<sup>6</sup>, elle autorise la dissociation, jusqu'ici impossible, des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général d'une société anonyme<sup>7</sup>. Dans les sociétés qui appliqueront cette nouvelle modalité d'organisation de la direction générale, que le législateur a finalement refusé d'imposer autoritairement, le président du conseil d'administration n'exercera plus que des fonctions limitées à la présidence du conseil d'administration et des assemblées ainsi qu'au contrôle du

---

<sup>1</sup> Voir par exemple le processus de codification, qui a entraîné l'abrogation de nombreuses lois et qui devrait toucher le Code civil lui-même ou, plus spécifiquement, le projet de fusion de la Commission des opérations de bourse et du Conseil des marchés financiers au sein d'une nouvelle Autorité des marchés financiers.

<sup>2</sup> Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JO*, 16 mai 2001, p. 7776.

<sup>3</sup> La loi du 24 juillet 1966 a été abrogée, à l'exception de quelques articles, et réintégrée dans le nouveau Code de commerce.

<sup>4</sup> D. Bureau, « La loi relative aux nouvelles régulations économiques » : *Bull. Joly*, juin 2001, p. 553, §149; A. Couret, « La loi sur les nouvelles régulations économiques. La régulation du pouvoir dans l'entreprise » : *JCP*, éd. E, 18 octobre 2001, n°42, p. 1660 ; J.-J. Daigre, « Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques » : *JCP*, éd. E, 14 juin 2001, n°24, p. 965 s. ; P. Marini, « La loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques : un texte qui reste à parfaire » : *Petites Affiches*, 4 octobre 2001, n°198, p. 4 ; F.-J. Pansier et C. Charbonneau, « La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques » : *Petites Affiches*, n°s 100 à 105, 2001.

<sup>5</sup> *Bull. Joly*, juillet 2001, n°7 ; *Lamy Droit des affaires*, supplément au n°40, juillet 2001, *Droit des sociétés*, août-septembre 2001, n°8-9.

<sup>6</sup> A. Viandier, « Sociétés et loi NRE », Ed. Francis Lefebvre, 2001.

<sup>7</sup> Pour une approche critique de la dissociation des fonctions, v. Ph. Merle, « Faut-il vraiment créer un troisième type de direction des sociétés anonymes en France ? » : *Bull. Joly*, 2000, p. 473, § 99.

chef d'entreprise qui prendra le titre de directeur général. En fait, il s'agit d'une restauration plutôt que d'une innovation, car de 1867 à 1940 la dissociation a constitué en France le régime de droit commun.

3. - Le retour au régime existant avant 1940 ne constitue pas à proprement parler une surprise. En effet, il reflète l'influence grandissante des thèses d'origine anglo-américaine<sup>1</sup> du gouvernement d'entreprise qui vont dans le sens d'une plus grande responsabilisation des dirigeants des sociétés anonymes cotées et d'un rééquilibrage des pouvoirs entre dirigeants et actionnaires, au profit de ces derniers<sup>2</sup>. Ceci implique notamment une séparation plus nette entre les actionnaires, représentés au sein du conseil d'administration, et les gestionnaires. Certes, dans le premier rapport Viénot de juillet 1995 ne figurait pas de proposition relative à la dissociation des fonctions<sup>3</sup>. Cependant, le rapport Marini de 1996 sur le droit des sociétés l'évoquait déjà<sup>4</sup>. Puis, petit à petit, l'idée a fait son chemin. Elle est tout d'abord réapparue dans une étude réalisée par Jean Peyrelevade pour la fondation Saint-Simon sur le gouvernement d'entreprise<sup>5</sup>. Puis, elle a été intégrée dans le deuxième rapport Viénot de 1999<sup>6</sup>. De ce fait, son intégration dans la loi NRE ne saurait surprendre. La filiation avec le gouvernement d'entreprise est très nette et la réforme figure d'ailleurs dans un chapitre de la loi NRE intitulé : « Equilibre des pouvoirs et fonctionnement des organes dirigeants ». On peut toutefois s'étonner que l'option entre le cumul et la dissociation des fonctions soit offerte à toutes les sociétés anonymes alors qu'en fait les thèmes du gouvernement d'entreprise ne concernent que les sociétés cotées. Il aurait été sans doute préférable de n'offrir le choix de la dissociation des fonctions qu'aux seules sociétés cotées en bourse, mais le législateur n'a sans doute pas voulu porter atteinte au principe de l'unité du droit des sociétés<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Pour les Etats-Unis, v. American Law Institute, *Principles of Corporate Governance : analysis and recommendations*, 1994. Pour le Royaume-Uni, v. Rapport Cadbury, *Code of best practices*, Bull. Joly Bourse, mai-juin 1993, p. 325, § 70.

<sup>2</sup> Sur le gouvernement d'entreprise, v. notamment Ph. Bissara, « Les véritables enjeux du débat sur le gouvernement d'entreprise » : *Rev. sociétés*, 1998, p. 5 ; A. Couret, « Le gouvernement d'entreprise. La Corporate Governance » : *D.*, 1995, Chron. p. 163 ; N. Dion, « Corporate governance et sociétés françaises » : *Dr. Sociétés*, n°8, juillet-août 1995 ; D. Hurstel et T. Bieder, « Est-il nécessaire de réformer le droit des sociétés au nom de la « corporate governance » ? » : *Rev. sociétés*, 1995, p. 633 ; P. Le Cannu, « Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions » : *Bull. Joly*, 1995, p. 637, §227 ; Colloque de l'ADANA, « Vers un nouvel équilibre des pouvoirs dans les sociétés cotées ? » : *Petites Affiches*, n°116, 27 sept. 1995 ; M.-C. Piniot, « La Corporate Governance à l'épreuve de la jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de cassation » : in *Mélanges AEDBF-France*, Banque éd., 1999, p. 369 ; A. Tunc, « Le gouvernement des sociétés » : *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1994, p. 59.

<sup>3</sup> Rapport du groupe de travail CNPF-AFEP, *Le conseil d'administration des sociétés cotées*, juillet 1995.

<sup>4</sup> Le rapport Marini, du nom de son auteur, proposait la dissociation facultative des fonctions sur décision de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires. Rapport au Premier Ministre, *La modernisation du droit des sociétés*, La Documentation française, 1996, pp. 35-36 et p. 42.

<sup>5</sup> Jean Peyrelevade, *Le Gouvernement d'entreprise ou Les fondements incertains d'un nouveau pouvoir*, Economica, février 1999.

<sup>6</sup> AFEP-MEDEF, *Rapport du comité sur le gouvernement d'entreprise présidé par M. Marc Viénot*, juillet 1999, p. 6 s.

<sup>7</sup> Sur l'importance de l'influence du droit boursier sur le droit des sociétés, v. A. Piétrancosta, *Le droit des sociétés sous l'effet des impératifs financiers et boursiers*, Thèse Paris 1, sur CD-ROM, éd. Transactive 1999. Thèse également consultable sur le site internet [www.droit21.com](http://www.droit21.com).

4. – La dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général constitue sans aucun doute « l'un des aspects majeurs de la réforme entreprise »<sup>1</sup>. C'est une réforme qui était attendue mais qui n'en a pas moins donné lieu à un certain nombre de débats entre l'Assemblée nationale et le Sénat ce qui témoigne de l'intérêt des parlementaires pour ce sujet. Mais c'est aussi une réforme ambiguë car tout en s'effectuant au nom des thèses du gouvernement d'entreprise (I), elle ne leur y est qu'imparfaitement fidèle (II).

## **I - UNE REFORME SUSCITEE PAR LES THESES DU GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE**

5. - Pour l'observateur qui se situerait dans une perspective historique, la dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général constitue une restauration qui a quelque chose de paradoxal. En effet, le choix de la concentration des pouvoirs entre les mains du P-DG avait eu justement pour but de renforcer la responsabilité des dirigeants de sociétés anonymes et de mettre fin à certaines dérives. Le retour à la situation d'avant 1940 (A) est cependant conforme aux thèses du gouvernement d'entreprise et présente certains avantages (B).

### **A - Un retour à la situation d'avant 1940**

6. - La séparation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général a constitué le droit commun en France de 1867 jusqu'à sa suppression en 1940 par le gouvernement de Vichy.

#### **1°) La loi du 24 juillet 1867 autorisait la dissociation des fonctions**

7. - A l'origine, la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés, inspirée par le modèle anglais, avait prévu la dissociation des fonctions. L'une des idées principales de la loi de 1867 était déjà d'établir une séparation entre les actionnaires, représentés par le conseil d'administration, et les gestionnaires. Les premiers devaient contrôler la gestion qui serait assurée par les seconds.

##### **a) Le conseil d'administration**

8. - A vrai dire, la loi de 1867 n'avait fait qu'ouvrir une piste. En effet, elle n'avait pas institué un conseil d'administration mais elle évoquait l'existence de mandataires « à temps » pris parmi les associés<sup>2</sup>. Elle leur fixait comme tâche d'administrer la société, si bien que lorsque ces mandataires étaient suffisamment nombreux, les statuts les ont rapidement désignés sous le nom d'administrateurs et les ont organisés au sein d'un conseil d'administration. Ainsi, l'existence des administrateurs, du conseil d'administration et de son président n'était pas prévue par la loi de 1867 mais a résulté de la pratique.

---

<sup>1</sup> D. Bureau, *art. cit.*, n°22, p. 564.

<sup>2</sup> Art. 22 alinéa premier de la loi du 24 juillet 1867 : « Les sociétés anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires à temps, révocables, salariés ou gratuits, pris parmi les associés... ».

### b) La direction

9. - Comme le conseil d'administration ne pouvait pas se réunir en permanence pour prendre les décisions nécessaires à la bonne marche des affaires de la société, la gestion était déléguée à une ou parfois plusieurs personnes révocables *ad nutum*. Lorsque cette personne n'était pas membre du conseil d'administration, elle était qualifiée par la pratique de directeur général. Lorsqu'elle en était membre, elle prenait le titre d'administrateur délégué<sup>1</sup>, titre qui est d'ailleurs toujours utilisé de nos jours en Belgique, au Luxembourg et en Suisse. Ce titre d'administrateur délégué était également issu de la pratique puisque la loi de 1867 désignait le chef d'entreprise sous le nom de directeur<sup>2</sup>.

La loi de 1867 n'interdisait pas à une personne de cumuler les fonctions d'administrateur délégué et de président du conseil d'administration mais le cumul était très rare en pratique<sup>3</sup>. Le président du conseil d'administration n'avait donc qu'un rôle essentiellement honorifique et protocolaire.

### **2°) La crise des années trente et la suppression de la dissociation des fonctions sous le gouvernement de Vichy**

10. - Le système de direction des sociétés anonymes mis en place par la loi de 1867 a cependant mal supporté la crise des années trente et les faillites et scandales qui l'accompagnèrent. Ceci conduisit à la suppression de la dissociation des fonctions sous le gouvernement de Vichy.

### a) La crise des années trente

11. - La période des années trente fut marquée par des scandales, notamment financiers, qui accréditèrent l'idée qu'une réforme était nécessaire. Laissons un auteur ancien parler : « L'on a pu assister pendant 15 ans (de 1919 à 1935) à cette série de scandales financiers dont la poursuite a décelé les agissements d'administrateurs incorrects ayant commis au détriment de la collectivité dont ils avaient charge, des abus de confiance, des escroqueries, des délits d'émission, de négociation, de majorité factice, de distribution de dividendes fictifs destinés à placer du papier sans valeur ... »<sup>4</sup>. Un autre auteur évoque la naïveté et le manque de sérieux de certains administrateurs de l'époque : « Pour se donner des apparences de sécurité financière, les sociétés font appel à des personnalités très en vue qui souvent se contentent de donner leur nom, tout en touchant de sérieux tantièmes »<sup>5</sup>. Les tribunaux et le législateur, à

<sup>1</sup> Le terme d'administrateur délégué mettait en valeur le fait que ce dernier ne tirait ses pouvoirs que d'une délégation de pouvoirs accordée par le conseil d'administration.

<sup>2</sup> Art. 22 alinéa 2 de la loi de 1867 : « Ces mandataires peuvent choisir parmi eux un directeur, ou si les statuts le permettent, se substituer un mandataire étranger à la société et dont ils sont responsables envers elle ».

<sup>3</sup> « ...sauf dans quelques rares sociétés pourvues d'un Président-délégué, le rôle du président était des plus restreints... ». Paul Pic, « Des responsabilités et déchéances encourues, ou susceptibles de l'être, sous l'empire de la loi du 16 novembre 1940, tant par le président d'une société anonyme que par les autres administrateurs, en cas de faillite ou de liquidation judiciaire de la société » : *JCP*, 1940, étude 210, n°8.

<sup>4</sup> A. Dolbeau, « L'évolution du droit des sociétés depuis la guerre » : *Rev. sociétés*, novembre 1938, p. 349.

<sup>5</sup> J. Moliérac, La révision de la loi sur les sociétés par actions : *Rev. sociétés*, mars-mai 1933, p. 65.

plusieurs reprises, réagirent en frappant plus sévèrement les administrateurs. Mais, ces derniers étaient-ils les véritables coupables ? N'étaient-ce pas plutôt l'administrateur délégué ou le directeur général sur lesquels les administrateurs et leur président n'avaient simplement pas exercé un contrôle suffisant ? A la fin de la III<sup>e</sup> République, certains auteurs proposèrent donc de mettre le conseil d'administration en mesure de contrôler véritablement l'administrateur délégué. Leur proposition prévoyait d'imposer d'une part une séparation des fonctions de président du conseil d'administration et d'administrateur délégué et d'autre part la désignation d'un administrateur pour contrôler de manière permanente la gestion de ce dernier<sup>1</sup>.

*b) L'institution du président-directeur général par le gouvernement de Vichy*

12.- Le gouvernement de Vichy choisit une voie différente que celle du renforcement du contrôle du conseil d'administration sur le dirigeant: celle de la recherche d'un responsable. Par une loi du 18 septembre 1940<sup>2</sup>, il se tourna contre le président du conseil d'administration et renforça de manière draconienne sa responsabilité pénale et pécuniaire. Les termes en étaient d'ailleurs tellement rigoureux qu'il fallut bientôt les adoucir<sup>3</sup>. Ce fut fait par la loi du 16 novembre 1940<sup>4</sup> qui remplaçait celle du 18 septembre tout en reprenant, en plus détaillé, les règles qui y figuraient. Ainsi, la loi du 18 novembre 1940, comme celle de septembre, prévoyait la concentration des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général entre les mains d'une seule personne qui prenait le titre de président-directeur général (P-DG)<sup>5</sup>. Par ailleurs, elle interdisait de confier des fonctions de direction générale à tout autre membre du conseil d'administration<sup>6</sup> ce qui rendait impossible le rétablissement d'un administrateur délégué<sup>7</sup>. Cependant, la dissociation des fonctions n'était pas totalement écartée. En effet, la loi de 1940 admettait que le président du conseil d'administration puisse déléguer l'ensemble de sa fonction de directeur général à un tiers étranger au conseil d'administration dont il devait alors répondre personnellement<sup>8</sup>. Une loi

<sup>1</sup> J. Moliérac, « Les modifications à apporter à la législation actuelle dans le régime des Conseils d'Administration » : *Rev. sociétés*, février 1939, p. 65.

<sup>2</sup> Demontès, « La loi du 18 septembre 1940 » : *Sem. Jur.*, 23 nov. 1940 ; ANSA, *Commentaire de la loi du 18 septembre 1940*, 1940.

<sup>3</sup> La loi du 18 septembre 1940 avait institué une présomption irréfragable de faute frappant le président du conseil d'administration. Mais, devant l'opposition que cette mesure radicale avait soulevée, le gouvernement de Vichy dut par la loi du 16 novembre 1940 permettre à ce dernier d'échapper à la déchéance et à la responsabilité pécuniaire en faisant la preuve de son absence de faute.

<sup>4</sup> Demontès, « La loi du 16 novembre 1940 sur les sociétés anonymes » : *Sem. Jur.*, 21 déc. 1940 ; Esmein, *Gaz. Pal.*, 19 déc. 1940 ; J. Michel, *Gaz. Pal.*, 13 nov. et 7 déc. 1940.

<sup>5</sup> Art. 2 al. premier L. 16 nov. 1940 : « Le président du conseil d'administration remplit les fonctions de directeur général ou, ou à défaut, le directeur général exerce ces fonctions pour le compte et sous la responsabilité personnelle du président du conseil d'administration ».

<sup>6</sup> Art. 2 al. 2 L. 16 nov. 1940 : « Aucun autre membre du conseil d'administration ne peut être investi de fonctions de direction dans la société ».

<sup>7</sup> Un administrateur pouvait néanmoins bénéficier, pour une durée limitée, d'une délégation en cas d'impossibilité pour le président du conseil d'administration d'exercer ses fonctions. C'était rétablir, dans une circonstance particulière, le poste d'administrateur délégué. La loi du 4 mars 1943 vint assouplir ce régime en prévoyant que cette délégation pouvait désormais intervenir en cas de simple empêchement du président.

<sup>8</sup> Art. 2 L. 16 nov. 1940.

du 4 mars 1943<sup>1</sup> mit fin à cette possibilité de délégation<sup>2</sup> mais autorisa la nomination d'un directeur général adjoint chargé simplement d'assister le président-directeur général<sup>3</sup>.

La réforme mettait ainsi fin au risque de dilution des responsabilités entre le président du conseil d'administration et le dirigeant en désignant clairement un seul responsable. De plus, le renforcement de la responsabilité pénale et pécuniaire du président du conseil d'administration devenait plus acceptable puisque, sous un nouveau nom, il était désormais placé à la tête de la société anonyme. Ainsi, le P-DG était déclaré commerçant pour l'application de la loi de 1940 de telle sorte qu'il pouvait éventuellement, en cas de faillite de la société, être soumis aux déchéances et aux lourdes responsabilités pécuniaires attachées aux faillis (ex. : combler une partie ou la totalité du passif en cas de faute de gestion)<sup>4</sup>. Pour que cette menace fût véritablement dissuasive, la loi de 1943 imposait que le P-DG fût une personne physique, afin que le véritable dirigeant ne s'abritât pas derrière le voile d'une personnalité morale.

Le titre de P-DG, qui est apparu à cette époque, a dès lors connu un grand succès et bien que la loi du 24 juillet 1966 lui ait substitué celui de président du conseil d'administration, il a continué à être utilisé en pratique. Pour autant, le terme d'administrateur délégué n'a pas totalement disparu. Le Code de commerce attribue en effet ce titre à l'administrateur désigné par le conseil d'administration pour remplacer le président en cas de décès ou d'empêchement de celui-ci<sup>5</sup>.

13. - Le retour à la situation d'avant 1940 peut donc sembler paradoxal puisque la concentration des pouvoirs opérée par le P-DG répondait justement au souci de renforcer la responsabilité des dirigeants, ce qui est un objectif du gouvernement d'entreprise. Elle présente cependant un certain intérêt.

---

<sup>1</sup> D. Bastian, « La réforme du droit des sociétés par la loi du 4 mars 1943 » : *JCP*, 1940, étude 348.

<sup>2</sup> Art. 2 L. 16 nov. 1940 modifiée L. 4 mars 1943 : « Le président du conseil d'administration assure, sous sa responsabilité, la direction générale de la société ;... ».

<sup>3</sup> Ce directeur général adjoint, administrateur ou non, était comme son nom l'indique subordonné au président-directeur général.

<sup>4</sup> Paul Pic, *art. précit.*

<sup>5</sup> Art. L. 225-50 du C. com. : « En cas d'empêchement temporaire ou de décès du président, le conseil d'administration peut déléguer un administrateur dans les fonctions de président. En cas d'empêchement temporaire, cette délégation est donnée pour une durée limitée. Elle est renouvelable. En cas de décès, elle vaut jusqu'à l'élection du nouveau président ».

## **B - La dissociation des fonctions pourrait permettre d'améliorer le gouvernement d'entreprise**

14. - La dissociation des fonctions pourrait contribuer à une amélioration du gouvernement d'entreprise tant en raison de ses avantages propres que par comparaison avec la structure dualiste à directoire et conseil de surveillance.

### **1°) L'amélioration du contrôle des dirigeants dans les sociétés à conseil d'administration**

15. - La dissociation des fonctions présente certains avantages qui sont d'autant plus intéressants que les risques de dilution des responsabilités ne sont plus aussi importants qu'avant 1940.

#### **a) Les avantages de la dissociation des fonctions**

16. - Les arguments avancés par les partisans de la dissociation des fonctions sont principalement de deux ordres.

Tout d'abord, la France serait l'un des seuls pays à pratiquer la concentration des pouvoirs. Cet argument tiré de l'utilité d'un alignement sur ce qui se pratique à l'étranger, plus particulièrement en Grande-Bretagne et dans une moindre mesure aux Etats-Unis, n'a guère de valeur en soi. Chaque pays peut avoir son propre modèle juridique qui correspond à ses traditions et à sa mentalité<sup>1</sup>. Cependant, il est vrai que dans un monde de plus en plus internationalisé, le fait pour un pays de se singulariser peut susciter des interrogations auprès des investisseurs étrangers.

Ensuite, et cet argument a plus de poids, la dissociation des fonctions devrait assurer un meilleur équilibre des pouvoirs entre d'une part le conseil d'administration doté d'un président chargé du contrôle permanent de la gestion, et d'autre part le directeur général, véritable chef d'entreprise qui serait davantage placé en position de subordination par rapport aux représentants des actionnaires. En fait, les promoteurs du projet espèrent que le président du conseil d'administration, dont la personnalité devra être un critère déterminant de choix, pourra faire contrepoids au directeur général. Cet argument a plus de valeur car l'affaiblissement de la position statutaire du chef d'entreprise à l'égard du conseil d'administration pourrait effectivement se traduire par un renforcement significatif du rôle de ce dernier.

#### **b) La limitation des risques de la dissociation des fonctions**

17. - Par ailleurs, les risques liés à la dissociation des fonctions ne sont sans doute plus aussi importants aujourd'hui qu'avant 1940. En effet, à cette période les contrôles et les responsabilités pénales frappant les dirigeants étaient peu développés. Il était donc d'autant plus nécessaire de singulariser un individu pour pouvoir facilement le tenir responsable des éventuelles fautes juridiques ou de gestion. Aujourd'hui, les risques attachés à une « redissociation » des fonctions ne sont plus aussi importants en raison du renforcement des contrôles pesant sur les sociétés anonymes.

---

<sup>1</sup> Pour une comparaison internationale v. J.-P. Bouère, « P-DG ou président *et* directeur général » : *Bull. Joly*, juin 2001, p. 699, §164.

D'une part, la législation commerciale s'est développée dans le sens d'une plus grande rigueur. La loi de 1966, désormais intégrée dans le Code de commerce, fut truffée de dispositions pénales protectrices des actionnaires. De même, certaines incriminations pénales sont devenues d'application « courante ». C'est par exemple le cas de l'abus de biens sociaux. Enfin, le droit des procédures collectives inclut divers dispositifs permettant de sanctionner les dirigeants dans leur patrimoine.

D'autre part, le législateur a renforcé les contrôles indépendants pesant sur toutes les sociétés (ex. : les commissaires aux comptes) et en a créé de nouveaux pour les sociétés cotées (ex. : la Commission des opérations de bourse), celles qui sont plus particulièrement visées par les thèses du gouvernement d'entreprise.

18. - Les risques évoqués par une doctrine éminente d'une dilution des responsabilités<sup>1</sup>, même s'ils existent, doivent donc être relativisés au regard de ce nouveau contexte. De plus, les fonctions, et donc les responsabilités, des différents organes de la société anonyme sont beaucoup plus clairement déterminés qu'avant 1940. Le risque de dilution des responsabilités est donc moins élevé.

L'utilité d'une réforme instituant la dissociation des fonctions peut également se justifier par le fait que les sociétés cotées et surtout les sociétés non cotées n'ont guère choisi la structure dualiste.

## **2°) L'inadaptation de la formule dualiste**

19. - Deux raisons de nature différentes, l'une pratique et l'autre théorique, expliquent que la formule dualiste n'a sans doute été que peu choisie par les sociétés anonymes.

### *a) Un statut de président du directoire moins intéressant que celui de P-DG*

20. - La première raison, d'ordre pratique, est probablement que l'adoption par une société anonyme de la structure à directoire et à conseil de surveillance entraîne une perte significative de pouvoir pour le chef d'entreprise qui occupait précédemment les fonctions de président du conseil d'administration.

En effet, il n'est pas possible d'avoir un directeur général unique dans les sociétés cotées, celles principalement concernées par les débats sur le gouvernement d'entreprise. Cette possibilité est uniquement admise dans les sociétés dont le capital est inférieur à 1 Million de francs (150 000 Euros à partir du 1er janvier 2002)<sup>2</sup>. Or, les sociétés cotées, et plus précisément celles qui font appel public à l'épargne, doivent disposer d'un capital minimum de 1,5 Million de francs (225 000 Euros à partir du 1er janvier 2002)<sup>3</sup>. Une société cotée choisissant la formule dualiste est donc obligée de disposer d'un directoire et ne peut se contenter de nommer un directeur général unique.

Ensuite, le président du directoire, empêché de gouverner seul, ne peut pas concentrer les pouvoirs du directoire entre ses mains pour se placer dans une situation proche de celle du

<sup>1</sup> Y. Guyon, « Faut-il dissocier la présidence du conseil d'administration de la direction générale des sociétés anonymes ? » : *Rev. Lamy dr. Aff.*, avril 1999, p. 3.

<sup>2</sup> Art. L. 225-58 C. com.

président du conseil d'administration. Certes, l'article L. 225-64 du Code de commerce dispose que le directoire délibère et prend ses décisions dans les conditions fixées par les statuts, ce qui laisse éventuellement une certaine liberté dans la répartition du pouvoir et des droits de vote entre les membres du directoire<sup>1</sup>. Cependant, cette liberté ne peut aller jusqu'à favoriser le président du directoire au point de faire perdre au directoire le caractère collégial voulu par la loi.

De ce fait, le choix d'une structure où les fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général sont dissociées pourrait paraître plus attractif aux actuels P-DG que la formule dualiste puisqu'elle entraînera une perte de pouvoir plus limitée. Le directeur général, continuera en effet à assurer seul, sans être soumis à une quelconque collégialité, la gestion quotidienne de la société.

b) Une certaine inadaptation aux thèses du gouvernement d'entreprise

21. - La seconde raison, plus théorique, était que la structure dualiste, dans sa mise en oeuvre d'avant le vote de la loi NRE, ne correspondait pas, par certains aspects, à l'esprit du gouvernement d'entreprise.

En effet, les partisans du gouvernement d'entreprise plaident pour un renforcement des contrôles des actionnaires sur les dirigeants. Or, dans la structure dualiste, la révocation des membres du directoire par les actionnaires ne pouvait intervenir que sur proposition du conseil de surveillance et non pas sur décision *proprio motu* de l'assemblée générale des actionnaires. Ces derniers étaient donc dépossédés dans la formule dualiste d'un pouvoir dont ils réclamaient au contraire le renforcement. Par ailleurs, et cet élément n'est guère conforme à l'esprit du gouvernement d'entreprise, la révocation des membres du directoire doit intervenir pour juste motif. Certes, une révocation peut toujours intervenir en l'absence de juste motif, mais en cas de contestation par le membre révoqué du directoire, la société pourra être condamnée à lui verser des dommages-intérêts. Ceci pourrait donc inhiber les vellétés de révocation des actionnaires.

Ce double « inconvénient » de la structure dualiste conduisait donc à chercher plutôt dans une réforme de la structure classique les moyens d'améliorer le gouvernement d'entreprise. Cependant, par un étrange paradoxe, ces deux raisons qui incitaient le législateur à créer la dissociation des fonctions ont disparu avec le vote de la loi NRE. En effet, cette dernière donne à l'assemblée générale, dans la structure dualiste, le pouvoir de révoquer le directoire *proprio motu*, et dans la structure classique, la révocation du directeur général se fait désormais pour juste motif.

22. - La dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général pourrait donc permettre une amélioration du gouvernement d'entreprise et constituerait une alternative intéressante par rapport à la structure à conseil de surveillance et à directoire. Il convient cependant d'examiner les conditions de mise en oeuvre de cette réforme pour en déterminer la portée et voir si elles sont conformes à l'esprit du gouvernement d'entreprise.

---

<sup>1</sup>Le président du directoire pourrait ainsi bénéficier d'un droit de vote plural.

## **II - UNE REFORME IMPARFAITE AU REGARD DES THESES DU GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE**

23. – La réforme devait évoluer entre deux écueils. D'un côté, il ne fallait pas que le choix de la formule de dissociation des fonctions conduise à donner aux actionnaires la garantie fallacieuse d'une meilleure répartition des pouvoirs et d'un meilleur contrôle des dirigeants. La réforme n'aurait alors servi à rien, si ce n'est à rendre plus complexe le droit des sociétés. D'un autre côté, il ne fallait pas non plus que les actuels dirigeants rejettent cette formule car elle entraînerait pour eux une diminution trop importante de leurs pouvoirs.

Le projet de loi a cherché à promouvoir un équilibre entre ces deux contraintes. Cependant, tant le régime des directeurs généraux (A) que celui des autres organes de la société anonyme (B) présentent des insuffisances par rapport aux exigences du gouvernement d'entreprise.

### **A - Le régime des directeurs généraux**

24. – La loi NRE donne au chef d'entreprise le titre de directeur général. Il se voit doté de pouvoirs similaires à ceux de l'ancien président du conseil d'administration et peut être entouré, comme avant, d'un certain nombre de directeurs généraux qui sont désormais qualifiés de délégués.

#### **1°) Le régime applicable au directeur général**

25. – Le titre de directeur général n'est pas nouveau mais il désignait jusqu'ici les adjoints du chef d'entreprise. Le législateur aurait pu penser à d'autres titres. Le rapport Viénot II et l'ANSA avaient proposé celui de directeur général exécutif. Cette appellation n'était guère satisfaisante grammaticalement car la fonction de direction générale est par définition une fonction exécutive. Le législateur aurait aussi pu penser au titre d'administrateur délégué qui fut porté en France et qui l'est encore par de nombreux chefs d'entreprises à l'étranger<sup>1</sup>. Cependant, le chef d'entreprise n'est plus nécessairement administrateur. De plus, le législateur a semble-t-il craint que ce terme ne soit pas assez prestigieux aux yeux des chefs d'entreprises. Quoi qu'il en soit, le choix du titre de directeur général de société anonyme à conseil d'administration comporte un risque de confusion avec celui de directeur général d'une société anonyme à directoire et conseil de surveillance<sup>2</sup>. Le nom de ce dernier aurait donc du être modifié pour devenir directeur général délégué par souci de clarté. Certes, à l'égard des tiers, les pouvoirs de représentation sont les mêmes, mais il n'est pas du tout indifférent pour ces derniers de savoir s'ils traitent avec le chef d'entreprise ou avec un second. Une réforme législative sur ce point serait donc souhaitable.

---

<sup>1</sup> Le remplaçant du président du conseil d'administration aurait alors pu prendre le titre d'administrateur substitué pour éviter tout risque de confusion.

<sup>2</sup> Un directeur général d'une société à directoire est un membre du directoire qui dispose du pouvoir d'engager la société. Art. L. 225-66 C. com.

La loi détermine les pouvoirs du directeur général ainsi que son statut qui sont proches de ceux de l'ancien président du conseil d'administration. Cependant le régime du directeur général souffre de quelques oublis et même d'imperfections au regard des principes du gouvernement d'entreprise.

a) *Le statut et les pouvoirs du directeur général*

26. – **Le statut.** La loi NRE prévoit que le directeur général est, comme le président du conseil d'administration, nommé par le conseil d'administration<sup>1</sup>. Celui-ci fixe également sa rémunération. Le directeur général n'est donc plus nommé, comme autrefois, sur proposition du président du conseil d'administration ce qui fait que son choix devrait avoir un caractère véritablement collégial. La solution s'inscrit dans la continuité puisque le chef d'entreprise d'autrefois, le président du conseil d'administration, était également nommé par le conseil d'administration. Aucune durée n'est imposée par la loi pour l'exercice des fonctions de directeur général mais le conseil d'administration peut en déterminer une lors de la nomination. Logiquement, c'est le conseil d'administration qui décide de la révocation du directeur général.

Le directeur général n'est pas obligatoirement administrateur, ni même actionnaire. Lorsqu'il est également administrateur se pose la question de savoir si la cessation de ses fonctions d'administrateur entraîne automatiquement celle de son poste de directeur général ? La réponse est négative. Un débat a opposé sur ce sujet le Sénat, qui souhaitait créer un lien entre les deux révocations, et l'Assemblée nationale qui le rejetait. La position de l'Assemblée nationale l'a finalement emportée. Il convient cependant de noter que si le directeur général est révoqué par les actionnaires de son poste d'administrateur, il paraît difficile que le conseil d'administration, qui représente les actionnaires, puisse lui conserver sa confiance. Le directeur général n'aura sans doute gagné qu'un sursis.

La loi prévoit qu'il ne peut y avoir qu'un seul directeur général. Cette solution, qui était et demeure celle applicable au président du conseil d'administration, est logique car il ne peut effectivement y avoir qu'un seul chef d'entreprise, sauf à prendre le risque d'une dilution des responsabilités. De même, le directeur général devra nécessairement être une personne physique<sup>2</sup>, ce qui est aussi le cas des anciens présidents de conseils d'administration et directeurs généraux. Cette solution s'impose également car, bien que le nouveau Code pénal admette dans certains cas la responsabilité pénale des personnes morales, il aurait été imprudent de renoncer à la garantie que représente une responsabilité pénale personnelle des dirigeants.

27. - Du point de vue de la responsabilité, la loi NRE opère quelques ajustements techniques. En ce qui concerne la responsabilité pénale, aucune modification n'était nécessaire puisque le Code de commerce sanctionnait déjà les « directeurs généraux ». Par contre, en matière civile, la loi étend au directeur général les responsabilités qui incombaient auparavant aux seuls administrateurs, y compris le président du conseil d'administration. Le directeur général est désormais, comme les administrateurs, responsable civilement « soit des infractions aux

---

<sup>1</sup> Art. L. 225-51-1 C. com. (Art 106 L. NRE).

<sup>2</sup> Art. L. 225-51-1 C. com. : « La direction générale de la société est assumée ... par une autre personne physique nommée par le conseil d'administration et portant le titre de directeur général ».

dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion »<sup>1</sup>. Il peut également être visé par une action sociale *ut singuli*<sup>2</sup>. Il ne peut pas voir une action en responsabilité civile contre lui éteinte du fait d'un vote favorable des actionnaires<sup>3</sup>. Enfin, le régime de la prescription de l'action en responsabilité civile applicable aux administrateurs lui est également applicable<sup>4</sup>.

28. - En matière de cumul des mandats, la loi NRE fait preuve à l'égard du chef d'entreprise d'une plus grande sévérité que le droit antérieur. En effet, une personne physique ne peut exercer simultanément plus d'un mandat de directeur général alors que le droit antérieur l'autorisait à cumuler deux postes de président du conseil d'administration. De plus, alors que le cumul concernait uniquement des postes au sein de sociétés anonymes ayant leur siège social en France métropolitaine, il inclut désormais toutes les sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire français. Il n'est pas certain que cette sévérité accrue du législateur en matière de cumul, qui n'est d'ailleurs pas limitée au monde des affaires mais semble constituer l'écho de celle qui a touché le monde politique<sup>5</sup>, soit ici bien justifiée. Toutefois, il est prévu, comme autrefois pour le président du conseil d'administration mais de manière désormais plus restrictive<sup>6</sup>, une dérogation en matière de groupes de sociétés. En effet, l'article L. 225-54-1 C. com. alinéa 2 dispose qu' « un deuxième mandat peut être exercé dans une société qui est contrôlée, au sens de l'article L. 233-16, par la société dans laquelle est exercé un mandat au titre du premier alinéa, dès lors que les titres de la société ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé ».

Par ailleurs, la loi prévoit également que, sous réserve de certaines dérogations prévues pour les groupes de sociétés, le directeur général (une personne physique) ne peut exercer simultanément plus de cinq mandats « de directeur général, de membre du directoire, de directeur général unique, d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance de sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire français »<sup>7</sup>. Cette disposition est sévère et ceci d'autant plus que le poste d'administrateur que le directeur général pourrait éventuellement exercer dans la même société doit être comptabilisé comme un mandat<sup>8</sup>. De même, si une personne physique exerce un deuxième mandat de directeur général dans une

---

<sup>1</sup> Art. L. 225-251 C. com.

<sup>2</sup> Art. L. 225-252 C. com.

<sup>3</sup> Art. L. 225-253 C. com.

<sup>4</sup> Art. L. 225-254 C. com.

<sup>5</sup> Loi n°2000-95 du 5 avril 2000 relative à la limitation du cumul des mandats électoraux et des fonctions et à leurs conditions d'exercice, *JO* n°82 du 6 Avril 2000, page 5239.

<sup>6</sup> La dérogation accordée aujourd'hui au directeur général est moins libérale que celle dont bénéficiait le président du conseil d'administration puisque celui-ci pouvait exercer en plus de ses deux mandats de président, cinq mandats supplémentaires au sein de filiales, soit un total de sept mandats de président. Aujourd'hui, le directeur général ne peut exercer qu'un mandat supplémentaire de directeur général au sein d'une filiale non cotée, soit un total de deux mandats.

<sup>7</sup> Art. L. 225-94-1 C. com. (Art. 110 6° L. NRE).

<sup>8</sup> Bulletin ANSA, juillet 2001, n°3074.

filiale non cotée, ce dernier poste doit également être pris en compte dans le plafond de cinq mandats<sup>1</sup>.

29. – **Les pouvoirs.** Enfin, le directeur général hérite des pouvoirs de gestion et de représentation de l'ancien président du conseil d'administration. Selon l'article L. 225-56 C. com., il est « investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société » et « représente la société dans ses rapports avec les tiers ». Cette solution s'impose tant par souci d'efficacité que pour rendre le statut de directeur général attractif pour les actuels présidents du conseil d'administration. Le directeur général dispose également du pouvoir de faire convoquer le conseil d'administration<sup>2</sup>. Cette disposition, ajoutée par l'Assemblée nationale, est nécessaire car elle permettra au conseil d'administration de trancher, à la demande du directeur général, un éventuel conflit que ce dernier aurait avec le président. De plus, elle permettra au directeur général de soumettre rapidement au conseil d'administration l'approbation d'une décision importante (ex. : lancement d'une offre publique d'achat, cession d'une filiale).

#### *b) Les lacunes*

30. - La loi NRE a cependant oublié de traiter trois points importants qui sont relatifs aux pouvoirs du directeur général, à son remplacement temporaire, et aux avals, cautions et garanties.

31. - **Les émissions d'instruments financiers.** En premier lieu, le législateur a oublié de modifier l'article L. 225-129-V du Code de commerce pour transférer, dans les sociétés cotées, du président du conseil d'administration au directeur général le droit de bénéficier d'une délégation du conseil d'administration pour réaliser une augmentation de capital. Or, ce pouvoir lui revient de droit puisqu'il est le nouveau chef d'entreprise. Cet oubli devrait être corrigé par le législateur. Malheureusement, le récent projet de loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier (DDOEF)<sup>3</sup> qui réforme le régime de l'émission des titres de capital et de créances, est loin d'apporter une réponse satisfaisante à ce problème. En effet, il prévoit que, dans les sociétés cotées, « le conseil d'administration ou le directoire peut déléguer au président, à l'un de ses membres ou, en accord avec le président et dans les limites qu'il aura préalablement fixées, à un ou plusieurs directeurs généraux, les pouvoirs

---

<sup>1</sup> L'article L. 225-94-1 al. 2 C. com. qui prévoit un plafond global de cumul ne prévoit, au sein des groupes, une dérogation que pour les mandats d'administrateurs ou de membre de conseil de surveillance mais pas pour un mandat de directeur général.

Art. L. 225-94-1 al. 2 C. com. : « Par dérogation aux dispositions ci-dessus, ne sont pas pris en compte les mandats d'administrateur ou de membre de conseil de surveillance dans les sociétés qui sont contrôlées, au sens de l'article L. 233-16, par la société dans laquelle est exercé un mandat au titre du premier alinéa, dès lors que les titres des sociétés contrôlées ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé ».

<sup>2</sup> Art. L. 225-36-1 C. com. : « Le directeur général peut également demander au président de convoquer le conseil d'administration sur un ordre du jour déterminé. Le président est lié par les demandes qui lui sont adressées en vertu des deux alinéas précédents ».

<sup>3</sup> Projet de loi portant Diverses dispositions d'ordre économique et financier, déposé au Sénat le 30 mai 2001 et disponible sur le site internet du Sénat : [www.senat.fr/dossierleg/pjl00-346.html](http://www.senat.fr/dossierleg/pjl00-346.html). Ce projet ne doit pas être confondu avec le projet de loi portant « mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier » (MURCEF), qui a été rebaptisé « Projet de loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier » lors de son examen en nouvelle lecture par le Sénat, le 10 octobre 2001.

nécessaires à la réalisation de l'émission, ainsi que celui d'y surseoir »<sup>1</sup>. Ainsi, le texte ne fait pas du directeur général, mais toujours du président du conseil, le principal bénéficiaire de la délégation donnée par le conseil d'administration. Il serait donc souhaitable de modifier le texte en permettant une délégation non pas au président du conseil d'administration mais au directeur général, et en accord avec ce dernier, à un ou plusieurs directeurs généraux délégués.

De même, en ce qui concerne l'émission d'obligations, la loi NRE a oublié de transférer au directeur général les pouvoirs accordés au président du conseil d'administration. Ici, l'omission est réparable sans avoir à modifier la loi. En effet, l'article L. 228-41 du Code de commerce dispose que le conseil d'administration peut « déléguer à son président ou à toute personne de son choix, membre du conseil d'administration ou du directoire, les pouvoirs ... » nécessaires pour procéder à l'émission d'obligations. Le conseil d'administration peut donc déléguer ces pouvoirs au directeur général dès lors que ce dernier est également administrateur. Cependant, ce ne sera pas toujours le cas.

L'article 29-XXII projet de loi DDOEF, qui supprime la compétence de l'assemblée générale ordinaire et la donne au conseil d'administration répare cet oubli<sup>2</sup>. En effet, il prévoit la possibilité d'une délégation du conseil d'administration ou du directoire « à son directeur général ». L'article ajoute ensuite que le conseil d'administration peut également, en accord avec le directeur général, déléguer ce pouvoir « à un ou plusieurs directeurs généraux ». Cette possibilité de délégation ne semble apparemment pas viser les directeurs généraux délégués. Toutefois, le texte précise juste après que « Le directeur général ou le directeur général délégué rend compte au conseil d'administration ou au directoire dans les conditions prévues par ce dernier ». Il faut donc sans doute comprendre que l'expression « à un ou plusieurs directeurs généraux » vise aussi les directeurs généraux délégués. Cette rédaction devrait être améliorée car elle manque singulièrement de clarté. Le législateur devrait également éviter d'utiliser le terme de directeur général lorsqu'il vise en réalité le directeur général délégué. Par ailleurs, la rédaction est incomplète car elle n'évoque pas parmi les bénéficiaires d'une délégation le président du directoire, sauf à assimiler ce dernier au « directeur général ».

**32. – La vacance du directeur général.** En second lieu, la loi a oublié de prévoir le régime de substitution temporaire applicable en cas de vacance temporaire ou définitive du directeur général, situation qui est pourtant réglée en cas de vacance du président du conseil d'administration<sup>3</sup>. Or, le régime applicable dans ce dernier cas ne peut être étendu au directeur

---

<sup>1</sup> Art. 29-III du projet de loi DDOEF modifiant l'art. L. 225-129 C. com.

« ... V. - Dans les sociétés anonymes dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, le conseil d'administration ou le directoire peut déléguer au président, à l'un de ses membres ou, en accord avec le président et dans les limites qu'il aura préalablement fixées, à un ou plusieurs directeurs généraux, les pouvoirs nécessaires à la réalisation de l'émission, ainsi que celui d'y surseoir... ».

<sup>2</sup> Art. 29-XXII du projet de loi DDOEF :

« L'article L. 228-40 du même code est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. L. 228-40. - Le conseil d'administration, le directoire, le ou les gérants ont seuls qualité pour décider ou autoriser l'émission d'obligations.

« Le conseil d'administration ou le directoire peut déléguer à son directeur général ou, en accord avec ce dernier, à un ou plusieurs directeurs généraux, les pouvoirs nécessaires pour réaliser au cours de l'exercice, en une ou plusieurs fois, l'émission d'obligations et en arrêter les modalités. Le directeur général ou le directeur général délégué rend compte au conseil d'administration ou au directoire dans les conditions prévues par ce dernier. »

<sup>3</sup> Art. L. 225-50 C. com.

général<sup>1</sup>. Cet oubli est regrettable car il peut entraîner un flottement dans la direction de la société.

Il est toutefois possible aux statuts de suppléer au silence de la loi en organisant eux-mêmes le régime applicable en cas de vacance<sup>2</sup>. En effet, il est possible de créer un organe dont l'existence n'est pas prévue par la loi<sup>3</sup> à la condition que cet organe facultatif ne se substitue pas à un organe existant<sup>4</sup>. Ce ne serait pas le cas ici puisque, d'une part la loi n'organise pas le régime de la substitution temporaire du directeur général et d'autre part, il ne s'agirait que de pourvoir au remplacement temporaire du directeur général et non d'organiser un régime alternatif permanent. Les statuts pourraient donc prévoir qu'en cas d'empêchement, le conseil d'administration peut déléguer un administrateur ou un directeur général délégué dans les fonctions de directeur général. Pour éviter tout risque de confusion avec les organes établis par la loi, ce remplaçant pourrait prendre le nom de directeur général *pro tempore*, substitué ou, moins élégant, par intérim.

En cas de vacance du directeur général et dans le silence des statuts, le conseil d'administration pourrait également confier à son président la direction générale. Cette solution de continuité reviendrait à rétablir temporairement le cumul des fonctions.

**33. - Cautions, avals et garanties.** En application de l'article L. 225-35 du Code de commerce, qui est resté inchangé sur ce point, « les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers doivent faire l'objet d'une autorisation du conseil (d'administration) dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat ». Or, l'article 89 du décret du 23 mars 1967 continue de prévoir la possibilité, très utilisée en pratique, pour le conseil d'administration d'autoriser le président à donner des « cautions, avals et garanties au nom de la société ». L'absence de modification du décret de 1967 pose ici un problème. En effet, la loi prévoit désormais que c'est le directeur général qui représente la société et non pas le président. Certes, en cas de cumul des fonctions, cela ne pose pas problème car le président-directeur général représente alors la société. Il peut donc bénéficier de l'autorisation et engager la société. Par contre, en cas de dissociation, le pouvoir reconnu au président, par un simple décret, d'agir « au nom de la société » ne semble plus conforme à la lettre de la loi et en tout cas à son esprit. Il convient donc de modifier l'article 89 du décret du 23 mars 1967 pour faire du directeur général le bénéficiaire d'une autorisation du conseil d'administration.

En attendant cette modification, deux solutions s'offrent aux sociétés pratiquant la dissociation des fonctions. Elles peuvent tirer parti du troisième alinéa de l'article 89 du décret de 1967 qui dispose que « le président du conseil d'administration peut déléguer le pouvoir qu'il a reçu en application des alinéas précédents ». Le directeur général serait alors le bénéficiaire de cette délégation. Elles peuvent également, par mesure de sécurité, faire signer les avals, cautions et garanties tant par le président que par le directeur général.

---

<sup>1</sup> L'art. L. 225-50 C. com. ne vise que l'empêchement temporaire ou le décès du président et non pas du directeur général. Il n'est donc pas possible de l'étendre au directeur général.

<sup>2</sup> Ce mécanisme de substitution temporaire du directeur général doit être, selon nous, établi par les statuts et non pas un simple règlement intérieur car ce dernier « ne doit et ne peut viser les rapports de la société avec les tiers », P. Le Cannu, « Le règlement intérieur des sociétés » : *Bull. Joly*, 1986, n°7, p. 725.

<sup>3</sup> Par exemple, il est possible de créer un vice-président du conseil d'administration alors que la loi ne prévoit pas l'existence de cet organe. Y. Guyon, *Traité des contrats - Les sociétés*, LGDJ, 4ème éd. 1999, n°174, p. 225.

<sup>4</sup> Un organe facultatif ne peut pas se substituer à un organe légal en raison du principe d'organisation hiérarchique de la société anonyme. Y. Guyon, *op. cit.*, n°148, p. 223.

c) Les insuffisances au regard des principes du gouvernement d'entreprise

34. - Du point de vue du gouvernement d'entreprise, la loi NRE présente deux insuffisances d'inégale importance.

35. - **La révocation pour juste motif.** Tout d'abord, la loi prévoit que le directeur général n'est révocable que pour juste motif. Cette disposition qui figurait dans le projet de loi déposé par le Gouvernement vise peut-être à prendre en compte la tendance jurisprudentielle, mise en lumière par la doctrine<sup>1</sup>, qui tend à vider de sa substance le principe de révocation *ad nutum* des administrateurs et du président du conseil d'administration. Un auteur éminent notait d'ailleurs que, par rapport aux administrateurs, la révocation *ad nutum* « se justifie moins pour les présidents et directeurs généraux, à qui il est demandé de s'investir dans leur mandat, complètement et à temps plein »<sup>2</sup>. Cependant, l'instauration d'une révocation pour juste motif n'est guère cohérente avec l'objectif affiché d'amélioration du gouvernement d'entreprise puisqu'elle renforce la stabilité du chef d'entreprise. Or, le gouvernement d'entreprise implique plutôt que les dirigeants puissent être révocables le plus facilement possible et à moindre frais par les actionnaires. Le Sénat avait d'ailleurs souhaité maintenir le principe de la révocation *ad nutum* mais l'Assemblée nationale a fait prévaloir la solution proposée par le Gouvernement. Il convient néanmoins de ne pas surestimer l'ampleur de l'atteinte portée aux principes du gouvernement d'entreprise. En effet, si la révocation est justifiée par une mauvaise gestion, elle ne donnera pas lieu à indemnisation.

36. - **L'impossibilité pour les actionnaires de révoquer le directeur général.** Le second point est beaucoup plus critiquable au regard des principes du gouvernement d'entreprise et consiste dans le fait que la loi NRE ne permette pas aux actionnaires de révoquer le directeur général.

En effet, en cas de cumul des fonctions, les actionnaires peuvent révoquer indirectement le président du conseil d'administration qui est le chef d'entreprise. Il suffit qu'ils le révoquent de son poste d'administrateur ce qui met fin automatiquement à sa fonction de président du conseil d'administration.

Par contre, en cas de dissociation des fonctions, le directeur général, c'est-à-dire le chef d'entreprise, n'est pas révocable par les actionnaires. Y a-t-il là vraiment un progrès du gouvernement d'entreprise ? Il est permis d'en douter sérieusement. La possibilité d'une révocation du directeur général par les actionnaires présente pourtant des avantages. Elle leur permettrait de pallier l'éventuelle mauvaise volonté du conseil d'administration, sa carence ou sa complaisance à l'égard du directeur général et de conserver un pouvoir qui ne peut que leur paraître naturel. De plus, la possibilité d'une révocation par les actionnaires, venant s'ajouter à celle d'une révocation par le conseil d'administration, constitue une menace salutaire pour le chef d'entreprise. Il est d'ailleurs paradoxal que la loi NRE retire aux actionnaires le droit de révoquer le chef d'entreprise dans la formule à conseil d'administration mais le leur donne

---

<sup>1</sup> M.-H. de Laender, « La révocation des dirigeants sociaux » : *Droit des sociétés*, mai 2000, chron. n°9, p.4.

<sup>2</sup> P. Didier, *Le droit commercial*, coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd. 2001, p. 76.

dans la société à directoire, en supprimant l'obligation de proposition du conseil de surveillance<sup>1</sup>.

37. – Pour permettre aux actionnaires de révoquer le directeur général, deux solutions sont envisageables.

La première solution consisterait à prévoir que le directeur général doit être obligatoirement choisi parmi les administrateurs. Ainsi, les actionnaires pourraient le révoquer indirectement en lui faisant perdre son poste d'administrateur. Il est vrai que le fait d'imposer que le directeur général soit choisi parmi les administrateurs pourrait conduire le directeur général à regagner au sein du conseil d'administration l'influence que la loi cherche justement à lui faire perdre. Sa participation avec voix délibérative aux réunions du conseil d'administration influencera évidemment les administrateurs et pourrait peut-être diminuer l'efficacité de leur contrôle.

Cependant, il semble de toute façon illusoire de penser que le directeur général n'exercera pas une forte influence sur le conseil d'administration. En effet, rien dans la loi n'empêche le directeur général d'être également administrateur. Quand bien même il ne le serait pas, il assistera de toute façon à de nombreuses réunions du conseil d'administration et le pouvoir qu'il n'aura plus par le vote, il le conservera par la parole. Le rapport Viénot II préconisait que le directeur général devait être obligatoirement administrateur et il aurait donc pu être suivi sur ce point<sup>2</sup>. Les sociétés qui le souhaiteront pourront cependant prévoir dans les statuts que le directeur général doit être obligatoirement choisi parmi les membres du conseil d'administration<sup>3</sup>.

Une autre solution consisterait pour le législateur à prévoir que le directeur général peut être révoqué par l'assemblée générale des actionnaires. Certes, cette solution ne respecterait pas le parallélisme des formes. Cependant, il n'est pas respecté non plus dans la société à directoire, puisque la nomination du directoire est le fait du conseil de surveillance et que la révocation est le fait de l'assemblée générale. Or les deux formules, société à directoire et société pratiquant la dissociation des fonctions, sont en fait assez proches. Il est donc concevable de s'inspirer de l'une pour faire évoluer le régime de l'autre. Par ailleurs, le fait que le directeur général soit doublement révocable, par le conseil d'administration et par l'assemblée des actionnaires, ne dénoterait pas par rapport aux autres modes de direction de la société anonyme. C'est en effet déjà le cas du P-DG, qui est doublement révocable, et du directoire dont la loi NRE prévoit qu'il peut être révoqué non seulement par l'assemblée générale mais également, si les statuts le prévoient, par le conseil de surveillance.<sup>4</sup>

Cette deuxième solution présenterait l'avantage d'éviter de réintroduire le directeur général dans le conseil d'administration ce qui est plus conforme à l'esprit de la dissociation des fonctions. Elle est donc préférable au fait d'imposer que le directeur général soit également administrateur.

---

<sup>1</sup> L'article 58 du projet de loi NRE disposait que « Les membres du directoire ou le directeur général unique peuvent être révoqués par l'assemblée générale, ainsi que, si les statuts le prévoient, par le conseil de surveillance ». Le Sénat avait supprimé cet article mais l'Assemblée nationale l'a rétabli.

<sup>2</sup> AFEP-MEDEF, *Rapport du comité sur le gouvernement d'entreprise présidé par M. Marc Viénot*, juillet 1999, p. 10.

<sup>3</sup> Y. Guyon, *op. cit.*, n°140, p. 212.

<sup>4</sup> Art. L. 225-61 C. com.

## **2°) Le régime applicable aux directeurs généraux délégués**

38. - Le directeur général, comme autrefois le président du conseil d'administration, peut s'entourer d'une équipe de direction composée de directeurs généraux délégués. Le statut de ces directeurs généraux délégués (DGD) est précisé par la loi NRE. Le titre de directeur général adjoint (DGA), suggéré par le rapport Marini<sup>1</sup>, aurait été plus exact sociologiquement car il s'agit avant tout d'un adjoint, d'un auxiliaire du directeur général. Ce titre figurait d'ailleurs déjà dans la loi, avant 1966, et la pratique les connaît encore. Cependant, le qualificatif d'adjoint aurait durement rappelé à tous que le DGA n'est qu'un subordonné. L'expression de directeur général délégué est, de ce point de vue, plus neutre et donc préférable. De plus, l'expression de « délégué » n'est pas inexacte juridiquement puisqu'elle rappelle que dans l'ordre interne les directeurs généraux délégués tiennent leurs pouvoirs du conseil d'administration.

Le régime du directeur général délégué reprend celui de l'ancien directeur général. Par exemple, les directeurs généraux délégués sont soumis par la loi NRE aux mêmes responsabilités pénales que les directeurs généraux<sup>2</sup>. En revanche, le régime de responsabilité civile spécifique des administrateurs ne leur a pas été étendu si bien qu'ils bénéficient de la même situation que les directeurs généraux d'autrefois<sup>3</sup>.

Cependant, il existe aussi des différences entre le statut du directeur général délégué et celui des anciens directeurs généraux. Certaines de ces différences, en matière de nomination, sont une conséquence logique de la dissociation des fonctions, tandis que d'autres, en matière de nombre de DGD et de cessation des fonctions, constituent de véritables innovations.

### **a) La nomination du directeur général délégué**

39. - Les directeurs généraux délégués sont nommés et révoqués par le conseil d'administration sur proposition du directeur général et non pas du président comme auparavant<sup>4</sup>. La solution est logique puisque c'est le directeur général qui est désormais le véritable chef de l'entreprise. C'est à lui, sous le contrôle du conseil d'administration, de choisir les cadres qu'il souhaite voir intégrer, ou quitter, l'équipe de direction.

Les directeurs généraux qui étaient en fonction à la date de la publication de la loi NRE ont pris automatiquement le titre de directeur général délégué<sup>5</sup>. Cette disposition permet d'assurer une parfaite continuité et de limiter les risques de confusion entre les directeurs généraux d'ancien et de nouveau régime.

---

<sup>1</sup> Ph. Marini, *Rapport sur la modernisation du droit des sociétés*, 1996, page 36.

<sup>2</sup> Art. L. 248-1 C. com.

<sup>3</sup> Les directeurs généraux délégués sont, comme le directeur général d'autrefois, dans une situation plus favorable que les membres du directoire de la formule dualiste.

<sup>4</sup> Art. L. 225-53 C. com.

<sup>5</sup> Art. 131-III L. NRE.

b) *Le nombre et le cumul des postes de directeurs généraux délégués*

40. – Le nouvel article L. 225-53 du Code de commerce introduit une nouveauté importante. En effet, auparavant le nombre de directeurs généraux était limité à un, deux ou cinq selon le montant du capital<sup>1</sup>. Désormais, ce sont les statuts qui fixent le nombre maximum de directeurs généraux délégués, qui ne peut toutefois dépasser cinq<sup>2</sup>. Le Sénat, dans le souci de renforcer la contractualisation du droit des sociétés, avait supprimé cette limitation à cinq et laissé aux statuts le soin de fixer le nombre maximum de directeurs généraux délégués. Cette solution était imprudente car le nombre de directeurs généraux délégués aurait pu devenir très élevé, notamment sous la pression des cadres dirigeants désireux d'obtenir ce titre prestigieux, et la société aurait alors pu être engagée trop facilement. L'Assemblée nationale est donc revenue au texte initial du projet gouvernemental qui réalise un bon arbitrage entre la volonté de contractualisation et le souci de sécurité juridique.

La loi NRE a également supprimé la disposition qui prévoyait que lorsque le nombre de directeurs généraux était supérieur à deux, un certain nombre d'entre eux devaient être obligatoirement administrateurs. La suppression de cette obligation de cumul, bien que peu débattue, n'est guère surprenante car elle s'inscrit dans la logique de la loi NRE de séparation des actionnaires et des gestionnaires. La loi aurait pu instituer un plafond au nombre de directeurs généraux délégués également administrateurs, comme en matière d'administrateurs salariés<sup>3</sup>. Elle ne l'a pas fait, mais il est clair que l'esprit de la loi suggère que, dans les sociétés ayant opté pour la dissociation des fonctions, les directeurs généraux ne soient, pas ou peu, membres du conseil d'administration. Enfin, la loi NRE n'intègre pas de disposition concernant le cumul du poste de directeur général délégué. Ce dernier peut donc comme le directeur général d'autrefois, cumuler un nombre illimité de postes.

c) *La cessation des fonctions du directeur général délégué*

41. - La loi NRE introduit une autre nouveauté importante. En effet, si chaque directeur général délégué reste révocable à tout moment par le conseil d'administration sur proposition du directeur général, c'est désormais uniquement pour juste motif<sup>4</sup>. Le statut des directeurs généraux délégués est donc aligné sur celui du directeur général. La solution est logique et devrait contribuer à renforcer la stabilité des fonctions des cadres dirigeants. Elle n'encourt d'ailleurs pas la même critique qu'en ce qui concerne le directeur général car la disparition de la révocabilité *ad nutum* pour les directeurs généraux délégués ne porte pas une atteinte très forte aux principes du gouvernement d'entreprise.

---

<sup>1</sup> Art. L. 225-53 ancien C. com. : « Sur la proposition du président, le conseil d'administration peut donner mandat à une personne physique d'assister le président à titre de directeur général. Deux directeurs généraux peuvent être nommés dans les sociétés dont le capital est au moins égal à 500 000 F, et cinq directeurs généraux dans les sociétés dont le capital est au moins égal à 10 000 000 F à condition que trois d'entre eux au moins soient administrateurs. Le conseil détermine leur rémunération ».

<sup>2</sup> Art. L. 225-53 C. com.

<sup>3</sup> Art. L. 225-22 C. com.

<sup>4</sup> Art. L. 225-55 C. com. : « Le directeur général est révocable à tout moment par le conseil d'administration. Il en est de même, sur proposition du directeur général, des directeurs généraux délégués. Si la révocation est décidée sans juste motif, elle peut donner lieu à dommages-intérêts, sauf lorsque le directeur général assume les fonctions de président du conseil d'administration ».

Enfin, dernière nouveauté, lorsque le directeur général délégué est également administrateur, ses fonctions ne prennent plus fin automatiquement avec son mandat d'administrateur. C'est la solution retenue pour le directeur général, nouveau régime, et qui est étendue au directeur général délégué. De plus en cas de révocation du directeur général, le législateur a précisé que les directeurs généraux délégués conserveraient leurs fonctions et attributions jusqu'à l'élection du nouveau directeur général<sup>1</sup>. C'est la simple transposition du régime qui était applicable aux anciens directeurs généraux en cas de révocation du président du conseil d'administration.

42. – L'équipe de direction d'une société anonyme ayant opté pour la dissociation des fonctions ne se distinguera donc plus beaucoup de celle constituée par le directoire. La différence principale résidera dans le caractère collégial du directoire. Ainsi, paradoxalement, l'apparition d'un nouveau mode d'organisation des sociétés anonymes devrait s'accompagner d'un rapprochement entre la formule à conseil d'administration et la formule à directoire et à conseil de surveillance. Ce rapprochement effectué au nom des thèses du gouvernement d'entreprise n'y est cependant pas toujours fidèle. Ces imperfections se retrouvent d'ailleurs également dans le statut des autres organes de la société anonyme dont le rôle est affecté par cette réforme.

## **B - Le régime des autres organes de la société anonyme**

43. - Le choix de la dissociation des fonctions affecte l'équilibre des pouvoirs au sein de la société anonyme, ce qui est le but recherché. Cependant, les pouvoirs conférés aux actionnaires et au conseil d'administration ne semblent pas être toujours fidèles aux souhaits du gouvernement d'entreprise.

### **1°) L'assemblée générale extraordinaire des actionnaires**

44. - La loi NRE ne donne pas aux actionnaires le pouvoir de décider du cumul ou de la dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général. Ce pouvoir appartient au conseil d'administration. Les actionnaires doivent quand même être consultés. En effet, l'article L. 255-51-1 alinéa 2 nouveau du Code de commerce dispose que « Dans les conditions définies par les statuts, le conseil d'administration choisit entre les deux modalités d'exercice de la direction générale ». C'est l'assemblée générale extraordinaire (AGE) qui est compétente puisqu'il s'agit d'une modification des statuts. Il convient d'examiner la portée de son intervention avant d'en voir le moment.

#### **a) La portée de l'intervention de l'AGE**

45. - L'assemblée générale extraordinaire détermine les règles que devra respecter le conseil d'administration dans son choix : majorité simple ou qualifiée<sup>2</sup>, modalités de passage d'une formule à l'autre (par exemple, changement uniquement à la clôture d'un exercice ou en cours d'exercice ; changement uniquement après une assemblée générale ordinaire ce qui

---

<sup>1</sup> Art. L. 225-55 C. com.

<sup>2</sup> Y. Guyon, *op. cit.*, n°174, p. 254.

permettrait une information préalable des actionnaires), etc ... Par contre, les statuts ne pourront pas exiger un quorum renforcé au sein du conseil d'administration car cette disposition est réputée non écrite<sup>1</sup>. En fonction des règles adoptées, l'assemblée, en fait le conseil d'administration qui préparera généralement le texte de la résolution, pourra rendre plus difficile le choix d'une formule ou de l'autre et indiquer ainsi sa préférence.

L'AGE peut-elle aller jusqu'à réduire à néant la liberté de choix dont dispose le conseil d'administration, en imposant *de facto* une formule, par exemple grâce à un système de majorité qualifiée ? Cela ne paraît pas possible. En effet, la loi dispose que « le conseil d'administration choisit entre les deux modalités d'exercice de la direction générale ». Il s'agit donc d'un pouvoir propre du conseil qui, en application du principe d'organisation hiérarchique de la société anonyme ne peut lui être retiré.

C'est pour cette même raison que, dans les sociétés déjà « immatriculées au registre du commerce et des sociétés à la date de publication de la présente loi », l'assemblée générale ne peut pas s'abstenir de modifier les statuts et maintenir ainsi le système antérieur du cumul des fonctions. En effet, cette abstention reviendrait à transférer à l'assemblée générale un pouvoir qui appartient au conseil d'administration. En cas d'abstention, une action en régularisation pourrait sans doute être enclenchée<sup>2</sup>.

46. - La liberté donnée au conseil d'administration de choisir entre les deux modalités d'exercice de la direction générale a été voulue par le Parlement alors que le texte gouvernemental faisait de la dissociation des fonctions le droit commun et laissait aux statuts, c'est-à-dire à l'AGE, la possibilité d'opter pour le cumul. La compétence du conseil d'administration était demandée par le rapport Viénot II<sup>3</sup> et répond sans doute à un impératif de souplesse, mais cette solution ne semble guère conforme aux principes du gouvernement d'entreprise. En effet, le choix aurait dû plutôt être exercé par les actionnaires que par le conseil d'administration. Cette solution aurait été cohérente avec la volonté affichée de renforcer les pouvoirs des actionnaires. Elle aurait également été cohérente avec la solution adoptée en matière de choix entre la structure à conseil d'administration et la structure à conseil de surveillance et directoire<sup>4</sup>. De plus, cette solution aurait également amélioré l'information des tiers puisque l'indication de la formule adoptée par la société aurait figuré directement dans les statuts.

Enfin, le fait de confier le pouvoir de décision au conseil d'administration laisse la porte ouverte à certains abus. En effet, dans une société pratiquant le cumul des fonctions, si les actionnaires décident de révoquer indirectement le président-directeur général en lui faisant perdre son poste d'administrateur, le conseil d'administration pourrait ensuite réduire à néant cette mesure en votant la dissociation des fonctions, puis en nommant directeur général l'ancien P-DG. Celui-ci deviendrait donc inamovible, sauf pour les actionnaires mécontents à renverser tout le conseil d'administration ce qui est plus délicat que de révoquer son seul président et qui, de plus, ne pourrait intervenir qu'à l'assemblée générale suivante c'est-à-dire

---

<sup>1</sup> *Ibid.* Art. L. 225-37 al. premier C. com.: « Le conseil d'administration ne délibère valablement que si la moitié au moins de ses membres sont présents. Toute clause contraire est réputée non écrite ».

<sup>2</sup> Art. L. 210-7 C. com.

<sup>3</sup> AFEP-MEDEF, *Rapport du comité sur le gouvernement d'entreprise présidé par M. Marc Viénot*, juillet 1999, p. 8.

<sup>4</sup> Art. L. 225-57 C. com.

en général un an plus tard. Si le pouvoir de décider le passage d'une formule à l'autre avait été laissé aux actionnaires, ce risque d'abus n'aurait pas existé<sup>1</sup>.

*b) Le moment de la consultation de l'AGE*

47. - Dans son désir de favoriser la diffusion rapide de la dissociation des fonctions au sein des sociétés cotées existantes, le texte déposé par le Gouvernement avait prévu qu'elle deviendrait le droit commun, sauf si l'assemblée générale extraordinaire avait, dans un certain délai, voté le cumul. C'était en pratique imposer la nouvelle formule aux sociétés cotées existantes car le Gouvernement s'attendait à ce que les investisseurs étrangers votent contre le maintien du cumul. Les sociétés non cotées, elles, auraient pu conserver leur mode d'organisation sans délibération particulière de leur assemblée générale.

L'Assemblée nationale et le Sénat ont estimé, à juste titre, que cette mesure était autoritaire et risquait de perturber le bon fonctionnement des sociétés cotées. De plus, elle ne s'accordait que peu avec l'idée de régulation qui postule de laisser une grande liberté aux acteurs privés plutôt que de leur imposer une solution. L'article 131-I de la loi NRE est donc plus souple et prévoit que pour les sociétés « immatriculées au registre du commerce et des sociétés à la date de publication de la présente loi » (16 mai 2001) et dont les titres sont négociés sur un marché réglementé, « une assemblée générale extraordinaire est convoquée dans un délai de dix-huit mois à compter de cette même date pour procéder à la modification des statuts prévue par le deuxième alinéa de l'article L. 225-51-1 du Code de commerce ». Ceci ne veut pas dire qu'une assemblée doit être convoquée avec ce seul objet. Il peut très bien s'agir d'une résolution mise à l'ordre du jour de l'assemblée générale annuelle. A défaut de convocation dans le délai des dix-huit mois, c'est-à-dire jusqu'au 16 novembre 2002, « tout intéressé peut demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre au conseil d'administration de procéder à cette convocation ».

Suite au vote de la résolution, le conseil d'administration devra se prononcer lors de sa plus prochaine réunion en faveur de l'une ou de l'autre formule. S'il refuse de choisir, et qu'il maintient le statu quo, les administrateurs engageraient leur responsabilité. En effet, en prévoyant que le conseil d'administration « choisit », la loi ne lui donne pas une faculté mais lui crée une obligation de se prononcer par une délibération. Un choix tacite semble exclu.

48. - En ce qui concerne les sociétés non cotées, immatriculées avant la date de publication de la loi NRE, le législateur a souhaité adopter un régime dérogatoire permettant aux sociétés non cotées d'échapper au délai de 18 mois imposé aux sociétés cotées pour adapter leurs statuts.

Cependant, le texte de l'article L. 131-I a été maladroitement rédigé. En effet il prévoit que les sociétés non cotées « peuvent conserver leurs statuts sans délibération particulière de leur assemblée générale, jusqu'à la convocation d'une assemblée générale extraordinaire pour d'autres raisons ». Interprété à la lettre, le texte signifie donc que la prochaine assemblée générale extraordinaire de ces sociétés devra comporter à son ordre du jour une résolution fixant les conditions du choix du conseil d'administration. Ainsi, les sociétés non cotées seraient soumises encore plus tôt que les sociétés cotées à l'obligation de se prononcer sur la

---

<sup>1</sup> Ce risque d'abus n'aurait pas non plus existé si la loi avait prévu que le directeur général pouvait être révoqué par les actionnaires.

dissociation des fonctions. Ce résultat est contraire à l'esprit dans lequel a été adopté cette dérogation et paradoxal puisque la dissociation des fonctions, issue des revendications de la *corporate governance*, est plutôt affaire de sociétés cotées. Cette maladresse est d'autant plus redoutable que la loi a été publiée en pleine période de convocation des assemblées générales. Il est donc à craindre que de nombreuses sociétés aient convoqué une AGE, après la publication de la loi NRE, en oubliant de prévoir dans leur ordre du jour une résolution sur la dissociation des fonctions. Si l'on interprète le texte à la lettre, elles ont donc violé la loi et la solution préconisée par un auteur, c'est-à-dire reconvoquer une assemblée générale extraordinaire, semble la plus satisfaisante<sup>1</sup>.

Une autre interprétation, plus fidèle à l'esprit du législateur, est toutefois envisageable. Elle consiste à considérer que le délai de dix-huit mois pour convoquer l'AGE ne s'appliquant pas aux sociétés non cotées, celles-ci ne seraient tenues de mettre la question de la dissociation des fonctions qu'à l'ordre du jour de la première assemblée qui serait convoquée après l'expiration du délai de dix-huit mois. Un éclaircissement sur la signification exacte de l'article 131-I alinéa 2 a été demandé par le sénateur Philippe Marini sous la forme d'une question parlementaire<sup>2</sup>. Il faut souhaiter qu'une interprétation raisonnable l'emporte mais elle devra encore être confirmée par les tribunaux.

49.- Une fois que le conseil d'administration a effectué un choix entre le cumul et la dissociation des fonctions, l'article L. 255-51-1 alinéa 2 nouveau du Code de commerce dispose que « Les actionnaires et les tiers sont informés de ce choix dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat ». En fait, lors de l'AGE, les actionnaires présents pourront déjà demander au conseil d'administration d'indiquer quelles sont ses intentions. Pour informer les actionnaires absents et surtout les tiers, en dehors des publicités légales habituelles, le plus efficace serait que le décret prévoie une indication de la formule choisie sur tous les documents sociaux comme pour les sociétés à directoire et conseil de surveillance<sup>3</sup>. Il est vrai cependant que l'indication de la formule sur tous les documents sociaux pourrait être jugée lourde et coûteuse puisqu'elle obligerait à modifier ces derniers en cas de changement de formule.

### c) L'application immédiate de la dissociation des fonctions

50.- Un débat s'est développé sur la question de savoir s'il fallait attendre la publication de ce décret sur l'information des tiers, non pour que l'assemblée des actionnaires modifie les statuts, mais pour que le conseil d'administration choisisse entre les deux formules. Certains estiment qu'il faut attendre l'entrée en vigueur du décret<sup>4</sup>, tandis que d'autres pensent que le mécanisme de dissociation des fonctions peut-être immédiatement mis en œuvre<sup>5</sup>. Il convient

<sup>1</sup> G. Baranger, « Modalités d'exercice de la direction générale. Droit transitoire. » : *Joly News* N°59, 9 juillet 2001 ([www.editions-joly.com](http://www.editions-joly.com)).

<sup>2</sup> Question écrite n° 34389 du 19 juillet 2001, page 2368 posée par Philippe Marini du groupe RPR. Question disponible sur le site internet du Sénat : [www.senat.fr](http://www.senat.fr).

<sup>3</sup> Art. 56 al. 2 du déc. n°67-236 du 23 mars 1967.

<sup>4</sup> Comité juridique de l'ANSA, « Assemblée Générale ANSA », juillet 2001, p. 8.

<sup>5</sup> S. de Vendeuil, « Nouvelles régulations économiques et dissociation des fonctions de président du conseil et de directeur général » : *JCP*, éd. E, 2 août 2001, n°31-35, p. 1317.

de distinguer dans l'analyse selon que la société a été nouvellement ou anciennement immatriculée.

Dans les sociétés nouvelles, c'est-à-dire immatriculées après la date de publication de la loi NRE, les administrateurs doivent se prononcer sur le mode de direction qu'ils choisissent. En effet, la loi NRE ne fait pas de l'un des deux modes de direction un mode de droit commun qui s'appliquerait automatiquement en cas de silence des administrateurs. Or, la loi dispose que « Les actionnaires et les tiers sont informés de ce choix dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat »<sup>1</sup>. Ce décret doit donc préciser les modalités d'information des tiers que les administrateurs choisissent la formule avec un P-DG ou celle avec un directeur général. Considérer que la nouvelle formule ne serait pas applicable tant que le décret sur l'information des tiers n'aurait pas été publié, revient donc à considérer que la formule avec un P-DG est elle-aussi devenue inapplicable. Les sociétés nouvelles seraient forcées en pratique d'opter pour la structure à directoire et à conseil de surveillance, ce qui n'était certainement pas la volonté du législateur.

De surcroît, les procédures actuelles de publicité légale qui permettent de rendre les nominations de dirigeants opposables aux tiers peuvent parfaitement être utilisées pour la nomination du directeur général. Les textes actuels prévoient que les noms et fonctions des dirigeants doivent être publiés dans un journal d'annonces légales<sup>2</sup> et communiqués au greffe du Tribunal de commerce du siège social, qui effectue une inscription modificative au registre du commerce et des sociétés<sup>3</sup> et une publication au BODACC<sup>4</sup>. L'absence de décret sur l'information des tiers ne fait donc pas obstacle à la mise en œuvre pratique de la dissociation des fonctions et à la nomination d'un directeur général. La pratique du greffe du Tribunal de commerce de Paris qui va dans le sens d'une application immédiate de la dissociation des fonctions aux sociétés nouvelles est donc justifiée<sup>5</sup>.

En ce qui concerne les sociétés anciennes, c'est-à-dire immatriculées avant la date de la publication de la loi NRE, le conseil d'administration pourrait ne pas se prononcer, tant que le décret sur l'information des tiers ne serait pas entré en vigueur, sans mettre en péril le fonctionnement de la société. En effet, celle-ci conserverait alors le mode de direction par le P-DG qu'elle appliquait déjà. Néanmoins, il paraît difficile de considérer que dans le cas des sociétés nouvelles, l'absence de décret sur l'information des tiers n'empêche pas l'application immédiate de la dissociation des fonctions, mais qu'il l'empêcherait dans le cas des sociétés anciennes. Celles-ci peuvent donc, à notre sens, appliquer dès aujourd'hui la dissociation des fonctions. C'est d'ailleurs, là encore, la pratique du greffe du tribunal de commerce de Paris.

---

<sup>1</sup> Art L. 225-51-1 al. 2 du C. com.

<sup>2</sup> Art. 285 du déc. n°67-236 du 23 mars 1967.

<sup>3</sup> Art. 15, 22 et 49 du déc. n°84-406 du 30 mai 1984.

<sup>4</sup> Art. 74 du déc. n°84-406 du 30 mai 1984.

<sup>5</sup> La description de la pratique du greffe du tribunal de commerce de Paris peut-être consultée sur le site internet : [www.greffe-tc-paris.fr](http://www.greffe-tc-paris.fr), à la rubrique actualités.

## **2°) Le conseil d'administration et le président du conseil d'administration**

51. - Le succès de la nouvelle formule dépend de l'équilibre entre le conseil d'administration et son président d'un côté, et le directeur général d'un autre côté. De ce point de vue, l'objectif d'un renforcement du conseil d'administration semble réalisable.

### **a) Le conseil d'administration et les administrateurs**

52. - Le conseil d'administration et les administrateurs voient leurs fonctions, leurs rôles et leurs pouvoirs précisés.

53. - **Le conseil d'administration.** Tout d'abord, le nombre maximum de membres du conseil d'administration passe de vingt-quatre à dix-huit<sup>1</sup>. Cette disposition vise à éviter les conseils d'administrations pléthoriques, cependant rares en pratique, où les responsabilités risqueraient d'être diluées. La loi NRE laisse aux sociétés un délai de trois ans à compter de sa publication pour se mettre en conformité avec le nouveau plafond<sup>2</sup>.

Ensuite, la loi autorise le règlement intérieur à prévoir, sauf disposition contraire des statuts, la réunion du conseil d'administration par visioconférence<sup>3</sup>. La loi maintient cependant l'exigence de la présence physique des administrateurs pour des décisions importantes parmi lesquelles ne figure pas, suite à une maladresse du législateur<sup>4</sup>, les deux plus importantes de toutes c'est-à-dire le choix entre le cumul et la dissociation des fonctions ainsi que la nomination du directeur général. Cette maladresse peut toutefois être facilement réparée par le règlement intérieur qui peut exclure ces deux décisions du domaine d'application de la visioconférence<sup>5</sup>. Cette disposition sur la visioconférence constitue un progrès et devrait permettre de faciliter les « réunions » du conseil d'administration par exemple dans les grands groupes internationalisés dont les administrateurs sont parfois dirigeants de filiales étrangères.

<sup>1</sup> Art. L. 225-19 C. com. (Art. 104 L. NRE).

<sup>2</sup> Art 129 L. NRE.

<sup>3</sup> Art. L. 225-37 C. com. al. 3 (Art. 109 L. NRE) : « Sauf disposition contraire des statuts, le règlement intérieur peut prévoir que sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité les administrateurs qui participent à la réunion du conseil par des moyens de visioconférence dont la nature et les conditions d'applications sont déterminés par décret en Conseil d'Etat. Cette disposition n'est pas applicable pour l'adoption des décisions prévues aux articles L. 225-47 (*nomination et révocation du président du conseil d'administration*), L. 225-53 (*nomination du directeur général délégué*), L. 225-55 (*révocation du directeur général et des directeurs généraux délégués*), L. 232-1 (*établissement des comptes annuels et du rapport de gestion*) et L. 233-16 (*établissement des comptes consolidés et rapport de gestion du groupe*) ».

<sup>4</sup> Le législateur souhaitait intégrer la nomination du directeur général parmi les mesures nécessitant une présence physique des administrateurs comme en témoignent sans ambiguïté les rapports des commissions parlementaires en première lecture et le texte de la « petite loi » adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale. Cependant, lors du débat en première lecture devant le Sénat, les dispositions sur la visioconférence furent votées sans que les parlementaires s'aperçoivent que celles relatives à la nomination du directeur général devaient être transférées de l'article L. 225-53 vers un nouvel article L. 225-51-1, et qu'il fallait donc ajouter ce nouvel article à la liste des cas exigeant une présence physique figurant à l'article L. 225-37. La même erreur n'a d'ailleurs pas été faite pour le conseil de surveillance puisque la nomination du directoire fait partie des décisions qui impliquent une présence physique (Art. L. 225-82 C. com.).

<sup>5</sup> Le règlement intérieur peut exclure du champ d'application de la visioconférence des décisions qui ne sont pas déjà expressément exclues par la loi.

Elle devrait aussi permettre au conseil d'administration de renforcer son contrôle sur les gestionnaires en le rendant plus fréquent. Un modèle de résolution sur la visioconférence a été proposé par l'ANSA<sup>1</sup> mais la mise en œuvre pratique de cette réforme est encore suspendue à la publication d'un décret en Conseil d'Etat<sup>2</sup>.

54. - Enfin et surtout, la loi NRE s'attache à la clarification des fonctions du conseil d'administration par rapport à celles de son président qui étaient formulées auparavant en termes similaires<sup>3</sup>. Ce chevauchement avait suscité des critiques et la modification de l'organisation de la direction donnait l'occasion de procéder à une clarification.

Selon l'article L. 225-35 du Code de commerce, le conseil d'administration est désormais chargé de déterminer « les orientations de l'activité de la société » et de veiller « à leur mise en œuvre ». Pour cela, « Le conseil d'administration procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns ». Le législateur ne fait finalement qu'entériner une situation de fait, qui remonte à la loi de 1867, à savoir que le conseil d'administration, qui ne siège pas en permanence, est moins un organe de gestion quotidienne que d'orientation et de contrôle. Il doit se prononcer sur les décisions d'importance stratégique et veiller à leur mise en œuvre par la direction générale.

Logiquement, les pouvoirs de gestion du conseil d'administration sont formulés de manière plus restrictive. Au lieu de dire qu'il est « investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société », la loi dispose désormais qu'« il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent »<sup>4</sup>. Cette formulation plus restrictive ne signifie pas que le conseil d'administration a perdu son pouvoir de gestion. Il le conserve, ce qui le distingue du conseil de surveillance, mais simplement le législateur a voulu l'inviter à ne pas assurer la gestion quotidienne de l'entreprise. Cependant, comme l'a indiqué un auteur, il « n'a pas le droit de se désintéresser du quotidien, c'est-à-dire de la marche des affaires, telle que décrite par le « tableau de bord » et les principaux indicateurs économiques, financiers et sociaux »<sup>5</sup>, surtout en cas de crise. En fait, la formulation selon laquelle le conseil d'administration « règle par ses délibérations les affaires » qui concernent la société est très large si bien que comme l'indique le même auteur, « la réalité paraît bien être demeurée la même » qu'avant le vote de loi NRE<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Bulletin ANSA, février 2001, n°3058.

<sup>2</sup> Art. L. 225-37 C. com. al. 3 (Art. 109 L. NRE).

<sup>3</sup> L'Art. L. 225-35 ancien C. com. disposait que « Le conseil d'administration est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. Il les exerce dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux expressément attribués par la loi aux assemblées d'actionnaires. » tandis que l'article L. 225-51 ancien du C. com. disposait que « Le président du conseil d'administration assume, sous sa responsabilité, la direction générale de la société. Il représente la société dans ses rapports avec les tiers. Sous réserve des pouvoirs que la loi attribue expressément aux assemblées d'actionnaires ainsi que des pouvoirs qu'elle réserve de façon spéciale au conseil d'administration, et dans la limite de l'objet social, le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société ».

<sup>4</sup> Art. L. 225-35 al. 1 C. com.

<sup>5</sup> A. Viandier, *op. cit.*, n°121, p. 46.

<sup>6</sup> *Ibid.*

55. - Par ailleurs, suite à un oubli du Gouvernement et du législateur<sup>1</sup>, la disposition prévoyant l'inopposabilité aux tiers des clauses statutaires limitatives de pouvoirs du conseil d'administration a disparu de l'article L. 225-35 du Code de commerce. Cet oubli suscite deux interrogations.

Tout d'abord, les limitations statutaires des pouvoirs du conseil d'administration sont-elles encore possibles ? La réponse est certainement positive car ces clauses ne sont pas interdites par la loi et tout ce qu'elle n'interdit pas est permis<sup>2</sup>.

Ensuite, se pose la question de savoir si ces clauses sont désormais opposables aux tiers ? Elles restent comme avant, selon nous, inopposables aux tiers. En effet, le conseil d'administration ne représentant pas la société à l'égard des tiers<sup>3</sup>, toute décision qui pourrait concerner ces derniers implique dans son exécution l'intervention d'un représentant légal, qu'il s'agisse du P-DG, du DG ou d'un DGD. C'est à leur niveau que doit s'apprécier un éventuel dépassement de pouvoir. Sinon, on aboutirait au résultat difficilement acceptable que les tiers devraient vérifier non les pouvoirs de la personne avec qui ils contractent, mais ceux de l'organe qui contrôle ce représentant. Les tiers n'ont pas à effectuer une telle recherche. Ceci justifie que d'éventuelles clauses limitatives applicables au conseil d'administration leur soient inopposables. En outre, plus généralement, il s'agit d'une question interne à la société, et l'on ne voit pas pourquoi les tiers devraient supporter les rigidités de cette organisation. Enfin, l'article 9.2 de la première directive sur les sociétés du 9 mars 1968 impose l'inopposabilité aux tiers des clauses statutaires limitatives de pouvoirs des organes sociaux<sup>4</sup>. Certes, cette disposition n'a pas en principe d'effet direct horizontal c'est-à-dire qu'elle n'est pas invocable entre particuliers. Néanmoins, la CJCE impose que l'interprétation du droit national s'effectue « à la lumière du texte et de la finalité » de la directive concernée<sup>5</sup>. De ce fait, le droit français devrait être « interprété » par la jurisprudence en fonction l'article 9.2 de la directive c'est-à-dire dans le sens d'une inopposabilité aux tiers des clauses statutaires limitatives de pouvoirs. Il n'empêche, une rectification législative est souhaitable afin d'éviter des « contentieux inutiles »<sup>6</sup>.

56. - **Les administrateurs.** La loi NRE traite également des administrateurs. Tout d'abord, elle réduit de huit à cinq le nombre de mandats d'administrateur de sociétés anonymes que peut occuper simultanément une personne physique, tant en son nom propre qu'en tant que

---

<sup>1</sup> La disposition concernant l'inopposabilité aux tiers des clauses statutaires limitatives de pouvoirs ne figurait pas dans le texte déposé par le Gouvernement, et le Parlement, ne s'étant pas aperçu de cet oubli, n'a pas pu le corriger.

<sup>2</sup> Art. 6 et art. 1134 C. civ.

<sup>3</sup> Le conseil d'administration d'avant la loi NRE ne représentait déjà pas la société à l'égard des tiers. V. P. Didier, *Droit commercial*, Tome 2, PUF, 3<sup>ème</sup> édition 1999, p. 198. Il la représente encore moins aujourd'hui alors que la loi NRE a supprimé la formule selon laquelle il était « investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société ».

<sup>4</sup> Art. 9.2 de la directive 68/151/CEE du Conseil du 9 mars 1968 :

« Les limitations aux pouvoirs des organes de la société qui résultent des statuts ou d'une décision des organes compétents, sont toujours inopposables aux tiers, même si elles sont publiées ».

<sup>5</sup> CJCE, 13 novembre 1990, aff. C-106/89, Marleasing SA.

<sup>6</sup> A. Viandier, *op. cit.*, n° 125, p. 48.

représentant permanent d'une personne morale<sup>1</sup>. Elle veille donc à ce que les administrateurs consacrent davantage de temps à leurs fonctions. Ensuite, leur responsabilité civile pour faute de gestion reste inchangée mais pourrait cependant être appréciée moins sévèrement par les tribunaux en cas de dissociation des fonctions. Enfin, les pouvoirs des administrateurs sont également précisés et la loi dispose que « Chaque administrateur reçoit toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission et peut se faire communiquer tous les documents qu'il estime utiles »<sup>2</sup>. Certes, ce droit à l'information avait déjà été reconnu par la jurisprudence<sup>3</sup> mais cet ajout est positif car il devrait inciter les administrateurs à exercer leurs pouvoirs individuels maintenant qu'ils sont expressément prévus par la loi. Cela devrait également renforcer la position des membres des comités spécialisés (comités de sélection, des rémunérations et d'audit) qui ne comprennent que certains membres du conseil d'administration.

Le texte va-t-il jusqu'à conférer à un administrateur le droit d'aller demander lui-même aux personnels de la société les documents qu'il souhaite consulter, alors que jusqu'ici la demande devait transiter par le président ou les directeurs généraux ? La réponse est négative. Certes, le texte ne dispose pas explicitement que la demande d'information doive passer par l'intermédiaire du président du conseil d'administration, du directeur général ou désormais d'un directeur général délégué. Cependant, autoriser un accès direct des administrateurs aux employés ne serait guère conforme au principe d'organisation hiérarchique de la société. De plus, rien n'indique dans les travaux parlementaires une volonté d'autoriser les administrateurs à court-circuiter individuellement la direction. Cette possibilité d'accès direct doit donc être écartée<sup>4</sup>.

Le président du conseil d'administration est chargé de veiller au respect de ce droit d'information reconnu à chaque administrateur<sup>5</sup>. Cette disposition doit être approuvée car elle devrait conduire à responsabiliser le président. Cependant, il faut bien reconnaître que lorsque ce dernier sera également directeur général, les obstacles mis par les dirigeants aux demandes d'information des administrateurs auront peu de chance d'être surmontés à l'amiable.

#### b) Le président du conseil d'administration

**57. – Le président du conseil d'administration non directeur général.** Le statut du président du conseil d'administration est précisé et modifié sur plusieurs points. Le président du conseil d'administration, qui doit rester une personne physique<sup>6</sup>, est toujours élu par le

---

<sup>1</sup> Art. L. 225-21 C. com.

<sup>2</sup> Art. L. 225-35 C. com.

<sup>3</sup> Cass. Com., 2 juillet 1985 : *JCP*, éd. E, 1985, n°14758, note A. Viandier ; *Rev. soc.* 1986, p. 231, note P. Le Cannu ; Cass. Com., 1<sup>er</sup> déc. 1987 : *Rev. sociétés*, 1988, p. 237, note P. Le Cannu ; Cass. Com., 24 avril 1990 : *Bull. Joly*, 1990, p. 532.

<sup>4</sup> Y. Guyon, *Droit des affaires* : Tome 1, Economica, 11<sup>ème</sup> éd. 2001, n°324, p. 337.

<sup>5</sup> Article L. 225-51 C. com. : « Le président du conseil d'administration organise et dirige les travaux de celui-ci, dont il rend compte à l'assemblée générale. Il veille au bon fonctionnement des organes de la société et s'assure, en particulier, que les administrateurs sont en mesure de remplir leur mission ».

<sup>6</sup> Art. L. 225-51-1 C. com. : « La direction générale de la société est assumée, sous sa responsabilité, soit par le président du conseil d'administration, soit par une autre personne physique nommée par le conseil d'administration et portant le titre de directeur général ».

conseil d'administration et reste révocable *ad nutum* par ce dernier. En matière de cumul, le président du conseil d'administration était soumis à une interdiction de détenir simultanément plus de deux mandats. Désormais, il est soumis aux règles de cumul applicables aux administrateurs et pourra donc exercer jusqu'à cinq mandats de président ce qui constitue un assouplissement inattendu<sup>1</sup>. Toutefois il ne pourra pas bénéficier des dérogations accordées aux administrateurs au sein d'un groupe<sup>2</sup>.

La loi dispose que le président « représente le conseil d'administration. Il organise et dirige les travaux de celui-ci, dont il rend compte à l'assemblée générale. Il veille au bon fonctionnement des organes de la société et s'assure, en particulier, que les administrateurs sont en mesure de remplir leur mission »<sup>3</sup>. Il perd donc son pouvoir de direction générale, et également de représentation de la société à l'égard des tiers, pour exercer une fonction qui est cependant loin d'être simplement honorifique. En effet, ce que la loi ne dit pas mais qui découle naturellement de ses fonctions, c'est que le président du conseil d'administration sera un organe qui exercera un contrôle permanent sur les dirigeants. Il aura normalement son bureau dans la société et un accès direct aux employés et aux commissaires aux comptes. Le succès de la réforme repose donc sur le président du conseil d'administration qui devient la clef de voûte du nouveau système puisqu'il assurera l'équilibre entre les actionnaires, représentés par le conseil d'administration, et les gestionnaires, représentés par le directeur général et ses adjoints.

58. – Pour que la réforme contribue encore plus à renforcer le gouvernement d'entreprise, il conviendrait que le président du conseil d'administration soit choisi parmi les administrateurs indépendants, c'est-à-dire parmi des personnes dénuées de tout lien d'intérêt direct ou indirect avec la société. Était-il nécessaire de le prévoir dans la loi ? Sans doute pas car la notion d'indépendance est assez floue et elle ne figure pas dans le Code de commerce. De plus, il sera encore plus difficile de trouver des présidents de conseil d'administration que des administrateurs, qui soient à la fois indépendants et compétents. L'expérience des présidents de conseil de surveillance montre d'ailleurs qu'il s'agit souvent d'anciens dirigeants de la société, qui la connaissent donc bien, mais qui ne sont généralement pas indépendants de ceux qui leur ont succédé. Les statuts pourraient éventuellement palier au silence de la loi et prévoir que le président du conseil d'administration doit être choisi parmi les administrateurs indépendants<sup>4</sup>. Cependant, les mêmes raisons que celles qui plaident contre une disposition législative restent valables ici.

**59. - Le président du conseil d'administration et l'exercice des fonctions de directeur général délégué.** En cas de dissociation des fonctions, une question se pose qui est de savoir si le président du conseil d'administration peut cumuler sa fonction avec celle de directeur général délégué. Un tel cumul, qui donnerait naissance au titre peu élégant de P-DGD, peut

---

<sup>1</sup> Le Sénat avait souhaité maintenir à deux le cumul des mandats de président du conseil d'administration, et autoriser tous les mandats supplémentaires qui seraient exercés à l'intérieur d'un groupe. Cependant, l'Assemblée nationale a maintenu sa position.

<sup>2</sup> Ainsi, la limite de cinq mandats qui est désormais applicable au président du conseil d'administration englobe les mandats de président et d'administrateur qu'il pourrait exercer hors du groupe mais aussi au sein de filiales non cotées.

<sup>3</sup> Art. L. 225-51 C. com.

<sup>4</sup> Y. Guyon, *op. cit.*, n°173, p. 253.

paraître surprenant mais pourrait se révéler intéressant pour contourner les règles du cumul des mandats. En effet, la loi NRE n'autorise une personne physique à exercer qu'un seul mandat de directeur général, et éventuellement un autre dans une filiale non cotée, tandis que le nombre de postes de DGD n'est pas plafonné. Ainsi, une même personne physique ne peut être que deux fois P-DG mais pourrait être jusqu'à cinq fois P-DGD<sup>1</sup>. Le choix du statut de P-DGD permettrait donc de cumuler un plus grand nombre de postes, tout en disposant d'un pouvoir assez comparable à celui du P-DG.

60. - La loi NRE n'interdit pas explicitement un tel cumul. Cependant, sa légalité paraît douteuse.

En premier lieu, ce cumul est contraire à l'esprit de la loi. En effet, la dissociation des fonctions vise à séparer les « contrôleurs », réunis au sein du conseil d'administration, et les gestionnaires, qui sont membres de la direction générale. Or, en nommant un P-DGD, une société contreviendrait à cet objectif. En effet, le président du conseil d'administration, qui représente ce dernier et qui est chargé de surveiller au quotidien la gestion, serait également un gestionnaire. Le contrôle voulu par la loi serait affaibli. L'interprétation téléologique de celle-ci incite donc à exclure cette possibilité de cumul.

En second lieu, la nomination du président du conseil d'administration comme DGD contreviendrait aux principes d'organisation hiérarchique et de spécialisation des organes de la société anonyme affirmés par l'arrêt Motte<sup>2</sup> et plusieurs fois confirmés depuis<sup>3</sup>. En effet, il est douteux que le directeur général puisse exercer son autorité hiérarchique sur le P-DGD, puisque celui-ci sera en même temps le représentant de l'organe qui l'a nommé, à qui il doit rendre des comptes, et qui peut le révoquer à tout moment. La nomination d'un P-DGD reviendrait en pratique à confier à ce dernier le pouvoir de direction qui appartient selon la loi au seul directeur général. Ensuite et surtout, en permettant au président du conseil d'administration d'exercer des fonctions de direction générale, une société porterait également atteinte à la spécialisation des organes voulue par la loi. En effet, le président du conseil d'administration cesserait d'être spécialisé dans le contrôle des gestionnaires, mission que lui impose la loi en tant que représentant du conseil d'administration, pour exercer lui-même la gestion. Or, si une société souhaite que le président du conseil d'administration exerce des fonctions de direction générale, elle peut le faire. Il lui suffit de choisir la formule traditionnelle avec cumul des fonctions de président et de directeur général. Mais si au contraire elle choisit la dissociation des fonctions, elle doit respecter la spécialisation des organes qui résulte de cette formule. Créer un P-DGD revient à la dénaturer et pourrait donc conduire la jurisprudence à estimer que ce cumul n'est pas possible.

61. - **Le président du conseil d'administration qui exerce également les fonctions de directeur général.** Enfin, plusieurs remarques peuvent être faites lorsque le président du conseil d'administration cumule ses fonctions avec celle de directeur général.

---

<sup>1</sup> Le nombre de postes de P-DGD que pourrait exercer une même personne physique serait limité à cinq puisque cette limite s'applique au nombre de postes de président du conseil d'administration.

<sup>2</sup> Cass. Civ., 4 juin 1946 : *JCP* 1947, II, 3518, note Bastian ; J. Noirel, in *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, Sirey, 1962, , p. 235.

<sup>3</sup> Cass. Com., 31 janvier 1968 : *D.* 1968, p. 321 ; Cass. Com., 18 mai 1982 : *Rev. sociétés*, 1983, p. 71 ; Cass. Com., 22 janvier 1992 : *Rev. sociétés*, 1992, p. 61, note J.-P. Legros.

Tout d'abord, lorsque le président du conseil d'administration cumule cette fonction avec celle de directeur général, la loi n'indique pas quel titre il prend. Elle aurait pourtant pu rétablir le terme de P-DG au lieu d'en abattre le dernier vestige<sup>1</sup>. Le rapporteur à l'Assemblée nationale a justifié le refus de rétablir ce titre en invoquant un risque de confusion avec le P-DG d'avant 1966 car « le « président-directeur général » était le résultat de la fusion des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général, alors que la possibilité offerte par le présent article n'est pas celle d'une fusion, mais bien d'un véritable cumul de fonctions clairement distinguées »<sup>2</sup>. On peut ne pas être convaincu par l'argument. Il y a en tout cas un risque de confusion, bien plus dangereux pour les tiers, entre un président du conseil d'administration qui n'exerce pas la direction générale et un président qui assume cette dernière. La pratique se chargera sans doute de l'écarter en continuant à utiliser le titre de P-DG.

Ensuite, la révocation du P-DG de son poste d'administrateur par l'assemblée générale des actionnaires entraînera-t-elle à la fois, comme c'était le cas avant le vote de la loi NRE, la perte de sa fonction de président et de sa fonction de directeur général ? Une réponse positive s'impose. En effet, le choix du cumul des fonctions par le conseil d'administration implique que la même personne exerce les fonctions de président et de directeur général. Il n'est donc pas possible de révoquer cette personne de l'un de ses deux postes sans lui faire perdre également l'autre car ce serait alors changer implicitement de formule et établir la dissociation des fonctions. Or, ce pouvoir n'appartient pas à l'assemblée des actionnaires. De plus, actuellement, le président du conseil d'administration, qui cumule les deux fonctions, les perd en même temps et il n'y a aucune de raison de penser que le législateur ait souhaité une modification de l'état du droit sur ce point.

Enfin, la loi précise que la révocation du président du conseil d'administration qui exercera également les fonctions de directeur général reste une révocation *ad nutum*<sup>3</sup>. Cette précision, apportée par l'Assemblée nationale lors de la deuxième lecture, est la bienvenue car le texte déposé par le Gouvernement ne tranchait pas cette question. La rédaction du projet incitait d'ailleurs à penser que s'appliquait plutôt le régime de la révocation pour juste motif. Il y a donc une parfaite continuité avec la situation antérieure mais en même temps une absence d'alignement avec la situation nouvelle du directeur général qui n'est révocable que pour juste motif. Cela devrait sans doute inciter les actuels présidents de sociétés cotées à opter sans trop de regret pour le statut de directeur général. Il est cependant probable que le législateur sera amené tôt ou tard à harmoniser ces deux statuts en instaurant la révocation du président-directeur général pour juste motif.

62. - La loi NRE organise la dissociation des fonctions et en fixe le régime, mais elle oublie quelque peu de prévoir les conséquences de cette réforme sur de nombreux points qui ne sont pas tous de détail. De plus, du point de vue des thèses du gouvernement d'entreprise, la loi NRE présente des imperfections. Ceci ne fait que renforcer l'impression que la réforme, dont le principe n'est pas critiquable, a été préparée par le Gouvernement et examinée par le

---

<sup>1</sup> La loi NRE supprime la seule référence à la notion de président-directeur général qui figurait encore dans le Code de commerce, à l'art. L. 225-185 consacré aux options de souscriptions d'actions. Art. 132-IV L. NRE.

<sup>2</sup> E. Besson, *Rapport fait au nom de la commission des finances de l'économie générale et du plan de l'Assemblée nationale*, Doc. AN n°2327, t. I, p. 211.

<sup>3</sup> Art. 225-55 C. com (Art. 107-3° L. NRE).

Parlement avec une rapidité, liée au choix par le Gouvernement de la procédure d'urgence, qui a nui à un examen très approfondi. Il est vrai que la dissociation des fonctions n'est que l'une des mesures d'une loi qui comprend un grand nombre d'articles et constitue un fourre-tout dont l'unité artificielle ne résulte que du terme, qui méritait mieux, de régulation.

## **CONCLUSION**

63. – La dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général illustre bien deux grandes tendances de fond du droit des sociétés contemporain : l'influence des thèses du gouvernement d'entreprise et le renforcement de la liberté contractuelle<sup>1</sup>. En effet, la dissociation des fonctions constituait une revendication essentielle des partisans du gouvernement d'entreprise et la liberté laissée aux sociétés de choisir ou pas cette formule témoigne du souci de respecter leur autonomie. Pourtant, le texte de la loi NRE montre que le Parlement reste également soumis à des influences contraires et qu'il ne souhaite pas trop céder à ce double mouvement. Ainsi, certaines mesures, comme le fait que le directeur général ne soit révocable que pour juste motif, ne sont guère compatibles avec l'esprit du gouvernement d'entreprise. De même, le refus de laisser les statuts déterminer, en dehors de tout plafond légal, le nombre de directeurs généraux délégués témoigne d'une volonté de maintenir des limites à la liberté contractuelle.

64. - La dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général constitue une avancée du gouvernement d'entreprise et peut être approuvée car elle pourrait permettre un rééquilibrage des pouvoirs entre les gestionnaires et les actionnaires au profit de ces derniers. Cependant cette réforme comporte aussi un certain nombre d'oublis et d'imperfections. De plus, elle ne constitue pas une garantie absolue d'amélioration des pratiques du gouvernement d'entreprise. En effet, l'on constate que les sociétés qui ont adopté la structure à directoire et à conseil de surveillance, qui se rapproche pourtant de la nouvelle formule de dissociation des fonctions, ne sont pas particulièrement plus respectueuses des principes du gouvernement d'entreprise que les autres. Ensuite, si l'on se tourne vers l'étranger, l'on constate que certains pays qui pratiquent depuis longtemps la dissociation des fonctions ne sont pas pour autant à la pointe du combat pour le gouvernement d'entreprise.

65. - En fait, l'efficacité de la réforme dépendra en grande partie du sérieux du contrôle des administrateurs sur les dirigeants. Or, la responsabilité des administrateurs est rarement mise en cause et la jurisprudence leur est plus favorable que dans d'autres pays, notamment les Etats-Unis. Ainsi, le succès de cette réforme dépendra surtout, dans les sociétés cotées, de la bonne volonté des hommes et des femmes qui seront appelés à la mettre en œuvre. Dans les grandes sociétés cotées au capital éclaté, elle devrait d'ailleurs se diffuser assez largement puisqu'elle offre au chef d'entreprise une situation plus stable que celle de président-directeur général. Quant aux sociétés non cotées, il est peu probable que cette nouvelle formule connaîtra un grand succès parmi elles car son choix conduirait à un alourdissement inutile de leur fonctionnement.

---

<sup>1</sup> V. Sur ce point A. Piétrancosta, *Le droit des sociétés sous l'effet des impératifs financiers et boursiers*, Thèse Paris 1, sur CD-ROM, éd. Transactive 1999.

