

Directeur honoraire
Jacques Ghestin
Professeur émérite
de l'Université Paris I
Panthéon-Sorbonne

THÈSES
BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
PRIVÉ
TOME 634

Dirigée par
Guillaume Wicker
Professeur
à l'Université
de Bordeaux

LES SANCTIONS EN DROIT DES SOCIÉTÉS

Louis-Marie Savatier

Préface de
Hervé Synvet

Prix Francis Durieux de l'Académie des sciences morales et politiques
Prix de thèse de l'Université Paris-Panthéon-Assas

L G D J

un savoir-faire de
Lextenso

Directeur honoraire
Jacques Ghestin
Professeur émérite
de l'Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne

THÈSES
BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
PRIVÉ
TOME 634

Dirigée par
Guillaume Wicker
Professeur
à l'Université
de Bordeaux

LES SANCTIONS EN DROIT DES SOCIÉTÉS

Louis-Marie Savatier

Avocat et docteur en droit de l'Université Paris-Panthéon-Assas

*Préface de
Hervé Synvet*

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon Assas

*Prix Francis Durieux de l'Académie des sciences morales et politiques
Prix de thèse de l'Université Paris-Panthéon-Assas*

*Bibliothèque de droit privé fondée par Henry Solus
Professeur honoraire à la Faculté de droit
et des sciences économiques de Paris*

LGDJ un savoir-faire de
lextenso



© 2023, LGDJ, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
www.lgdj-editions.fr
EAN : 9782275118031
ISSN : 0520-0261
Collection : Thèses

Thèse retenue par le Comité de sélection de la Bibliothèque de droit privé
présidé par Guillaume WICKER et composé de :

Mireille BACACHE

*Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Conseiller en service extraordinaire à la Cour de cassation*

Dominique BUREAU

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Cécile CHAINAIS

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Dominique FENOUILLET

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Laurence IDOT

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Thierry REVET

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Pierre SIRINELLI

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

PRÉFACE

C'est un ouvrage de politique juridique en matière de sociétés que M. Louis-Marie Savatier livre au public. Politique juridique : le but de la réflexion menée par l'auteur est de formuler un certain nombre de préconisations qui, si elles étaient accueillies, amélioreraient sensiblement la qualité et la cohérence de tout un pan du droit des sociétés. C'est, d'ailleurs, un angle de recherche que les juristes devraient aborder plus franchement et sans complexe : ils ont la maîtrise technique de la matière et sont ainsi mieux armés, pour être force de proposition, qu'idéologues et bateleurs d'estrade.

Le champ choisi par M. Savatier est celui des sanctions en droit des sociétés. Il est vaste mais judicieux. Les sanctions en la matière sont diverses et nombreuses : nullités, injonctions, responsabilité civile, sanctions pénales – spécialisées ou non –, sanctions fiscales..., la liste pourrait être allongée. En faire le tour ne constituait-il pas une tâche démesurée ? En réalité elle était nécessaire. Si l'on veut que le régime des sanctions soit à la fois efficace et équilibré, il faut faire des choix entre elles (par exemple l'option malheureuse du législateur de 1966 fut de privilégier la répression pénale) ; il faut aussi acquérir une vue d'ensemble, pour que les diverses sanctions, plutôt que de se concurrencer, se complètent harmonieusement.

Le droit des sociétés fournit également un bon point d'observation pour apprécier la mécanique des sanctions. D'abord pour cette raison que, même si ses racines puisent encore dans le Code civil, l'évolution a fait qu'il a acquis une forte autonomie et s'est lui-même subdivisé, de sorte que la dialectique droit commun-droit spécial y est particulièrement intéressante à observer. Ensuite, parce que ses frontières sont relativement aisées à tracer ; sans nier qu'il puisse exister quelques interférences, les eaux du droit des sociétés ne se mélangent avec celles ni du droit des entreprises en difficulté, ni du droit des marchés financiers, ni du droit fiscal. Aussi bien le choix de la sanction peut-il éclairer sur la nature juridique de la règle : que l'on songe à la privation du droit de vote attachée au défaut de dépôt d'un projet d'offre publique obligatoire.

La thèse dont est issu ce livre est tout sauf un jeu de l'esprit. Elle débouche sur des propositions concrètes qui pourraient utilement inspirer une intervention législative. Nous laissons le lecteur en découvrir la liste, qui figure en fin d'ouvrage, et en mesurer l'intérêt. Nous voudrions simplement, ici, souligner la solidité de la construction qui y conduit.

Cette construction repose, d'abord, sur un classement des sanctions ayant cours en droit des sociétés, tant du point de vue de leurs méthodes que des agents qui les mettent en œuvre. Il ne s'agit pas seulement d'un effort de mise en ordre, déjà utile par lui-même. C'est surtout la base indispensable à une réflexion critique argumentée. Ainsi, un premier groupe de sanctions rassemble ce que M. Savatier appelle des « manières d'effets de droit ». Sont évoqués l'inexistence, le réputé non écrit, l'inopposabilité,

la nullité. C'est en ayant en tête ces distinctions et leurs conséquences que l'on peut, en pleine connaissance de cause, promouvoir tel ou tel instrument pour sanctionner la violation d'une règle de droit des sociétés déterminée (par exemple préférer la nullité relative à l'opposition en cas d'absence d'autorisation préalable par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance d'une société anonyme d'un cautionnement, d'un aval ou d'une garantie). Ou bien encore l'identification de la catégorie « réconciliations avec le droit » permet de mettre en évidence la propension du droit des sociétés à éluder le prononcé de certaines sanctions (à travers la confirmation, la régularisation, la prescription) et, surtout, d'en élucider les raisons.

M. Savatier déploie ensuite une critique serrée et très argumentée de notre organisation des sanctions. Sa conclusion est sévère : « le système actuellement en vigueur laisse une impression à la fois d'obsolescence et d'incohérence » écrit-il. Mais il ne se borne pas à un constat. Il en recherche les causes, qui puisent largement dans la loi du 24 juillet 1966. Celle-ci juxtapose des régimes propres à chaque forme sociale, ce qui engendre un certain pointillisme en matière de sanctions. La sanction pénale y occupe une place excessive. Les multiples interventions législatives que la matière a connues depuis 1966 ont été désordonnées et opportunistes (que l'on songe aux allers et retours auxquels ont donné lieu la détermination des cas de nullité des augmentations de capital des sociétés par actions et la fixation du délai de prescription de l'action). Enfin – et c'est là un péché contre l'esprit – les règles de sanction n'ont pas toujours suivi l'évolution des règles de fond. Comment expliquer à un investisseur étranger qui prend une participation dans une société par actions simplifiée que la violation de clauses statutaires répartissant les pouvoirs entre les organes sociaux, que ses avocats auront soigneusement négociées, peut demeurer impunie, en tout cas échappe à la nullité ? Tout ceci additionné fait beaucoup (trop).

Mais M. Savatier ne s'arrête pas en chemin. Esprit positif et pragmatique, il propose, sans esprit de système, de multiples améliorations. C'est, à vrai dire, le cœur de l'ouvrage, ce vers quoi toutes les analyses qui précèdent sont tournées. On lira avec une attention toute particulière le chapitre au sein duquel l'auteur s'emploie à dégager des « principes de réorganisation ». M. Savatier montre très bien la tension qui existe entre la recherche d'efficacité (il ne sert à rien d'édicter des dispositions impératives si l'on ne dissuade pas leurs destinataires – au premier chef les dirigeants sociaux – de s'en affranchir) et le besoin de modération (le remède ne doit pas être pire que le mal et il faut éviter la sanction déstabilisatrice – il suffit ici d'évoquer l'annulation d'une augmentation de capital réalisée par une société cotée). On en sait gré à M. Savatier : il ne fait pas de l'art pour l'art ; les solutions concrètes qu'il promeut se rattachent toujours à une réflexion d'ensemble. La cohérence est un objectif qu'il assigne à un régime de sanction ordonné ; le mot vaut aussi pour sa pensée.

À ce stade, il est d'usage de souhaiter au jeune docteur la réussite dans ses ambitions universitaires. Nous avouons éprouver ici un peu d'hésitation. Non que l'ouvrage que nous venons de présenter ne l'y prédestine pas. Mais, après de brillantes études, M. Savatier s'est engagé dans une carrière au barreau et il a pu faire des comparaisons. C'est à lui qu'il revient de choisir. Observons simplement que, si l'Université veut conserver en son sein les meilleurs, il lui faudra faire son examen de conscience...

Hervé SYNVE

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

TABLE DES ABRÉVIATIONS

Actes prat. et ing. soc.	Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire
<i>AJ Pén.</i>	Actualité Juridique Pénale
AJDI	Actualité juridique du droit immobilier
AktG	Aktiengesetz (loi allemande sur les sociétés par actions)
ANSA	Association Nationale des Sociétés par Actions
AMF	Autorité des marchés financiers
<i>Arch. phil. droit</i>	Archives de philosophie du droit
<i>Arch. pol. Crim.</i>	Archives de politique criminelle
Art.	Article
ass. plén.	Assemblée plénière
Auj.	Aujourd'hui
BOFIP	Bulletin Officiel des Finances Publiques-Impôts
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>Bull. Joly</i>	Bulletin Joly sociétés
<i>Bull. Joly Bourse</i>	Bulletin Joly bourse
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
C. proc. civ.	Code de procédure civile
C. proc. civ. ex.	Code des procédures civiles d'exécution
C. rur.	Code rural et de la pêche maritime
Cass.	Cour de cassation
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Chron.	Chronique
Civ.	Chambre civile (de la Cour de cassation)
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Code AFEP- MEDEF	Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, janvier 2020
Com.	Chambre commerciale (de la Cour de cassation)
Comp.	Comparer
Concl.	Conclusions
Cons.	Considérant
Cons. const.	Conseil constitutionnel
<i>Contra</i>	En sens contraire
Crim.	Chambre criminelle (de la Cour de cassation)

<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>D. aff.</i>	Dalloz affaires
<i>Defrénois</i>	Répertoire du notariat Defrénois
<i>Dir.</i>	Directive
<i>Dr. et patr.</i>	Droit et patrimoine
<i>Dr. fisc.</i>	Revue de droit fiscal
<i>Dr. pén.</i>	Revue droit pénal
<i>Dr. soc.</i>	Revue droit des sociétés
<i>Éd.</i>	Édition
<i>Égal.</i>	Également
<i>Études Joly soc.</i>	Études Joly Sociétés.
<i>Ex.</i>	Exemple
<i>Fasc.</i>	Fascicule
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>HCGE</i>	Haut Comité de Gouvernement d'Entreprise
<i>HCJP</i>	Haut Comité Juridique de la place financière de Paris
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
<i>IGF</i>	Inspection Générale des Finances
<i>Infra</i>	Ci-dessous
<i>JCl. com.</i>	Juris-classeur commercial
<i>JCl. soc.</i>	Juris-classeur société traité
<i>JCP E.</i>	Juris-classeur périodique (semaine juridique), édition entreprise
<i>JCP G.</i>	Juris-classeur périodique (semaine juridique), édition générale
<i>JCP N.</i>	Juris-classeur périodique (semaine juridique), édition notariale
<i>JO</i>	Journal officiel
<i>Jur.</i>	Jurisprudence
<i>L.</i>	Loi
<i>Lamy dr. aff.</i>	Revue Lamy droit des affaires
<i>Lamy dr. civ.</i>	Revue Lamy droit civil
<i>LPA</i>	Les petites affiches
<i>NBP</i>	Note de bas de page
<i>Not.</i>	Notamment
<i>Obs.</i>	Observations
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> (ouvrage cité)
<i>Ord.</i>	Ordonnance
<i>P.</i>	Page
<i>Préc.</i>	Précité
<i>QPC</i>	Question prioritaire de constitutionnalité
<i>Rappr.</i>	Rapprocher
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>Réc.</i>	Récemment
<i>Rééd.</i>	Réédition
<i>Rép. civ.</i>	Encyclopédie juridique Dalloz, répertoire de droit civil
<i>Rép. min.</i>	Réponse ministérielle
<i>Rép. pén. et proc. pén.</i>	Encyclopédie juridique Dalloz, répertoire de droit pénal et procédure pénale
<i>Rép. proc. civ.</i>	Répertoire de procédure civile

Rép. soc.	Encyclopédie juridique Dalloz, répertoire des sociétés
<i>Req.</i>	Chambre des requêtes
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>Rev. dr. banc. fin.</i>	Revue de droit bancaire et financier
<i>Rev. sc. crim.</i>	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
<i>Rev. soc.</i>	Revue des sociétés
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RJ Com.</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RTD Civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD Com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>RTD Eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>RTDF</i>	Revue trimestrielle de droit financier
<i>S.</i>	Recueil Sirey
<i>S.</i>	Suivant
<i>Soc.</i>	Chambre sociale (de la Cour de cassation)
<i>Somm.</i>	Sommaire
<i>Spéc.</i>	Spécialement
<i>Supra</i>	Ci-dessus
<i>T.</i>	Tome
<i>TC</i>	Tribunal de commerce
<i>TGI</i>	Tribunal de grande instance
<i>TJ</i>	Tribunal judiciaire
<i>V.</i>	Voir
<i>V°</i>	<i>Verbo</i>
<i>Vol.</i>	Volume

SOMMAIRE

PRÉFACE	7
INTRODUCTION	15
 PARTIE I	
LE PARTICULARISME DES SANCTIONS EN DROIT DES SOCIÉTÉS	39
Titre I : Les méthodes de sanction	45
Chapitre 1. Les manières d'effets de droit	47
Chapitre 2. Les réactions à la violation du droit	145
Chapitre 3. Les réconciliations avec le droit	185
Titre II : Les agents de sanction	235
Chapitre 1. Les agents occasionnels	237
Chapitre 2. Les agents permanents	291
 PARTIE II	
L'APPRÉCIATION DES SANCTIONS EN DROIT DES SOCIÉTÉS	357
Titre I : Le sens perdu des sanctions	361
Chapitre 1. Les sanctions absentes	367
Chapitre 2. Les sanctions inappropriées	425
Titre II : Le sens retrouvé des sanctions	521
Chapitre 1. Préliminaire : Principes de réorganisation	523
Chapitre 2. Un réajustement des méthodes de sanction	545
Chapitre 3. Une réorganisation des agents de sanction	619
CONCLUSION GÉNÉRALE	665

INTRODUCTION

Telle est la misérable condition des sanctions en droit des sociétés, qu'il leur faut chercher, dans le droit spécial, des consolations aux maux du droit commun et, dans le droit commun, des consolations aux maux du droit spécial.

Combien de sanctions n'ont trouvé, ni dans l'un ni dans l'autre, de distractions à leurs peines !¹

1. La recherche juridique est naturellement dominée par l'étude des règles de fond. Ainsi que l'écrit Motulsky, « *c'est à ce stade, en effet, que l'ordre juridique dicte, en quelque sorte, ses conditions* »². Il serait toutefois bien imprudent de négliger l'examen des sanctions qui, seul, permet de dévoiler la pleine signification des règles juridiques. L'inversion de la perspective habituellement adoptée soulève de surcroît des questions originales, dont la résolution obéit à des logiques propres. Une doctrine relativement récente témoigne en ce sens d'un intérêt renouvelé pour les sanctions³. Le droit des sociétés se prête tout particulièrement à l'exercice. Les sanctions y apparaissent en effet comme figées dans un état d'effervescence : une remarquable diversité de méthodes et d'agents cohabite dans un incessant mouvement, qui s'inscrit au cœur de la tension entre droit commun et droit spécial⁴. Outre un intérêt

1. Phrase librement inspirée de la maxime : « *Telle est la misérable condition des hommes, qu'il leur faut chercher, dans la société, des consolations aux maux de la nature, et, dans la nature, des consolations aux maux de la société. Combien d'hommes n'ont trouvé, ni dans l'une ni dans l'autre, des distractions à leurs peines !* », Sébastien-Roch Nicolas Chamfort, *Maximes et pensées*, Maxime n°98.

2. Henri Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, 1991, p. 73, n°75.

3. Pour des ouvrages collectifs transversaux, v. not. Cécile Chainais et Dominique Fenouillet (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, vol. 1, La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, 2012 ; Cécile Chainais, Dominique Fenouillet et Gaëtan Guerlin (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, vol. 2, La motivation des sanctions prononcées en justice*, Dalloz, 2013 ; Dan Kaminski (dir.), *La flexibilité des sanctions, XX^e journées juridiques Jean Dabin*, Bruylant, 2013 ; Yves Chaput (dir.), *La sanction : la lecture des économistes et des juristes*, Bruylant, 2011. Pour une liste des travaux sur ce sujet, v. Cécile Chainais et Dominique Fenouillet, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique » dans *Les sanctions en droit contemporain, vol. 1*, Dalloz, 2012, p. XI et s., spéc. n°6. Mentionnons également parmi les travaux récents Arnaud Reygrobellet et Nathalie Huet (dir.), *Les sanctions des sociétés cotées ? Quelles spécificités ? Quelle efficacité ?*, Lexisnexis, 2012 ; Pierre Negrel, *Contribution à la réflexion sur la notion juridique de sanction*, Thèse Aix-Marseille, 2004 ; Yves-Marie Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004 ; Fanny Luxembourg, *La déchéance des droits. Contribution à l'étude des sanctions civiles*, Éditions Panthéon Assas, 2007 ; Magali Jaouen, *La sanction prononcée par les parties au contrat*, Economica, 2013 ; Marie Leroux-Campello, *Les sanctions en droit de la consommation*, Thèse Paris 2, 2018.

4. À propos de cette effervescence, M. Le Cannu évoquait l'« *étrange ballet des sanctions* », v. Paul Le Cannu, « L'étrange ballet des sanctions en 2004 » dans *Le droit des sociétés pour 2005*, Dalloz, 2005, p. 41 et s.

pratique évident, le sujet invite donc à démêler les nombreuses questions qui sous-tendent un pareil bouillonnement.

2. Plusieurs monographies ont déjà partiellement défriché la matière. La plupart d'entre elles portent sur des sanctions précisément identifiées, telles que l'exécution forcée⁵, la clause réputée non écrite⁶, la peine⁷ ou encore l'épineuse nullité⁸. Ces travaux constituent de précieux supports, permettant d'apporter un éclairage sur les problématiques propres à certaines techniques en droit des sociétés. Ils n'abordent toutefois le problème que sous un angle parcellaire. Les progrès dans la réflexion trouvent alors une limite dans la dimension profondément systémique du sujet⁹. À notre connaissance, une seule recherche d'ensemble fut menée, en 1997, par M. Grosclaude, qui consacra sa thèse de doctorat au *renouvellement des sanctions en droit des sociétés*¹⁰. Le point de vue choisi par cet auteur a le mérite de souligner l'étonnant dynamisme de la matière. L'intensité des mouvements observés au cours des deux dernières décennies pourrait d'ailleurs suffire à justifier une actualisation de cette recherche. Ce n'est toutefois pas la seule motivation de nos travaux. De vastes étendues du sujet demeurent en effet insuffisamment explorées à ce jour, aussi bien sur le plan théorique que pratique. Or, faute de pouvoir s'appuyer sur des bases solides, les sanctions en droit des sociétés sont condamnées à tituber. La présente contribution se propose donc de remédier à ces diverses lacunes.

3. **Définition des termes du sujet.** À titre liminaire, précisons que cette thèse n'a pas vocation à examiner la réception de toute forme de sanction dans le contexte sociétaire. Il ne s'agit pas de dresser un régime général des sanctions susceptibles d'être infligées à l'être moral reconnu par la loi¹¹. Au contraire, seules seront envisagées les sanctions juridiques associées aux règles de fond relevant du droit des sociétés. Il importe alors de fixer le sens qu'il convient d'attribuer à la notion de droit des sociétés et, surtout, à celle de sanction.

5. Astrid Mignon-Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004.

6. Sophie Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, Economica, 2006. Si elle n'est pas propre au droit des sociétés, cette étude aborde extensivement la clause réputée non écrite dans cette matière.

7. Marianne Haschke-Dournaux, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, LGDJ, 2005.

8. Sur laquelle, v. surtout réc. Elsa Guégan, *Les nullités des décisions sociales*, Dalloz, 2020 ; v. égal. Jean-Baptiste Hauguel, *Les nullités en droit des sociétés*, Thèse Bordeaux, 2019.

9. À cet égard, il est révélateur que les auteurs précités finissent par envisager de façon incidente les autres sanctions du droit des sociétés. Par exemple, M^{me} Haschke-Dournaux traite dans la seconde partie de sa thèse des différentes sanctions civiles qui pourraient constituer des alternatives à la sanction pénale, v. M. Haschke-Dournaux, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, op. cit., p. 365, n° 518 et s. Dans le même esprit, nous relèverons également que M^{me} Mignon-Colombet analyse le domaine des nullités comme une limite nécessaire à celui de l'exécution forcée, v. A. Mignon-Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, op. cit., p. 211, n° 251 et s.

10. Laurent Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, Thèse Paris 1, 1997.

11. À ce titre, par exemple, les questions relatives aux effets de la sanction pénale prononcée à l'encontre d'une personnalité morale en cas de fusion ne relèvent pas de cette étude. Nous songeons notamment au revirement spectaculaire récemment opéré par Cass. crim., 25 nov. 2020, n° 18-86955, *Bull. crim.* : *Rev. soc.*, 2021, p. 79, note B. Saintourens et p. 115, note H. Matsopoulou ; *Dr. soc.*, 2021, n° 1, comm. 13, note R. Salomon ; *Bull. Joly*, 2021, n° 6, p. 62, note H. Le Nabasque ; *Dr. soc.*, 2021, n° 2, chron. 1, obs. E. Schlumberger.

4. Le droit des sociétés peut se définir simplement comme l'ensemble des règles qui régissent la création, le fonctionnement et la disparition des sociétés¹². Il puise aujourd'hui principalement sa source dans les dispositions du Titre IX du Livre III du Code civil et dans le Livre II du Code de commerce, corpus auxquels il convient d'ajouter plusieurs lois spéciales, les articles réglementaires correspondants, divers textes européens mais aussi la jurisprudence, les stipulations statutaires voire contractuelles, ainsi que certains documents de droit souple¹³. Ne seront donc pas étudiés en tant que tels, si ce n'est à des fins de comparaison, les droits étrangers et les règles encadrant les autres formes de groupement du droit français dont, notamment, les fondations ou les associations¹⁴. Par ailleurs, et afin de mener une analyse aussi cohérente que possible, il importe d'écarter les disciplines qui, en dépit des liens étroits qu'elles entretiennent parfois avec le droit des sociétés, obéissent à des logiques propres. Nous n'évoquerons donc pas les questions relevant du droit des entreprises en difficulté, dans la mesure où cette matière se caractérise précisément par sa capacité à bouleverser les équilibres juridiques existants¹⁵. Pour les mêmes raisons, nous n'aborderons pas davantage les questions qui relèvent principalement du droit du travail, du droit fiscal ou encore du droit des marchés financiers. En revanche, ainsi que nous aurons l'occasion de le voir tout au long de ces travaux, l'approche du droit des sociétés par le prisme de ses sanctions permettra d'apporter un éclairage nouveau sur de nombreuses zones floues, qui mettent en jeu concurremment plusieurs disciplines.

5. La définition de la sanction pose davantage de difficultés, qui méritent de s'y arrêter plus longuement, afin de cadrer convenablement l'objet de cette étude. Étymologiquement, le terme provient du latin *sanctio*, lui-même dérivé du verbe *sancire*¹⁶. La notion émerge principalement comme un lien entre le sacré et le profane. Le droit romain, qui nous l'a laissée en héritage, distinguait en effet entre trois types de lois. Les *leges perfectae*, tout d'abord, étaient perçues comme aptes à s'imposer par elles-mêmes, sans la menace d'une contrainte : il leur suffisait pour cela de dénier tout ce qui leur était contraire¹⁷. Comme nous le verrons, cette capacité dénégative peut

12. Ce qui correspond, pour l'essentiel, à la catégorie de rattachement relevant de la *lex societatis*. Sur laquelle, v. Hervé Synvet, « Société » dans *Rép. dr. international*, févr. 2010, n° 87 et s. ; HCJP, *Rapport sur le rattachement des sociétés*, 31 mars 2021.

13. À ce sujet, v. not. Thiphaine Saupin, *Les sources du droit des sociétés*, Thèse Paris 2, 2021. À paraître à la LGDJ. Précisons que cet auteur n'analyse pas les sources contractuelles ou statutaires de la matière.

14. La comparaison apparaît particulièrement utile à la lumière de la similarité de certains enjeux entre les sociétés et les autres groupements sur lesquels nous aurons l'occasion de revenir. En ce sens, v. Marie-Laure Coquelet, « La loi du 24 juillet 1966 comme modèle d'un droit commun des groupements » dans *Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 196 et s. ; Jean-François Hamelin, « Association et société, pour un dialogue des droits ! », *Dr. soc.*, 2019, n° 12, repère 11 ; Jean-Baptiste Barbiéri, *L'Ordre sociétaire*, Thèse Paris 2, décembre 2020, p. 22, n° 21.

15. Ainsi que le souligne Oppetit, dans cette matière « le discours juridique traditionnel, reposant sur une logique conceptuelle, s'est totalement effacé derrière un raisonnement factueliste et une appréciation de pure opportunité », Bruno Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999, p. 104, n° 85. Plus généralement sur le rapport de cette discipline avec le droit des sociétés, v. Laurence-Caroline Henry (dir), *Droit des sociétés et procédures collectives*, L'Harmattan, 2018.

16. Sur l'étymologie de ce terme, v. not. Émile Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, tome 2, Les Éditions de Minuit, 1968, p. 189 et s. ; Charles-Albert Morand, « La sanction », *Arch. phil. droit*, t. 35, 1990, p. 293 et s. ; Philippe Malaurie, « Les sanctions en droit privé », *Defrénois*, 2006, n° 4, p. 316 et s.

17. Yan Thomas, « De la "sanction" et de la "sainteté" des lois à Rome, Remarques sur l'institution juridique de l'inviolabilité » dans *Les opérations du droit*, Hautes études, 2011, p. 85 et s., spéc. p. 89 et s.

s'analyser comme une forme de sanction. Les *leges imperfectae*, ensuite, avaient la particularité d'être « *privées de tout dispositif de contrainte* » et ne pouvaient donc guère compter que sur leur commandement pour se faire respecter¹⁸. Enfin venaient les *leges minus quam perfectae*, appartenant à une zone intermédiaire « *dûment sanctionnées et munies de tout un appareil dissuasif et coercitif* »¹⁹. Définie dans le digeste de Justinien comme « *ce qui est défendu et protégé de l'atteinte des hommes* »²⁰, la sanction apparaît alors comme un moyen de conférer une force particulière aux lois qu'elle accompagne. Elle atteste, en creux, de la faiblesse congénitale des règles juridiques de fond qui, incapables de se suffire à elles-mêmes, sollicitent son secours.

6. Ce rapide survol historique ne fournit toutefois pas de critère opératoire permettant de circonscrire plus précisément le champ de notre étude²¹. Cette situation n'est pas fortuite. La recherche d'une définition de la sanction bute en effet sur la profonde polysémie de la notion²². M. Morand va même jusqu'à prophétiser la disparition de ce terme, qu'il juge « *ambigu, inutile et nocif* »²³. Ainsi que nous nous attacherons à le démontrer, la notion de sanction conserve cependant une utilité véritable en général et, en particulier, dans le domaine du droit des sociétés. À cette fin, après avoir écarté certaines propositions de définition usuelles, nous expliquerons les raisons pour lesquelles seule une conception purement fonctionnelle de la sanction nous permettra de mener à bien notre étude.

7. **Les définitions rejetées de la sanction.** Selon le doyen Vedel, une notion conceptuelle « *peut recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels (son contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes)* »²⁴. Une telle notion pourrait donc être identifiée avec une précision suffisante, indépendamment

Comme le souligne l'auteur, il est possible d'apercevoir ici les « *racines profondes de la théorie juridique des nullités* ».

18. *Ibid.*, spéc. p. 90. L'auteur ajoute : « *Ces lois étaient donc des commandements législatifs d'une espèce que la théorie kelsénienne de la sanction rend absolument inenvisageable, et qui pourtant sont attestées comme pensables par la doctrine romaine, à l'intérieur d'un classement des lois selon leur degré d'effectivité : lois privées de toute force exécutoire directe ou indirecte.* »

19. *Ibid.* p. 90. Une telle loi est celle « *qui défend de faire quelque chose et n'annule pourtant pas ce qui s'est fait, mais soumet à une peine celui qui a agi contre la loi* » (Digeste, I, 8,8 (Ulpian)), elle ne prétend pas changer directement la réalité et admet l'atteinte mais contre cette dernière, « *la loi se protège par la peine, par la sanction dont elle s'est munie* », *Ibid.* p. 91.

20. Digeste, I, 9, § 3 ; v. É. Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, tome 2, *op. cit.*, p. 189.

21. Comme l'écrit un auteur : « *Une définition ne s'impose guère par nature, se justifiant plutôt en ce qu'elle est opératoire, c'est-à-dire renvoie à des règles et institutions analogues et corrélées, et contribue à leur compréhension et à leur cohérence.* », Marie-Anne Frison-Roche, « Définition du droit de la régulation économique », *D.*, 2004, p. 126 et s.

22. Soulignant par exemple cette polysémie, v. L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, *op. cit.*, spéc. p. 2 et s. ; P. Malaurie, « Les sanctions en droit privé », *op. cit.* ; Michel van de Kerchove, « L'hypothèse de la flexibilité affecte-t-elle la nature et les fonctions des sanctions ? » dans *La flexibilité des sanctions*, XXF journées juridiques Jean Dabin, Bruylant, 2013, p. 53 et s., spéc. p. 56.

23. L'auteur écrit notamment qu'il s'agit d'un terme trompeur, « *qu'il vaudrait mieux éviter dans le cadre d'une taxinomie à prétention scientifique* » et qu'il pourrait « *disparaître sans difficulté du vocabulaire juridique* », C.-A. Morand, « La sanction », *op. cit.*, p. 310 et s.

24. Georges Vedel, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP G.*, 1950, I, 851, n° 4. Sur cette distinction, v. égal. Marie-Thérèse Calais-Auloy, « Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles) », *Les petites aff.*, 9 août 1999, p. 4 et s.

de son usage ou de son objet. C'est ainsi que beaucoup d'auteurs ont essayé de définir la sanction. Nous présenterons différentes tentatives qui s'inscrivent plus ou moins dans cette mouvance, avant d'exposer les raisons pour lesquelles une autre approche s'impose.

8. *L'assimilation à la consécration.* Dans la vieille législation romaine, la sanction était parfois assimilée à la consécration. L'expression *legem sancire* ou *lege sancire* permettait en effet de désigner l'opération par laquelle une chose devenait inviolable grâce à sa promulgation légale²⁵. En ce sens, la sanction constitue une reconnaissance permettant de conférer son efficacité à un acte, en raison de sa conformité à une règle ou à un ordre social établi. Cette signification n'est pas totalement tombée en désuétude. N'énonce-t-on pas, dans le langage courant, que le diplôme sanctionne les études ? Dans une perspective juridique, remarquons que l'article 109 de la Constitution belge prévoit que le Roi « *sanctionne et promulgue les lois* ». La Cour de cassation française fait même parfois référence à cette acception en droit des sociétés, par exemple lorsqu'elle estime qu'une réduction de capital sanctionne l'obligation de contribution aux pertes des associés²⁶. En raison de son évidente étroitesse, cette première définition ne saurait cependant convenir aux besoins de notre étude.

9. *L'assimilation à la contrainte.* La sanction est ensuite fréquemment assimilée à la contrainte²⁷. Le raisonnement sous-jacent est simple : puisqu'une règle est susceptible d'être violée, le meilleur moyen d'en assurer le respect réside dans l'emploi de la force publique qui devient, du même coup, le fait distinctif du droit. Plusieurs

25. É. Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, tome 2, *op. cit.*, p. 190. En ce sens, v. égal. *Ibid.* ; C.-A. Morand, « La sanction », *op. cit.*, p. 294 ; Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., PUF, 2016, v. Sanction ; François Ost et Michel van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, PUFSL, 2002, p. 227 et s. ; Philippe Jestaz, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.*, 1986, p. 197 et s., spéc. p. 256 ; P. Malaurie, « Les sanctions en droit privé », *op. cit.*

26. V. dans le cadre d'opérations dites de coups d'accordéon, « la réduction de capital ne constituant pas une atteinte à leur droit de propriété, mais **sanctionnant** leur obligation de contribuer aux pertes dans la limite de leurs apports » (nous soulignons), Cass. com., 10 oct. 2000, n° 98-10236 : *JCP E.*, 2001, 85, note A. Viandier ; v. égal. en ce sens Cass. com., 18 juin 2002, n° 99-11999, *Bull. civ. IV*, n° 108.

27. Pour des auteurs étrangers, v. par ex. Thomas Hobbes, *Leviathan*, 1651, 2^e part. chap. 17 (« *Covenants, without the swords, are but words* »). De même, il est possible de remarquer que dans la pensée allemande, Kant et Fichte font reposer l'obligation juridique sur la contrainte extérieure, v. Simone Goyard-Fabre, *Kant et le problème du droit*, Vrin, 1975, p. 56 et s. Jhering écrivait encore : « Une règle de droit dépourvue de contrainte est un non-sens : c'est un feu qui ne brûle pas, un flambeau qui n'éclaire pas », Rud von Jhering, *L'évolution du droit*, trad. O. de Meleunaere, Librairie A. Marescq, 1901, p. 216, n° 145 ; v. égal. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, 2^e éd., Dalloz, 1962, spéc. p. 46 et s. ; John Austin, *Province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence*, Weidenfeld and Nicolson, 1954, p. 13 et s. ; Vilhelm Aubert, « On sanctions », *European Yearbook in Law and Sociology*, 1977, 35, n° 3, p. 1 et s.

En France, nous retiendrons qu'Aubry et Ray définissaient le droit comme « l'ensemble des préceptes ou règles de conduite à l'observation desquels il est permis d'astreindre l'homme par une coercition extérieure ou physique », Charles Aubry et Charles-Frédéric Rau, *Cours de droit civil français*, 5^e éd., Marchal et Billard, 1897, t. 1, p. 2, n° 1. Assimilant également la sanction à la contrainte et au droit, v. François Gény, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, 1914, t. 1, spéc. n° 16 ; Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1920, t. 1, p. 37 ; Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., Boccard, 1923, t. 1, p. 92 et s. ; Paul Roubier, *Théorie générale du droit*, 2^e éd., Sirey, 1951, p. 32 et s. ; Gabriel Marty et Pierre Raynaud, *Introduction générale à l'étude du droit*, 2^e éd., Sirey, 1972, spéc. n° 34 ; Boris Starck, *Droit civil. Introduction*, Librairies techniques, 1972, p. 7 ; Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 1978, p. 326 ; Boris Starck, Henri Roland et Laurent Boyer, *Introduction au droit*, 5^e éd., Litec, 2000, p. 32, n° 72 ; Jean Carbonnier, *Droit civil : Introduction*, 27^e éd., PUF, 2002, p. 53 ; Jean-Louis Bergel, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Dalloz, 2012, p. 45, n° 33.

arguments justifient toutefois non seulement d'écarter une telle définition, mais également de réfuter le postulat sur lequel elle repose.

10. La contrainte juridique, en premier lieu, n'intervient généralement « *que sous forme d'exécution d'une obligation ou d'une peine* »²⁸. Elle constituerait dès lors « *soit un concept vague, incapable de caractériser la sanction, soit un concept précis qui exprime le point extrême de la répression, le moment où l'homme est mis hors d'état d'agir. Vu qu'il s'agit d'une situation rare, le concept perd alors toute valeur distinctive* »²⁹. En deuxième lieu, il est clair que la plupart des sanctions ne reposent nullement sur la mise en œuvre effective d'une contrainte. Cette vérité générale se vérifie tout particulièrement en droit des sociétés, qui ne fait que rarement appel à un tel procédé. La plupart des sanctions font en réalité l'objet d'une application spontanée, qui dispense d'en venir jusqu'à ce stade ultime³⁰, comme c'est le cas chaque fois qu'un individu s'acquitte volontairement d'une amende, ou qu'il refuse d'appliquer une clause réputée non écrite. La contrainte, pour le dire autrement, occulte l'essentiel des sanctions pour se concentrer sur une voie qui est à la fois contingente, rare et floue. En troisième lieu, l'assimilation de la sanction à la contrainte entretient maladroitement le préjugé selon lequel la sanction serait nécessairement liée à l'État. La possibilité de forcer des individus n'apparaît en effet tolérable que si elle est exercée par le détenteur du monopole de la violence légitime, au sens où l'entendait Max Weber³¹. Or, la majorité des sanctions de droit privé ne reposent justement pas sur l'intervention de l'État³². Il suffit, pour s'en convaincre, de songer à la mise en œuvre d'une clause statutaire d'exclusion par l'assemblée générale. En quatrième et dernier lieu, une objection plus fondamentale réside dans l'idée que le droit ne peut logiquement être fondé sur la coercition. Ainsi que le rappelle M. Brunet, l'assimilation de la sanction à la contrainte saperait les fondations sur lesquelles notre système juridique est bâti, en niant la liberté qui justifie la règle³³. Comme l'écrivait Renard : « *Ce n'est pas la faculté de coercition qui fait le Droit ; c'est le Droit qui légitime la coercition* »³⁴. Le rapprochement de la sanction et de la contrainte ne peut donc qu'être rejeté.

28. Michel Virally, *La pensée juridique*, Réed. 1960., Panthéon-Assas, 2010, p. 69. L'auteur remarque au demeurant qu'il existe des contraintes étrangères à l'idée de sanction.

29. C.-A. Morand, « La sanction », *op. cit.*, p. 299.

30. M. Virally, *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. 70. En ce sens, v. égal. L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 30.

31. Max Weber, *Le savant et le politique*, Réed. 1959., Univers Poche, 2019, spéc. p. 125.

32. Sur cette remise en cause, v. not. M. Jaouen, *La sanction prononcée par les parties au contrat*, *op. cit.*, p. 4, n° 2 ; L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 240. Évoquant également l'existence de sanctions « décentralisées », v. C.-A. Morand, « La sanction », *op. cit.*, p. 309. Insistant encore sur le mouvement de privatisation et de déjudiciarisation de la sanction, v. C. Chainais et D. Fenouillet, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique », *op. cit.*, spéc. n° 50.

33. « *Confondre sanction et sanction de contrainte entretient ici l'idée d'une normativité indexée sur l'effectivité, ce qui est contraire à la distinction entre être et devoir-être et vide de son sens la normativité juridique, privant ainsi toute la construction des fondements sur lesquels elle prétendait s'ériger.* », François Brunet, *La normativité en droit*, Mare et Martin, 2012, p. 182. En ce sens, relevons encore Paul Amselek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, LGDJ, 1964, p. 224 et s. ; Michel Miaille, *Une introduction critique au droit*, Maspero, 1976, p. 100 et s. ; P. Jestaz, « La sanction ou l'inconnue du droit », *op. cit.*, spéc. p. 199 ; C.-A. Morand, « La sanction », *op. cit.*, spéc. p. 295 et s. ; F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, spéc. p. 223 et s.

34. Georges Renard, *Le Droit, L'ordre et la Raison, conférences d'introduction philosophique à l'étude du droit (3^e série)*, L. Tenin, 1927, p. 50.