

Synthèse - Administration, direction et contrôle de la société anonyme

Date de fraîcheur : 18 Juin 2019

ESSENTIEL

Michel GERMAIN

Professeur émérite de l'université de Paris II

Administration, direction et contrôle de la société anonyme

Les administrateurs forment le conseil d'administration qui est un organe essentiel de la société anonyme. Aussi la loi accorde-t-elle une attention particulière au statut des administrateurs : cumul des mandats sociaux, cumul du contrat de travail, conventions réglementées.

Les dirigeants (président, directeur général et directeur général délégué) sont également soumis à des dispositions juridiques contraignantes proches des précédentes. Mais les dirigeants de sociétés cotées sont en outre soumis à des règles spécifiques issues du Code de commerce ou du « Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées ».

Les commissaires aux comptes ont vu leur mission de contrôle considérablement s'accroître depuis la loi de 1966. Mais la loi Pacte n° 2019/486 du 22 mai 2019 vient de réduire de façon importante le champ des sociétés soumises à ce contrôle.

I. - Administrateurs

A. - Nomination

V. JCI. Société Traitée, Fasc. 130-10 et 130-20

1. – Capacité – Le droit des sociétés ne contient aucune disposition imposant une capacité particulière à l'administrateur (*S. Schiller, La protection de la société contre l'état de vulnérabilité de son dirigeant, RJDA 2012, p. 411 ; M. Grimaldi, Le mandat à effet posthume in La disparition du chef d'entreprise, LexisNexis 2012 ; J. P. Legros, La répercussion des tribulations du dirigeant sur son mandat, Mélanges Germain, LexisNexis 2015, p. 451*). S'appliquent les règles de droit commun des personnes physiques auxquelles il faut ajouter d'une part des règles spécifiques prévoyant des interdictions résultant de condamnations à un certain nombre d'infractions pénales et de la faillite personnelle (*C. com., art. L. 653-2 et L. 653-8*) et d'autre part des incompatibilités résultant d'activités professionnelles particulières. La Cour de cassation s'est prononcée récemment sur la possibilité de révoquer un mandat posthume (*Cass. 1re civ., 10 juin 2015, n° 14-10.377 : JurisData n° 2015-013654 ; Bull. Joly Sociétés 2015, p. 574, note H. Lecuyer*).

Une personne morale peut être nommée administrateur. La loi a créé un statut original de représentant permanent de la personne morale administrateur. Cette situation se rencontre tout particulièrement dans les groupes de sociétés.

2. – Élection – À la création de la société, si la société ne fait pas d'offre au public, les premiers administrateurs sont nommés dans les statuts. En cours de vie sociale, c'est l'assemblée générale ordinaire qui désigne les administrateurs, sauf hypothèse de cooptation par le conseil dans des cas particuliers.

3. – Présence facultative des salariés dans les sociétés – Une ordonnance du 21 octobre 1986 a introduit la possibilité de prévoir dans les statuts des sociétés anonymes la nomination, par le personnel salarié, d'administrateurs qui siègent avec voix délibérative au sein du conseil d'administration (*C. com., art. L. 225-27*). Il s'agit d'une simple faculté et non d'une simple obligation. Cette mesure ne peut donc être mise en œuvre que si les statuts le prévoient (*V. JCI. Société Traitée, Fasc. 130-60*). Ce dispositif facultatif n'est plus possible depuis la loi du 14 juin 2013 pour les sociétés qui entrent dans le champ d'application de l'article 225-27-1 du Code de commerce, exception faite des sociétés qui auraient antérieurement à cette loi choisi cette possibilité (*V. n° 5*).

4. – Actionnariat des salariés – Dans les sociétés cotées sur un marché réglementé, il est prévu des dispositions spécifiques lorsque les salariés représentent plus de 3 % du capital de la société : ces salariés détiennent, selon l'article L. 225-102 du Code de commerce, leurs actions dans des formes d'actionnariat collectif ou détiennent des actions attribuées gratuitement. Quand ce montant de 3 % du capital est atteint, l'article L. 225-23 du Code de commerce, dispose qu'un ou plusieurs administrateurs sont élus par l'assemblée générale des actionnaires, sur proposition de ces salariés actionnaires (sur la compétence du juge commercial, *V. CA Paris, 15 juin 2017 : Bull*

Joly Sociétés 2017, p. 535, note A. Couret). Les statuts de la société précisent le nombre de ces administrateurs salariés spécifiques. Cette formule de l'article L. 225-23 a d'abord été facultative, avant qu'elle ne devienne obligatoire à la suite de la loi du 30 décembre 2006 .

L'obligation de désigner des représentants des salariés actionnaires dans le conseil d'administration est étendue par la loi Pacte du 22 mai 2019 aux sociétés non cotées sur un marché réglementé, qui emploient à la clôture de deux exercices au moins 1000 salariés dans la société et ses filiales directes ou indirectes ayant leur siège social en France ou au moins 5000 salariés dans la société et ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est en France ou à l'étranger (*C. com.*, art. L. 225-23, al. 2, mod. L. Pacte, art. 184, I, A – H. Le Nabasque, *La composition de organes de direction et de contrôle de la gestion des sociétés par actions après la loi Pacte* : *Bull. Joly Sociétés juin 2019*, p. 51). L'application dans le temps est prévue par l'article 184, I-B de la loi Pacte.

5. – Présence obligatoire des salariés dans les sociétés – À côté des deux dispositifs précédemment présentés, la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 , dite Loi pour la sécurisation de l'emploi, impose que les salariés soient représentés au conseil d'administration de certaines grandes entreprises implantées en France (*B. Dondero, Loi de sécurisation de l'emploi : aspects de droit des sociétés* : *Bull. Joly Sociétés 2013*, p. 471 ; *S. de Vendeuil et O. Rault-Dubois, Représentation des salariés au conseil d'administration ou de surveillance des grandes entreprises* : *JCP E 2013*, 1379 ; *R. Vatinet, Représentation des salariés dans les conseils d'administration ou de surveillance* : *Rev. sociétés 2014*, p. 75 ; *C. Clerc et P. L. Périn, Les administrateurs salariés* : *CDE 2015*, dossier 18 . – *A. Couret, Le mandat d'administrateur représentant des salariés et les aléas de son fait générateur* : *Bull. Joly Sociétés 2018*, p. 385 – *Dossier ANSA, n° 15-002*). Cette loi est la suite législative de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 pour la sécurisation de l'emploi. Les sociétés qui ont usé de l'article L. 225-27 (V. n° 3) échappent à ces dispositions obligatoires. La loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi est venue modifier la loi du 14 juin 2013 , tout particulièrement par l'abaissement des seuils précédemment prévus.

Est dorénavant soumise à ce dispositif obligatoire la société anonyme qui emploie, à la clôture de deux exercices au moins 1000 salariés permanents (5000 selon l'ancienne loi de 2013) dans la société et ses filiales directes ou indirectes, ayant toutes leur siège social en France (*C. com.*, art. L. 225-27-1, I). S'il existe des filiales directes ou indirectes, dont le siège social est situé en France ou à l'étranger, le nombre de salariés permanents de l'ensemble du groupe doit atteindre 5000 salariés permanents (10000 selon l'ancienne loi de 2013) pour que s'impose cette obligation à la société mère. Le dispositif de représentation des salariés est conçu au niveau du groupe et n'a pas besoin d'être réitéré dans chacune des sociétés le composant. Le rapport entre le nombre des administrateurs salariés et le nombre d'administrateurs du conseil a évolué. Depuis la loi Pacte, au moins deux administrateurs représentant les salariés doivent être désignés lorsque le nombre d'administrateurs compte plus de huit membres et au moins un administrateur représentant les salariés lorsque le nombre des membres est égal ou inférieur à huit (*C. com.* , art. L. 225-27-1, II mod.). Selon la loi de 2013, les holdings qui ne comportaient pas de comité d'entreprise échappaient à ce dispositif obligatoire. Depuis la loi du 17 août 2015 , une société dont « l'activité principale est d'acquérir et de gérer des filiales et des participations » peut ne pas mettre en œuvre cette obligation, si elle détient une ou plusieurs filiales appliquant ce dispositif en application de la loi (*C. com.*, art. L. 225-27-1, I). L'ANSA a donné de cette formule une interprétation qui paraît conforme à l'intention du législateur : « elle vise des sociétés dont l'activité principale est généralement désignée comme étant celle d'un holding de participation à vocation principalement financière (*Communic. ANSA, n° 16-003*).

L'application dans le temps de la loi Pacte conduit à ce que les modifications statutaires nécessaires soient proposées lors de l'assemblée générale ordinaire organisée en 2020 (*Loi Pacte, art. 184, I-B*).

B. - Statut des administrateurs

V. JCI. Société Traitée, Fasc. 130-30

6. – 6.- Mixité – La loi du 27 janvier 2011 (*C. com.*, art. L. 225-17 s.) prévoit que la proportion des administrateurs de chaque sexe ne peut pas être inférieure à 40% dans les sociétés cotées et dans les sociétés dépassant certains seuils. Toute nomination intervenue en violation de cette loi est nulle, mais n'entraîne pas la nullité des délibérations auxquelles avait pris part l'administrateur irrégulièrement nommé (*C. com.*, art. L. 225-18 al. 1). Cette atténuation de la nullité est supprimée par la loi Pacte du 22 mai 2019. D'autre part en cas de nomination par le conseil d'un directeur général délégué le conseil devra organiser un processus de sélection garantissant la présence d'une personne de chaque sexe parmi les candidats (*C. com.*, art. L. 225-53 mod. L. Pacte).

1°Durée des fonctions

a) Durée normale

7. – 7.- Fixation de la durée – Selon l'article L. 225-18, alinéa 1 du Code de commerce (*mod. L. 22 mars 2012, n° 2012-387*), la durée des fonctions d'administrateur « est déterminée par les statuts sans pouvoir excéder six ans ». Les statuts doivent déterminer précisément la durée et ne peuvent se contenter d'une durée maximale. La nomination prend effet à partir de l'acceptation de l'administrateur.

La loi n'exige pas le renouvellement en bloc tous les six ans. En général les statuts prévoient un mode de renouvellement partiel qui permet de conserver une partie de la mémoire du conseil et d'intégrer des personnalités nouvelles. Le tableau de roulement est souvent établi à l'origine par voie de tirage au sort et agencé de telle sorte qu'aucun administrateur ne reste en fonction au-delà du terme fixé par la loi.

8. – 8.-Fin des fonctions – La fin des fonctions - à l'issue de la durée fixée - devrait avoir lieu à la date anniversaire de la nomination. Mais cette date pourrait ne pas coïncider avec la date de réunion d'une assemblée générale. Aussi l'article R. 225-15 du Code de commerce précise-t-il que les fonctions prennent fin à l'issue de la réunion de l'assemblée générale des actionnaires ayant statué sur les comptes de l'exercice écoulé et tenue dans l'année au cours de laquelle expire le mandat dudit administrateur.

Les administrateurs sont indéfiniment rééligibles, sauf disposition contraire des statuts. L'assemblée générale n'a aucune obligation de réélire l'administrateur dont le mandat vient à expiration.

La publicité de la fin des fonctions oblige à une insertion dans un journal d'annonces légales, un dépôt au greffe, une inscription modificative au registre du commerce et une insertion au BODACC.

b) Cessation anticipée liée à la personne de l'administrateur

9. – 9.- Diversité des cas – Diverses circonstances peuvent entraîner la cessation anticipée des fonctions de l'administrateur et sont liées à sa personne : certaines sont indépendantes de sa volonté, comme le décès, l'incapacité, la déchéance, la limite d'âge ou la démission d'office (*Cass. com.*, 7 juin 2011, n° 10-17.732 : *JurisData* n° 2011-010933 ; *Dr. sociétés* 2011, *comm.* 172, *obs. D. Gallois-Cochet* ; *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 22, *note F.-X. Lucas – T. Favario, Le décès du dirigeant social, D. 2017, p. 1668*) ; d'autres en sont directement la conséquence, comme la démission volontaire. Il est important que le conseil d'administration prenne conscience de ces premiers cas, car les délibérations du conseil d'administration sont sans doute nulles quand siège au conseil d'administration un dirigeant irrégulièrement nommé.

10. – 10.- Démission – Quant au second type de cas, celui de la démission, il a été éclairé par la jurisprudence en ce qui concerne la liberté de la démission et le moment de la fin des fonctions. Cette liberté de la démission est fondamentale car les administrateurs en désaccord avec le conseil d'administration doivent pouvoir le quitter quand ils le veulent. À défaut ils pourraient courir le risque de voir leur responsabilité engagée pour n'avoir pas suffisamment manifesté leur opposition à la politique de la société. En conséquence, la jurisprudence admet qu'un administrateur peut mettre fin à ses fonctions à tout moment. Quant au moment de la prise d'effet de la démission, la Cour de cassation a décidé que la démission est un acte unilatéral, qui prend effet dès qu'elle est portée à la connaissance de la société (*Cass. com.*, 22 févr. 2005, n° 03-12.902 : *JurisData* n° 2005-027127 ; *Dr. sociétés* 2005, *comm.* 93,

note J. Monnet ; Bull. civ. 2005, IV, n° 38 ; Rev. sociétés 2005, p. 625, note J.-J. Daigre. – V. aussi Cass. soc., 1^{er} févr. 2011, n° 10-20.953 : JurisData n° 2011-000942 ; Dr. sociétés 2011, comm. 65, obs. M.-L. Coquelet ; adde D. Gibirila, RJDA 2011, p. 267. – Cass. com., 8 juin 2017, n° 14-29.618 : Bull. Joly Sociétés 2017, p. 544, note J.-F. Barbiéri ; Dr. sociétés 2017, comm. 206, note J. Heinich. – Cass. com., n° 15-28.262, 20 sept. 2017, n° 15-28.262 : JurisData n° 2017-021355 ; Dr. sociétés 2017, comm.207, note J. Heinich).

3° Révocation des administrateurs

11. – 11.- Principe – Selon la loi, « les administrateurs peuvent être révoqués à tout moment par l'assemblée générale ordinaire » (C. com., art. L. 225-18). Cette règle connue sous le nom de « révocation *ad nutum* » (sur un signe de tête) est très ancienne. Elle a souvent été critiquée, mais elle subsiste encore aujourd'hui (V. Ph. Merle, La révocation des dirigeants sociaux, RJ com. 2017, n° 1, p. 2).

Ce principe d'ordre public signifie que les administrateurs peuvent être révoqués par les actionnaires sans motif, sans préavis et sans indemnité. Le caractère d'ordre public de cette règle affirmée par la doctrine et la jurisprudence, explique la nullité de conventions faisant obstacle, directement ou indirectement, à la révocation des administrateurs (Cass. com., 26 mai 2004, n° 01-03.569 : JurisData n° 2004-024063 ; JCP E 2004, 1344, note A. Viandier. – Cass. com., 26 avr. 2017, n° 15-12.888 : Rev. sociétés 2018, p. 107, note E. Schlumberger, décidant la nullité d'une clause d'un pacte d'actionnaire portant atteinte à la libre révocabilité de l'administrateur). Sont aussi nulles les conventions prévoyant le versement d'indemnités ayant pour effet de mettre à la charge de l'actionnaire majoritaire le paiement d'une somme qui le dissuaderait de voter la révocation (Cass. com., 14 mai 2013, n° 11-22.845 : JurisData n° 2013-009387 ; Dr sociétés 2013, comm 157, note M. Roussille ; Rev. sociétés. 2013, p. 567, note B. Saintourens ; Bull. Joly Sociétés 2013, p. 634, note A. Gaudemet).

12. – 12.- Mise en œuvre de la révocation – La loi prévoit une décision de l'assemblée générale ordinaire, mais une décision de juges du fond a admis la compétence de l'assemblée générale extraordinaire (CA Rennes, 25 févr. 1972 ; JCP G 1972, II, 17220, note Synvet). Pour permettre plus aisément la révocation de l'administrateur, la loi décide que même si la question n'est pas inscrite à l'ordre du jour l'assemblée peut, en toutes circonstances, révoquer un ou plusieurs administrateurs (C. com., art. L. 225-18, al. 2).

13. – 13.- Contrôle du juge – Le principe de la révocabilité *ad nutum* des administrateurs limite naturellement le contrôle du juge qui ne peut pas apprécier la réalité et le sérieux de la révocation. Ne relève de son pouvoir que l'appréciation de l'abus dans l'exercice de ce droit de révocation. Il est ainsi de jurisprudence constante que la révocation intervenue de manière précipitée, entourée de circonstances injurieuses ou vexatoires, permet à l'administrateur révoqué d'obtenir des dommages et intérêts (CA Paris, 30 juin 2016 : Dr. sociétés 2016, comm. 208, note C. Coupet ; Rev. soc. 2016, p. 743, note J.-P. Mattout). Ceux-ci ne réparent pas le dommage causé par la révocation elle-même mais simplement le dommage causé par les circonstances de la révocation.

Depuis une vingtaine d'années est apparue une nouvelle source d'abus qui prend de l'importance dans la jurisprudence et à laquelle la pratique doit être attentive : est considérée comme abusive une révocation qui intervient sans que soient respectés le principe de la contradiction ou les droits de la défense. L'administrateur doit avoir été mis en mesure de connaître les motifs de la décision prise à son encontre et de présenter ses observations avant que la décision ne soit prise (Cass. com., 14 mai 2013, n° 11-22. 845 : Dr. sociétés 2011, comm. 157, note S. Torck ; JurisData n° 2011-009654 ; D. 2013, p. 2319, note B. Dondero ; Rev. sociétés 2013, p. 567, note B. Saintourens ; Bull. Joly Sociétés 2013, p. 634, note A. Gaudemet). Mais il ne peut se plaindre s'il se dispense lui-même de débattre (Cass. com., 10 juill. 2012, n° 11-23.280 : JurisData n° 2012-015635 ; Bull. Joly Sociétés 2013, p. 29, note J.-F. Barbiéri). Dans des arrêts récents, la Cour de cassation abandonne le fondement du principe de la contradiction pour se référer à « une obligation de loyauté dans l'exercice du droit de révocation » (Cass. com., 14 mai 2013, n° 11-22.845, préc. n° 11. – Cass. com., 21 juin 2017, n° 15-21.865 : Bull. Joly Sociétés 2017, p. 604, note P. Kasparian ; Dr. sociétés 2017, comm. 164, note J. Heinich). Le respect de cette obligation n'impose pas le

respect d'un délai particulier pour la préparation de sa « défense » par le dirigeant (*Cass. com.*, 10 févr. 2015, n° 13-27.967 : *JurisData* n° 2015-009969 ; *Rev. sociétés* 2015, p. 371, note A. Viandier).

4° Cumul de mandats d'administrateurs

V. JCI. Société Traitée, Fasc. 130-20

14. – 14.- Principe – Le principe est celui d'une limitation du nombre de mandats qu'une même personne peut détenir, sous réserve d'exceptions au profit de certains administrateurs. La loi du 16 novembre 1940 avait, la première, prévu des règles limitant le cumul de mandats. Le mouvement général de la législation est allé dans le sens d'une plus grande rigueur, c'est-à-dire d'une restriction relative des cumuls de mandats et l'on évoque une réforme à venir qui pourrait suivre cette même tendance. Depuis la loi NRE du 15 mai 2001, modifiée par une loi du 29 octobre 2002, la réglementation impose un double plafond, l'un au niveau des seuls mandats d'administrateurs et de membres du conseil de surveillance, l'autre au niveau global de toutes les fonctions de dirigeant.

15. – 15.- Plafond spécial des mandats d'administrateur – Ce plafond limite leur nombre à cinq par personne physique (*C. com.*, art. L. 225-21). Il ne concerne que les sociétés ayant leur siège social en territoire français.

Il existe des règles spéciales dans les groupes de sociétés. Les représentants permanents sont considérés comme des administrateurs du point de vue de l'application de ces règles, ce qui est beaucoup plus sévère que dans le droit antérieur issu de la loi de 1966. En revanche, deux autres règles apportent des dérogations qui assouplissent notablement le plafond de cinq mandats. D'abord un administrateur, même s'il est déjà titulaire de cinq mandats, peut être administrateur sans limitation dans d'autres sociétés, si ces dernières sont contrôlées par une société dont il est administrateur. Ensuite cinq mandats d'administrateur de sociétés non cotées contrôlées par une même société (c'est-à-dire de sociétés sœurs) ne comptent que pour un mandat.

Pour l'application de ces dispositions, les deux catégories de mandat d'administrateur et de mandats de membre du conseil de surveillance sont assimilées (*C. com.*, art. L. 225-94).

Diverses exceptions sont prévues (*C. com.*, art. L. 225-95-1).

16. – 16.- Plafond global – Un plafond global se superpose à ces limitations propres aux fonctions d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance (*C. com.*, art. L. 225-94-1). Une même personne ne peut pas 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. La loi Macron n° 2015-690 du 6 août 2015 abaisse le plafond global de cumul des mandats pour les dirigeants de sociétés cotées de grande taille (*C. com.*, art. L. 225-94-1): ce nombre est réduit à trois pour les mandats sociaux exercés dans des sociétés cotées sur un marché réglementé par un directeur général ou un membre du directoire exerçant ses fonctions dans une société anonyme dont les titres sont cotés sur un marché réglementé et qui emploient au moins 5000 salariés permanents dans la société et ses filiales directes ou indirectes situées en France ou au moins 10000 salariés dans la société et ses filiales directes ou indirectes situées en France et à l'étranger. La loi a ainsi voulu restreindre le cumul de certains dirigeants de sociétés cotées, mais l'interprétation du nouveau dispositif est délicate (Communic. ANSA, n° 15-052). Cette disposition nouvelle est applicable dans le délai d'un an à compter du 7 août 2015 (*L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 211, II*).

Il est apporté trois dérogations, qui assouplissent les règles du cumul. D'abord, si un administrateur est également directeur général de la même société, il est réputé n'exercer qu'un seul mandat. Cette première dérogation permet de compter la fonction de président-directeur général qui est à la fois administrateur et directeur général pour un seul mandat. Ensuite la loi indique qu'elle ne prend pas en compte les mandats d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance dans les sociétés contrôlées. Enfin la loi Macron exclut du cumul les mandats d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance exercés par le directeur général, les membres du directoire des sociétés dont l'activité principale est d'acquies et de gérer des participations

Diverses exceptions sont prévues (*C. com.*, art. L. 225-95).

Les mandats de gérant de sociétés en nom collectif, en commandite simple ou par actions, de SARL, de SAS ou de sociétés civiles ne sont pas pris en considération dans le cadre de ce plafond global qui n'envisage que des mandats sociaux de sociétés anonymes.

17. – 17.- Sanctions – La loi sanctionne les règles concernant le plafond spécial des fonctions d'administrateur et de membre du conseil de surveillance et le plafond global des fonctions de dirigeant de société anonyme. Toute personne physique qui se trouve en infraction avec ces dispositions relatives au cumul doit se démettre de l'un de ses mandats - celui de son choix - dans les trois mois de sa nomination. Elle dispose du même délai, quand l'une des conditions d'une dérogation (par exemple la perte du contrôle de la société où le cumul est exercé) fait défaut. Ce délai est calculé à partir de l'événement ayant provoqué la disparition d'une de ces conditions.

À l'expiration du délai de trois mois, si la personne n'a pas régularisé sa situation elle est réputée s'être démise du nouveau mandat ou du mandat qui ne bénéficie plus d'une dérogation. Elle doit restituer les rémunérations perçues liées au mandat, semble-t-il, depuis l'expiration du délai de trois mois. L'irrégularité du cumul ne remet pas en cause la validité des délibérations auxquelles elle a pris part.

5° Cumul d'un mandat d'administrateur et d'un contrat de travail

V. JCl. Société Traitée, Fasc. 130-30

18. – 18.- Principe – Cette situation conduit à ce que la même personne soit administrateur et salarié de la même société. Cette dualité de fonctions présente des avantages et des inconvénients : elle permet une promotion des cadres salariés de l'entreprise, mais elle peut faire craindre que l'administrateur ne recherche la qualité de salarié plus pour la sécurité relative qu'elle donne que pour les obligations qu'elle impose. Pour certaines formes de société, le droit des sociétés ne pose pas de règles. Ainsi en va-t-il pour la société par actions simplifiée ou pour la société anonyme à directoire. Le droit des sociétés impose au contraire une réglementation originale pour ce qui est de la société anonyme à conseil d'administration, en distinguant la possibilité de l'accès des salariés au conseil d'administration et l'interdiction pour un administrateur de devenir salarié.

19. – 19.- Ancienneté du contrat de travail – L'article L. 225-22, alinéa 1 du Code de commerce prévoit qu'un salarié ne peut devenir administrateur et conserver son contrat de travail que si son contrat de travail correspond à un emploi effectif. Cette formule signifie que seule une personne déjà liée à la société par un contrat de travail peut devenir administrateur. Le Code de commerce n'impose pas un délai d'ancienneté particulier. Un salarié ayant conclu son contrat de travail quelques jours avant sa nomination comme administrateur peut donc cumuler valablement les deux statuts. Mais il ne serait pas possible d'accéder le même jour aux deux statuts.

Il est fait exception à ce principe de l'ancienneté du contrat de travail, depuis la loi du 22 mars 2012, dans les PME dont le total de bilan est inférieur à 43 millions d'euros, le montant hors taxe de chiffre d'affaires ne dépasse pas 50 millions d'euros et l'effectif est inférieur à 250 salariés (*V. B. Dondero, Le contrat de travail du dirigeant de société anonyme, convention réglementée : Actes prat. ing. sociétaire 2012, n° 125, idée nouvelle 1*).

Le cumul impose cependant deux autres conditions (*V. n° 20 et 21*).

20. – 20.- Effectivité du contrat de travail – Cette condition, posée par l'article L. 225-22, alinéa 1, va de soi au regard du seul droit du travail (sur la preuve du contrat de travail : *Cass. soc.*, 14 juin 2017, n° 15-26.675 : *Bull. Joly Sociétés 2017, p. 597, note D. Baugard*). En effet il ne faudrait pas que le contrat de travail devienne purement fictif et soit en réalité absorbé par la fonction d'administrateur (*Cass. soc.*, 13 mars 2013, n° 11-28.020 : *Bull. Joly Sociétés 2013, p. 392, note B. Saintourens*). Cette obligation d'effectivité impose que les fonctions résultant du contrat de travail existent en tant que telles - c'est-à-dire soient distinctes des fonctions résultant de l'administration de la société - qu'elles s'exercent sous la subordination de l'employeur (*Cass. soc.*, 29 juin 2017, n° 16-15.814 : *Dr. sociétés 2017, comm. 189, note J. Heinich*, décidant qu'il n'existe pas de subordination du président du conseil

d'administration dans une petite structure familiale) et qu'elles soient rémunérées par un salaire. Comme ce risque de fictivité du contrat de travail est réel, la Cour de cassation a imaginé une solution originale et pragmatique : le contrat de travail qui serait absorbé par les fonctions d'administrateur est automatiquement suspendu (*Cass. soc.*, 8 oct. 2003, n° 01-43.556 : *JurisData* n° 2003-020473 ; *Bull. civ.* 2003, V, n° 253 ; *JCP E* 2004, 29, obs. J.J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker. – *Cass. soc.*, 12 nov. 2008, n° 07-44.636 : *RJDA* 2009 n° 222). Cette solution résout beaucoup des difficultés qu'aurait posées la découverte du caractère fictif du contrat de travail. Elle a en outre l'avantage de permettre au dirigeant concerné de retrouver son contrat de travail à la fin de son mandat social (ancienneté, pension de retraite). En revanche, le salarié devenu mandataire social reste tenu envers son employeur d'une obligation de loyauté pendant le temps de suspension du contrat de travail (*Cass. soc.*, 16 mai 2018, n° 16-22655 : *Dr. sociétés* 2018, comm. 182, note R. Mortier).

21. – 21.- Limitation du nombre des salariés au sein du conseil d'administration – Selon l'article L. 225-22, alinéa 2 le nombre des administrateurs liés à la société par un contrat de travail ne peut dépasser le tiers des administrateurs en fonction. Il est cependant prévu des exceptions : les administrateurs élus par les salariés, les administrateurs représentant les salariés actionnaires ou le fonds commun de placement d'entreprise en application de l'article L. 225-23 ne sont pas comptés dans ce tiers. Selon la jurisprudence la nomination d'un administrateur en violation de cette disposition est nulle.

22. – 22.- Situation de l'administrateur-salarié – La personne qui cumule ces deux statuts est soumise à l'un et à l'autre. S'appliquent donc distributivement les règles du mandat social et du contrat de travail. Ainsi en tant qu'administrateur, l'intéressé est soumis à la procédure des conventions réglementées lorsqu'il passe une convention avec la société. Dès lors que son contrat de travail est antérieur à sa nomination au conseil d'administration, la conclusion même du contrat de travail ne peut pas être soumise à cette procédure (*Cass. soc.*, 10 avr. 2013, n° 11-25.841 : *Bull. Joly Sociétés* 2013, p. 407, note B. Dondero). Mais celle-ci devra s'appliquer à toute modification du contrat de travail dans le temps où l'intéressé est également administrateur.

23. – 23.- Impossibilité pour un administrateur de devenir salarié – Le Code de commerce ne s'exprime pas directement sur ce point, mais l'article L. 225-44 en limitant les sources de rémunération des administrateurs peut être interprété comme interdisant à un administrateur de devenir salarié et cumuler les deux statuts. Telle a toujours été l'interprétation de la Cour de cassation qui considère que le contrat de travail conclu dans ces conditions est nul (*V. cependant n° 19 la nouvelle exception introduite par la loi du 22 mars 2012*).

C. - Conventions passées entre l'administrateur et la société

V. JCl. Société Traité, Fasc. 130-50

24. – 24.- Origine de la règle – La loi a réglementé de manière spécifique ce type de conventions dans la mesure où celles-ci peuvent mettre l'administrateur dans une situation de conflit d'intérêts préjudiciable pour la société, qui verrait l'administrateur s'avantager aux dépens de la société. La loi a traité distinctement trois situations différentes : les conventions interdites, les conventions réglementées et les conventions libres.

1° Conventions interdites

25. – 25.- Nature des opérations interdites – Certaines opérations confèrent par leur nature propre un avantage à l'administrateur. Pour cette raison, elles sont totalement interdites par la loi, sans qu'il soit tenu compte du fait qu'elles portent ou non préjudice à la société. L'interdiction ne concerne que les personnes physiques et non pas les personnes morales, car la loi n'a pas voulu interdire les prêts et avances intra-groupes :

« À peine de nullité du contrat, il est interdit aux administrateurs autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert en compte-courant ou autrement, ainsi que de se faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers [...]

La même interdiction s'applique au directeur général, aux directeurs généraux délégués et aux représentants permanents des personnes morales administrateurs. Elle s'applique également aux conjoints, ascendants et descendants des personnes visées au présent article ainsi qu'à toute personne interposée » (C. com., art. L.225-43).

26. – 26.- Sanctions – La réalisation d'une opération interdite est sanctionnée sur le plan civil par la nullité de l'opération. Il s'agit de protéger les intérêts des actionnaires et des créanciers de la société, dont les biens constituent le gage général de ces derniers, mais aussi de moraliser l'administration de la société par l'interdiction de pratiques risquant de nuire au crédit de celle-ci. Selon la Cour de cassation, la nullité est absolue et d'ordre public et la prescription est de cinq ans (Cass. com., 25 avr. 2006, n° 05-12.734 : *JurisData* n° 2006-033262 ; *Dr sociétés* 2006, comm 109, note J. Monnet ; *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 1024, note J.-C. Hallouin). Elle peut donc être invoquée aussi bien par les associés que par les créanciers justifiant d'un intérêt légitime.

En outre le dirigeant concerné engage sa responsabilité civile et éventuellement pénale par le biais de l'abus de biens sociaux.

2° Conventions réglementées

27. – 27.- Nature des opérations – Ces opérations sont les conventions passées entre la société et les administrateurs ou dirigeants (*I. Parachkévova et al., Les conventions passées entre la société, ses administrateurs et actionnaires, Act. prat. ing. sociétaire, nov-déc. 2018*). La procédure d'autorisation concerne aussi bien les conventions écrites que celles qui résultent d'un accord verbal (Cass. com., 27 févr. 2001, n° 98-14.206 : *JurisData* n° 2001-008370 ; *Bull. civ.* 2001, IV, n° 47 ; *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 614, note J.-J. Daigre ; *Rev. sociétés* 2001, p. 617 ; *RTD com.* 2001, p. 467, obs. J.-P. Chazal et Y. Reinhard). En revanche un engagement unilatéral n'est pas un contrat et échappe à cette réglementation. Il en va de même pour un contrat conclu avant la nomination du dirigeant (Cass. com., 16 mai 2018, n° 16-13.207 : *Dr. sociétés* 2018, comm. 143, note J. Heinich ; *Bull. Joly Sociétés* 2018, p. 493, note B. Saintourens).

Une étude de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes fait le point sur un certain nombre de conventions : compte-courant, acte juridique collectif, fusion, rémunération et avantages consentis aux dirigeants (CNCC, *Les conventions réglementées et courantes, févr. 2014*). La loi Pacte a modifié quelques aspects du mécanisme des conventions réglementées (*V. Dr. sociétés* 2019, comm. 105 ; *E. Schlumberger, Les incidences de la loi Pacte sur la procédure de contrôle des conventions réglementées : Bull. Joly Sociétés juin 2019, p. 56*).

28. – 28.- Personnes concernées – La procédure d'autorisation s'applique au directeur général, au directeur général délégué et aux administrateurs (C. com., art. L. 225-38, al. 1). La loi vise également des situations proches : interposition de personne, intérêt indirect du dirigeant concerné (Cass. com., 16 mai 2018, n° 16-18.183 : *Bull. Joly Sociétés* 2018, p. 485, note I. Parachkévova ; *Rev. soc.* 2018, p. 591, note K. Deckert ; *Dr. sociétés* 2018, comm. 144, note C. Coupet - I. Parachkévova, *L'intérêt indirect dans les conventions réglementées, Bull. Joly Sociétés* 2016, p. 450), entreprises ayant des dirigeants communs (« conventions intervenant entre une société et une entreprise, si le directeur général, l'un des directeurs généraux délégués ou l'un des administrateurs de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, membre du conseil de surveillance ou, de façon générale, dirigeant de cette entreprise » (C. com., art. L. 225-38, al. 3)).

La loi du 15 mai 2001 a étendu cette procédure, jusque-là réservée aux administrateurs et dirigeants, aux actionnaires qui détiennent une fraction de droit de vote supérieure à 10 % du capital de la société (C. com., art. L. 225-38, al. 1).

Le champ d'application de cette procédure d'autorisation est, on le voit, particulièrement vaste ; les groupes de sociétés sont un terrain d'élection des conventions réglementées (*B. Dondero, Conventions réglementées : conventions avec une filiale et groupe international : Bull. Joly Sociétés* 2015, p. 322. – *S. Schiller, V. Magnier et alii, Les conventions réglementées dans les groupes de sociétés : Actes prat. et ing. sociétaire* 2015, n° 142, dossier 4).

La Cour de cassation a décidé que cette procédure ne pouvait pas être appliquée aux dirigeants de fait (Cass. com., 3 mai 2012, n° 10-20.998 : Bull. Joly Sociétés 2012, p. 562, note H. Barbier). En principe cette procédure ne s'applique que lorsque le contrat est conclu durant l'exercice de ses fonctions par le dirigeant. La Cour de cassation a admis cependant qu'une convention peut être annulée si elle a été frauduleusement conclue dans le dessein de l'exclure du champ d'application des conventions réglementées (Cass. com., 5 janv 2016, n° 14-18.688 : JurisData n° 2016-000012 ; Rev. soc. 2016, p. 293, note D. Schmidt ; Bull. Joly Sociétés 2016, p. 205, note B. Dondero ; Dr. sociétés 2017, comm. 57, note M. Roussille).

29. – 29.- Procédure – Elle suit plusieurs étapes obligées :

- information du conseil d'administration : l'administrateur ou le dirigeant qui souhaite effectuer une opération réglementée doit en informer le conseil. L'information doit provenir aussi de la personne indirectement intéressée (C. com., art. L. 225-40 mod.) Cette information doit être préalable à la conclusion de la convention (C. com., art. L. 225-40, al. 1). Depuis l'ordonnance n° 2014-863 du 30 juillet 2014, le conseil d'administration doit motiver son autorisation « en justifiant de l'intérêt de la convention pour la société, notamment en précisant les conditions financières qui y sont attachées » (C. com., art. L. 225-38, al. 4). Cette exigence facilitera le rapport du commissaire aux comptes ou du président (B. Dondero, *Le nouveau droit des conventions réglementées dans les sociétés anonymes* : JCP E 2014, 1466. - D. Schmidt, *Dispositions relatives aux conventions réglementées dans les sociétés anonymes* : Rev. sociétés 2014, p. 616. - Conac, *Dispositions relatives aux conventions réglementées dans les sociétés anonymes* : Rev. sociétés 2015, p. 422) ;
- délibération du conseil : le conseil est appelé à statuer sur l'opération présentée. Lorsque plusieurs opérations sont inscrites à l'ordre du jour d'une même réunion, chaque opération doit être examinée de manière indépendante et faire l'objet d'une délibération particulière. Le conseil doit se prononcer par un vote. Le dirigeant intéressé, directement ou indirectement, ne peut pas prendre part au vote (C. com., art. L. 225-40, mod. Loi Pacte) ;
- information et rapport du commissaire aux comptes : le commissaire aux comptes présente un rapport spécial à l'assemblée qui statue sur ce rapport (C. com., art. L. 225-40, al. 3. - Cass. com., 26 févr. 2013, n° 11-22.531 : Dr. sociétés 2013, comm. 82, obs. D. Gallois-Cochet ; JurisData n° 2013-003228 ; Rev. sociétés 2013, p. 588, note D. Schmidt). Le commissaire aux comptes devra en particulier exposer les motifs justifiant l'intérêt de la convention, dont il aura connaissance par l'autorisation motivée du conseil d'administration. Depuis la loi Pacte du 22 mai 2019, s'il n'a pas été désigné de commissaire aux comptes, le rapport est établi par le président du conseil (C. com., art. L. 225-40, al. 3, mod.- V. n° 61).
- vote de l'assemblée générale : l'intéressé direct ou indirect ne peut prendre part au vote. Ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité (C. com., art. L. 225-40 mod. Loi Pacte) Les conventions, approuvées ou désapprouvées par l'assemblée générale, produisent normalement leurs effets à l'égard des tiers (C. com., art. L. 225-41). Mais le vote de l'assemblée n'est pas dépourvu d'effet, puisque les conséquences préjudiciables à la société peuvent être mises à la charge de l'intéressé et éventuellement des autres membres du conseil d'administration en cas de vote désapprouvant la convention (Cass. soc., 11 juin 2008, n° 07-42.214 : Bull. Joly Sociétés 2009, p. 25, note Le Cannu. – CA Paris 19 mars 2013, n° 12/00020 : JurisData n° 2013-004751 : Bull. Joly Sociétés 2013, p. 651, note J.-F. Barbiéri). Dans le rapport du gouvernement d'entreprise, la loi Pacte introduit deux légères modifications (C. com., art. L. 227-4 mod.) Dans les sociétés cotées sur un marché réglementé, la loi Pacte oblige à une publicité spécifique (V. n° 54). Ces dispositions de la loi Pacte relatives aux conventions réglementées entrent en application au plus tard le 10 juin 2019.

30. – 30.- Sanctions en cas de non-respect de la procédure – La procédure prévue par la loi comporte plusieurs moments et il convient de distinguer les sanctions selon la phase en cause :

- défaut d'autorisation préalable du conseil : dans ce cas la loi prévoit que la convention peut être annulée, si elle a eu des conséquences dommageables pour la société (*Cass. soc.*, 12 juin 2012, n° 11-10.135 : *JurisData* n° 2012-019324 ; *Dr. sociétés* 2012, *comm.* 161, *obs. M. Roussille*). Lorsque la nullité est prononcée par le juge, la convention est réputée n'avoir jamais existé et il devra être procédé à une restitution de la part du dirigeant si l'opération a déjà donné lieu à exécution. L'action en nullité se prescrit par trois ans à partir de la convention (*Cass. com.*, 8 févr. 2011, n° 10-11.896 : *JurisData* n° 2011-001329 ; *Dr. sociétés* 2011, *comm.* 70, *note M. Roussille* ; *Rev. sociétés* 2011, p. 288, *note P. Le Cannu* ; *JCP E* 2011, 1151, *note B. Dondero* ; *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 297, *note C.N. Ohl et D. Schmidt*). Mais l'écoulement du délai de prescription ne laisse pas la société sans défense. En effet en application du droit commun la société pourra toujours opposer l'exception de nullité si le dirigeant cherche à faire exécuter la convention en justice. Le défaut d'autorisation préalable peut faire l'objet d'une régularisation par un vote de l'assemblée générale. Le commissaire aux comptes doit alors présenter un rapport spécial exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie (*C. com.*, art. L. 225-42, al. 3). Il faut distinguer ce cas de nullité de la convention pour défaut d'autorisation du conseil d'administration de la nullité toujours possible de la convention pour des raisons de droit commun (V. sur la prescription de droit commun *Cass. com.*, 3 avr. 2013, n° 12-15.492 : *JurisData* n° 2013-006247 ; *Dr. sociétés* 2013, *comm.* 138, *note M. Roussille* ; *Bull. Joly Sociétés* 2013, p. 459, *note S. Messaï-Bahri* ; *Dr. sociétés* 2013, *comm.* 138, *obs. M. Roussille*). Il faut aussi distinguer la nullité spécifique des conventions réglementées et la nullité générale du droit des sociétés (*Cass. com.*, 21 janv. 2014, n° 12-29.452 : *JurisData* n° 2014-000591 ; *Dr. sociétés* 2014, *comm.* 65, *note M. Roussille* ; *Bull. Joly Sociétés* 2014, p. 168, *note B. Dondéro*).
- défaut de rapport du commissaire aux comptes ou du président: l'assemblée générale est nulle et l'on est renvoyé au cas suivant ;
- défaut d'approbation par l'assemblée générale : selon la jurisprudence, la sanction ne peut pas être plus forte qu'en cas de refus d'approbation par l'assemblée générale ; la convention reste donc valable sauf fraude.

3° Conventions libres

31. – 31.- Notion – Il existe enfin des conventions définies par la loi comme des « opérations courantes conclues à des conditions normales » (*C. com.*, art. L. 225-39, al. 1), qui paraissent beaucoup moins dangereuses que les précédentes et qui n'ont pas à être autorisées par la société (*CA Paris*, 18 oct. 2012 : *JurisData* n° 2012-027289 ; *Dr. sociétés* 2013, *comm.* 120, *obs. D. Gallois-Cochet*). Elles n'étaient à l'origine soumises à aucun formalisme. Les lois du 15 mai 2001 et du 1er août 2003 les avaient soumises à une obligation de communication dans certains cas. Cette obligation disparaît avec la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011. On est revenu à la situation antérieure (V. cependant depuis la loi Pacte le cas des sociétés cotées n° 54).

D. - Rémunération

V. JCI. Société Traitée, Fasc. 130-40

32. – 32.- Principe – La loi ne prévoit que deux types de rémunérations pour les administrateurs, les rémunérations (jetons de présence avant la loi Pacte), dont le montant global est déterminé par l'assemblée générale et la répartition entre ses membres décidée par le conseil d'administration, et les rémunérations pour missions et mandats. Il arrive que d'autres types de rémunérations soient accordés aux administrateurs : pension de retraite, indemnité de départ. Ces autres rémunérations nées de la pratique se rencontrent surtout chez le président, le directeur général ou le directeur général délégué et c'est à leur propos qu'elles seront évoquées. Depuis la loi Pacte, l'obligation de communication des rémunérations versées aux personnes les mieux rémunérées s'impose aux sociétés de 250 salariés ou de plus de 250 salariés (*C. com.*, art. L. 225-115, 4° mod.).

II. - Les dirigeants

V. JCI. Société Traité, Fasc. 133-10 et 133-20

33. – 33.- Choix ouverts à la société – Sous l'empire de la loi de 1966, la société était dirigée par un président du conseil d'administration que la pratique dénommait président-directeur général, qui remplissait les fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général et qui avait tous pouvoirs pour agir au nom de la société.

La loi du 15 mai 2001 a permis par la suite aux sociétés de choisir une formule nouvelle qui dissocie les fonctions de président et de directeur général. Celle-ci s'explique par les idées de « corporate governance » venues d'Outre-Atlantique : diviser les pouvoirs pour mieux les contrôler. Le directeur général devrait être contrôlé de manière plus efficace par un conseil d'administration qui est présidé par une autre personne, le président du conseil d'administration.

Ce choix entre deux types de directions, une direction par un président-directeur général ou par un président et un directeur général, n'est pas opéré dans les statuts. Ceux-ci doivent simplement indiquer les conditions du choix qui sera effectué par le conseil d'administration. Dans le cadre de ces conditions, le conseil d'administration dispose d'un pouvoir important : c'est lui qui nomme le président et le directeur général si les fonctions sont dissociées ou le président-directeur général, si les fonctions sont réunies, mais il peut aussi, selon les besoins du moment, décider de réunir les deux fonctions sur la tête d'une même personne ou dissocier les deux fonctions.

Que les fonctions de président et de directeur général soient réunies ou dissociées, il peut être nommé de un à cinq directeurs généraux délégués, chargés d'assister le directeur général.

A. - Nomination

34. – 34.- Principe – C'est le conseil d'administration qui désigne le président et le directeur général, que les fonctions soient dissociées ou réunies sur la tête d'une seule personne (*CA Paris, 1er févr. 2012 : Rev. sociétés 2012, p. 504, note J.-P. Mattout*). Le président est nécessairement un administrateur et doit donc remplir les conditions imposées par le statut d'administrateur. Le directeur général n'est pas forcément administrateur, même si la pratique conduit assez souvent à ce que le directeur général soit aussi administrateur, pour qu'il puisse avoir accès à toutes les séances du conseil d'administration. Le président et le directeur général sont forcément des personnes physiques (Sur la capacité des personnes physiques, V. n°1). Il existe une limite d'âge prévue par la loi.

La désignation d'un directeur général délégué relève de la compétence du conseil d'administration, sur proposition du directeur général. Elle n'est soumise à aucune autorisation préalable de l'assemblée générale ni à aucune autorisation particulière des statuts.

B. - Statut

35. – 35.- Principe – Le Code de commerce pose certaines règles pour le président et d'autres pour le directeur général. Si le président est aussi directeur général, il est soumis à l'ensemble de ces règles. Pour ce qui est du cumul de mandats sociaux, la loi a prévu qu'une personne peut exercer deux mandats de directeur général ou de membre du directoire de société non cotée et par dérogation un autre mandat de directeur général ou de membre du directoire dans une société contrôlée par la société dont il est directeur général (*C. com., art. L. 225-54-1*). En outre s'applique un plafond global de mandats sociaux qu'il n'est pas possible de dépasser. Ce plafond global a déjà été exposé dans ses grandes lignes à propos des administrateurs (V. n° 16).

Une convention de management par laquelle un DG délègue une partie de ses fonctions à une société dont le gérant et associé unique est ce même DG est dépourvue de cause (*Cass. com., 23 oct. 2012, n° 11-23.376 : Dr. sociétés 2013, comm. 27, note M. Roussille ; JurisData n° 2012-023965 ; Rev. soc. 2013, p. 161, note A. Reygrobellet ; Bull. Joly Sociétés 2013, p. 18, note N. Ferrier*). Un arrêt plus ambigu admet des prestations qui ne recouvrent pas l'ensemble des fonctions de direction générale (*Cass. com., 6 déc. 2016, n° 15-11.105 : Dr. sociétés 2017, n° 41, note C. Coupet ; Bull. Joly Sociétés 2017, p. 177, note A. Reygrobellet*). – Sur cette question, V. *Reygrobellet, Les conventions de management fees : Bull. Joly Sociétés 2018, p. 120 ; C. Coupet, Contrat de management et organisation sociétaire, AJ Contrat 2017, p. 61*).

Le cumul avec un contrat de travail n'est possible que si les caractéristiques du contrat de travail sont respectées (Cass. soc. 29 juin 2017, n° 16-15.814 : *JurisData* n° 2017-023181, rappelant la nécessité de la subordination : *Dr. sociétés* 2017, comm. 189, note J. Heinich ; Cass. com. 10 oct. 2018, n° 17-13.829 : *Bull. Joly Sociétés* 2018, p. 689, note G. Auzero. – V. n° 20).

36. – 36.- Révocation – La loi pose des règles différentes pour le président du conseil d'administration et pour le président-directeur général (révocation *ad nutum*), pour le directeur général et pour le directeur général délégué (dommages et intérêts si la révocation est sans justes motifs) (V. Ph. Merle, n° 11). La structure du groupe de sociétés peut expliquer une révocation dans plusieurs sociétés à la fois (Cass. com., 10 nov. 2015, n° 14-20.301 : *Dr. sociétés* 2016 comm 29, note D. Gallois-Cochet : *JurisData* n° 2015-025184 ; *Bull. Joly Sociétés* 2016, p. 84, note. T. Favario). Quelle que soit la fonction en cause, les droits de la défense doivent être respectés, comme il a été vu à propos des administrateurs (Cass. com., 28 févr. 2006, n° 04-17.566 : *JurisData* n° 2006-032472 ; *Dr. sociétés* 2006, comm. 75, note H. Hovasse ; *JCP E* 2006, 1538. – Cass. com., 15 mai 2007, n° 05-19.464 : *JurisData* n° 2007-038949 ; *LPA* 12 juin 2008, n° 118, p. 13, note Emy. – Cass. com., 29 mars 2011, n° 10-17.667 : *JurisData* n° 2011-004950 ; *Dr. sociétés* 2011, comm. 130, note M. Roussille ; *Rev. soc.* 2011, p. 563, note J.-F. Barbiéri). Dans des arrêts récents, la Cour de cassation abandonne le fondement des droits de la défense pour se référer à « une obligation de loyauté dans l'exercice du droit de révocation » (Cass. com., 14 mai 2013, n° 11-22.845 et Cass. com., 10 févr 2015, n° 13-27.967, cités n° 13. – Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-12.036 : *JurisData* n° 2015-004181, *Bull. Joly Sociétés* 2015, p. 286, note D. Poracchia).

Il est parfois prévu que la révocation conditionne une promesse de rachat des actions possédées par le dirigeant (Cass. com., 16 avr. 2013, n° 09-14.999 : *JurisData* n° 2013-007447 ; *Dr. sociétés* 2013, comm. 122, obs. D. Gallois-Cochet. – Cass. com., 8 nov. 2016, n° 14-29.770 : *JurisData* n° 2016-023306 ; *Bull. Joly Sociétés* 2017, p. 112, note H. Barbier). Mais, de toutes façons, le prix à payer pour ce rachat ne doit pas dissuader la société ou les actionnaires de procéder à la révocation.

La fonction de directeur général délégué peut en outre prendre fin de manière spécifique dans un cas particulier, qui n'est pas au sens propre un cas de révocation. En cas de cessation des fonctions du directeur général, le directeur général délégué conserve ses fonctions, sauf décision contraire du conseil d'administration, jusqu'à la nomination du nouveau directeur général (C. com., art. L. 225-55). Ce dernier pourra proposer au conseil la reconduction du mandat de directeur général s'il le souhaite.

37. – 37.- Obligation de loyauté du dirigeant – Même si la loi est muette sur ce point, la jurisprudence a peu à peu dégagé ce devoir du dirigeant (L. Nurit-Pontier, *La loyauté en droit des sociétés : Actes prat. ing. sociétaire* 2011, n° 116, dossier 3). La Cour de cassation l'avait déjà proclamé quand un dirigeant acquiert de façon dolosive les titres de certains de ses actionnaires (Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-11.241 : *JurisData* n° 1996-003972 ; *JCP E* 1996, II, 838, note D. Schmidt et N. Dion) ou quand un dirigeant dissimule aux associés cédants « une information de nature à influencer sur leur consentement » (Cass. com., 12 mai 2004, n° 00-15.618 : *JurisData* n° 2004-023739 ; *Dr. sociétés* 2013, comm. 139 note F.-G. Trébulle ; *Rev. soc.* 2005, p. 140, note L. Godon ; *RTD civ.* 2004, p. 500, obs. Mestre et Fages ; *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1114, note D. Schmidt ; *JCPE* 2004, 1393, note F.-G. Trébulle. – Cass. com., 12 mars 2013, n° 12-11.970 : *JurisData* n° 2013-004378 ; *Dr. sociétés* 2013, comm. 78, obs. R. Mortier). Elle a estimé par la suite que le dirigeant - en l'occurrence un gérant de SARL – ne pouvait pas négocier en qualité de dirigeant d'une autre société un marché dans le même domaine d'activité (Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049 : *JurisData* n° 2011-025126 ; *Dr. sociétés* 2012, comm. 24, obs. M. Roussille ; *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 112, note H. Le Nabasque ; *JCPE* 2011, 1893, note A. Couret et B. Dondéro ; *D.* 2012, p. 134, note T. Favario) ou capter une opportunité d'affaires (Cass. com., 18 déc. 2012, n° 11-24.305 : *JurisData* n° 2012-

Pour lire la suite, abonnez-vous à Lexis 360®