

CHRONIQUE

DROIT DES SOCIÉTÉS



ISABELLE RIASSETTO
Professeur à l'Université du Luxembourg

Pacte d'actionnaires – Licenciement d'un salarié détenteur d'actions et lié par un pacte d'actionnaires – Clause obligeant le salarié actionnaire à céder ses actions en raison de son licenciement – Clause *bad leaver* – Influence de la décision de justice relative au bien-fondé du licenciement sur les conditions de mise en œuvre de la clause – Hypothèse d'une absence de cause réelle et sérieuse du licenciement – Sursis à statuer en attente du jugement prud'homal.

Arrêt de la cour d'appel de Paris – P. 5, ch. 8, 7 sept. 2010, n° 08/15245, Castelli c. SARL Victoire Holding, arrêt déjà commenté par François-Xavier Lucas, Bull. Joly sociétés, févr. 2011, p. 125.



QUENTIN URBAN
Maître de conférences à la faculté de droit de Strasbourg

La clause dite *bad leaver* d'un pacte d'actionnaires est celle qui prévoit que le comportement fautif de l'actionnaire peut le priver d'une valorisation avantageuse du prix de ses actions lors de leur rachat forcé. Un salarié actionnaire licencié pour faute a ainsi été sanctionné pour son comportement fautif de salarié en se voyant privé d'une partie du prix de cession de ses actions.

Pour une bonne administration de la justice, la cour d'appel de Paris décide de surseoir à statuer dans un litige qui a pour objet d'apprécier la validité et la mise en œuvre d'une telle clause alors qu'un conseil des prud'hommes doit statuer sur l'existence d'une cause réelle et sérieuse du licenciement du salarié actionnaire.



MICHEL STORCK
Professeur à la faculté de droit de Strasbourg

L'ingénierie financière révèle des surprises au juriste. Il l'oblige en effet à faire, de temps à autre, des détours pour combiner des règles de droit financier, de droit des sociétés avec celles relevant du droit du travail. C'est le cas, par exemple, lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité des clauses dites *bad leaver*. L'objet de telles clauses est de sanctionner l'actionnaire obligé de céder ses actions en raison de la survenance d'un événement prévu par le pacte, en l'espèce un licenciement, par une minoration du prix de ses actions. La question posée par l'arrêt est simple en apparence : un salarié actionnaire de la société qui l'emploie peut-il être privé d'une partie des gains à l'occasion de la cession forcée de ses actions provoquée par son licenciement ?

C'est ce que prévoyait la clause de rachat forcée insérée au paragraphe 4 de l'article 5 du pacte d'actionnaires que M. Castelli avait conclu avec la société Victoire Holding,

aussi actionnaire de la société FPB : « Par exception, en cas de licenciement pour faute lourde, le prix de cession par action sera égal à la valeur nominale libérée de l'action ». M. Castelli avait été licencié pour faute lourde et avait été obligé de céder ses actions. Mais, il contestait le montant du prix de cession proposé par la société Holding Victoire qui avait été calculé en appliquant la règle du paragraphe 4 de l'article 5 du pacte d'actionnaires. Il avait saisi un tribunal d'une demande de condamnation de la société Holding Victoire plus conforme à la valeur réelle des actions. Parallèlement, il avait introduit une demande prud'homale pour contester le bien-fondé de son licenciement qu'il considérait privé de cause réelle et sérieuse. En cours de procédure, dans le cadre du premier contentieux, la cour d'appel de Paris était saisie d'une demande de sursis à statuer émanant de M. Castelli qui soutenait que l'issue du procès prud'homal pouvait avoir une incidence sur l'arrêt à intervenir et qu'il convenait donc d'attendre que soit rendu le jugement du Conseil des prud'hommes. La société Victoire Holding répliquait qu'un tel sursis ne justifiait pas dans la mesure où, dans l'hypothèse où la juridiction prud'homale viendrait à donner raison à M. Castelli, « un complément de prix serait tout au plus envisageable au profit de l'intéressé qui pourra alors prétendre à un prix à fixer entre eux ou à dire d'expert ». La cour d'appel a rejeté cette exception en considérant qu'« il apparaît de l'intérêt d'une bonne administration de la justice de surseoir à statuer sur la validité de cette clause, objet du présent litige, dont l'application est susceptible d'être écartée à l'issue de l'instance, et par suite sur l'ensemble des demandes des parties ». Ce sursis apparaît tout à fait raisonnable, car si la validité de principe d'une clause de rachat forcé en cas de survenance d'un événement ne pose guère de difficultés, en revanche, la clause de rachat forcée prévoyant une réduction de prix à la valeur nominale des actions en raison d'un licenciement pour faute lourde peut prêter à discussions et interrogations. En apparence, la validité et la mise en œuvre de cette clause ne semblent pas heurter le droit positif, mais il n'en reste pas moins quelques doutes.

Une apparence favorable

Pour apprécier la validité d'un rachat forcé par application d'une clause d'un pacte d'actionnaires, il est nécessaire de s'assurer au préalable d'une qualification pertinente de la stipulation.

Pour cela, il faut s'intéresser au mécanisme de la clause. Si un licenciement survient, il faudra vendre ; c'est la survenance d'un événement qui déclenchera la cession. Nous sommes en conséquence en présence d'une cession qui doit être qualifiée de « sous condition suspensive ». L'existence d'une condition suspensive signifie que l'opération sera dénouée si un événement futur et incertain survient, en l'espèce un licenciement. La qualification d'incertain de l'événement permet d'ailleurs de distinguer la cession sous condition de la cession à terme. À la différence de la condition, le terme est un événement futur caractérisé par la certitude. Dans les clauses de rachat forcé, bien souvent, les événements futurs envisagés ne sont qu'éventuels. En l'espèce, il est clair que le licenciement de l'actionnaire n'avait aucune certitude, comme c'est d'ailleurs le cas général des clauses dites *bad leaver*, qui visent à sanctionner l'éventualité d'un comportement fautif d'un actionnaire.

La loi a fixé un cadre juridique applicable aux conventions sous conditions suspensives. Pour être valable, la condition doit être d'abord « possible, conforme aux bonnes mœurs et non prohibée par la loi » (C. civ., art. 1172)¹. En l'espèce, le licenciement remplit sans difficulté ces trois conditions. On peut en revanche, marquer quelques hésitations à propos de la condition suivante, mais qui seront en réalité vite dissipées. La condition ne doit pas non plus être purement potestative, c'est-à-dire que sa réalisation ne doit pas dépendre de la volonté discrétionnaire de celui qui s'oblige (C. civ., art. 1170 et 1174). Si le licenciement est bien un acte de volonté, il ne s'agit en aucun cas de la volonté du salarié actionnaire, ce serait alors une démission, mais de son employeur, tiers au pacte. La condition suspensive est donc exempte de tout caractère potestatif, même simple².

On pourrait donc en conclure que la condition suspensive remplissant toutes les exigences de la loi, la minoration imposée du prix des actions de M. Castelli était exempte de vice. Cet avis pourrait être conforté par le fait que la jurisprudence a d'ailleurs déjà considéré qu'un licenciement du salarié actionnaire pouvait être un événement-condition valable³.

C'est peut-être un peu hâtif car la mise en œuvre de cette clause peut aussi soulever quelques interrogations. D'abord, on peut effet se demander si la cession forcée d'action ne devrait pas s'assimiler à une exclusion de l'actionnaire et si c'était le cas, s'il ne conviendrait pas d'étendre le débat qui existe sur la reconnaissance de droit de la défense de l'actionnaire en voie d'exclusion à l'actionnaire contraint de céder ses parts des droits pour se défendre. En effet, il existe un débat sur le point de savoir si un actionnaire ou associé victime d'une pro-

cédure d'exclusion peut prétendre au respect du contradictoire et plus généralement à la protection offerte par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁴. Mais les interrogations s'éteignent bien vite. Une clause de rachat forcé contenue dans un pacte ne se confond pas avec une clause d'exclusion statutaire. Dans la clause d'exclusion, c'est la société qui use de son pouvoir issu des statuts pour prendre une décision d'exclusion à l'égard de l'actionnaire. La clause statutaire contient la possibilité de sanctionner. Il est donc légitime d'imaginer une protection de l'actionnaire concerné face à l'exercice direct du pouvoir de sanction. En revanche, en cas de cession forcée, le mécanisme de mise à l'écart ne semble pas unilatéral. Il ne dépend pas de la volonté d'un cocontractant. C'est un événement convenu à l'avance qui va provoquer la perte de la qualité d'actionnaire. L'éventualité de la cession des actions et l'événement qui en est à l'origine sont librement acceptés par le signataire du pacte lors de sa conclusion. C'est ce libre consentement originel⁵ qui exclut l'application de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme. Mais cette analyse, pourtant cohérente et logique, peut laisser insatisfait. On sent bien que cette clause visant à minorer le prix de cession en cas de licenciement pour faute constitue une façon de sanctionner doublement la même personne pour les mêmes faits : une fois comme salarié, une fois comme actionnaire. Il en résulte que des doutes demeurent.

Des doutes persistent

Cet empiement de sanctions fait douter de la légitimité de la clause et stimule l'imagination du juriste. Pour y voir plus clair, il faut remonter en amont, aux mobiles qui ont inspiré la rédaction d'une telle clause. En raison de sa dénomination de *holding*, il est probable que la société Victoire Holding ait contrôlé la société FPB employeur de M. Castelli. L'existence de ce contrôle signifie que les deux sociétés partagent des intérêts communs. Et c'est probablement ces intérêts communs qui sont à l'origine de la rédaction de la clause *bad leaver*. En rédigeant une telle clause, les dirigeants de la société Victoire Holding ont voulu éviter que M. Castelli réalise une plus-value résultant de la cession des actions au moment même où il était sanctionné par un licenciement décidé par la société contrôlée. Il s'agit donc bien d'une sanction pécuniaire accompagnant un licenciement.

Nous ne sommes donc pas très éloignés du cas du salarié licencié et privé du droit d'exercer l'option de souscription d'actions qui a fait l'objet d'une jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation. Or, dans une telle hypothèse, la règle jurisprudentielle est désormais très ferme : « La privation de la faculté de lever des options en

1. Il était impossible à l'acquéreur de parts d'une SARL de devenir gérant de cette société alors que l'accès à cette fonction dirigeante était la condition suspensive de l'acquisition. La convention a été annulée en raison de l'impossibilité de réalisation de la condition (CA Grenoble ch. des urgences, 5 janv. 1990, n° 89-3372, *Caberot c. Hove*).

2. On dit qu'une condition est simplement potestative lorsque sa réalisation dépend à la fois de la volonté de celui qui s'oblige mais également de la volonté ou du fait d'un tiers.

3. CA Poitiers 2^e ch. civ., 12 nov. 2002, *Dr. sociétés* 2003, n° 107, obs. H. Hovasse.

4. Même si aujourd'hui, pour la Cour de cassation, l'associé ou l'actionnaire concerné par une procédure d'exclusion ne peut se voir reconnaître les droits cités par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, v. notre commentaire de l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 13 juillet 2010, n° 09 16 156, *Banque & droit*, nov.-déc. 2010, p. 64.

5. L'autonomie de la volonté qui préside à la formation de tout contrat telle qu'elle est évoquée par l'article 1134 al. 1 du Code civil.

cas de licenciement pour faute grave constitue une sanction pécuniaire prohibée qui ne pouvait être prévue par le plan de stocks options »⁶. Le salarié a droit d'exercer ses options même en cas de licenciement ; à défaut, il doit être indemnisé à hauteur du préjudice subi. En effet, le Code du travail prohibe toute sanction pécuniaire en cas de faute disciplinaire (C. trav., art. L. 1331-2). Peut-on dès lors considérer que la réduction du prix de cession imposée par la clause *bad leaver* entre dans le champ de cette interdiction ? La dissociation entre l'auteur du licenciement et l'auteur de la sanction pécuniaire fait cependant obstacle. Celui qui a privé M. Castelli de sa plus-value n'est pas celui qui l'a licencié. Mais on pourrait imaginer qu'en raison de la communauté d'intérêts des deux sociétés résultant du contrôle de l'une sur l'autre, la règle s'applique néanmoins ? Certaines décisions, rendues en particulier par la CJUE et visant à redéfinir les périmètres de l'entreprise pour y englober parfois plusieurs sociétés, nourrissent quelques espoirs.

Ne serait-il pas possible aussi au juge de réduire la sanction en appliquant la règle légale de l'article 1152 du Code civil qui lui permet d'intervenir en présence d'une clause pénale aux effets excessifs ? Il lui faudrait bien sûr qualifier au préalable la clause *bad leaver* de clause pénale, celle qui prévoit qu'en cas de manquement à ses obligations un contractant peut être tenu d'indemniser son cocontractant. Or, en l'espèce, il ne s'agit pas à proprement parler d'une indemnisation mais plutôt d'une réduction de prix de cession et il n'y a pas de manquement à une obligation prévue par le pacte. Malgré l'évolution jurisprudentielle tendant à élargir la définition de la clause pénale⁷, il n'est pas certain qu'une telle requalification soit possible⁸. Mais, l'observation retient l'attention. Le juge pourrait alors moduler le prix de cession pour éviter une réduction trop lésionnaire.

L'incertitude sur la validité de la clause subsiste d'autant plus que dans la décision commentée, les magistrats ne s'étaient pas encore prononcés sur le fond. À défaut de faute lourde judiciairement établie, ils ont fort raisonnablement jugé qu'il n'y avait pas lieu à fixer immédiatement un prix de cession, qui pourrait ultérieurement être revu. Ce qui est étonnant dans l'arrêt rendu, c'est que ce sursis porte à la fois sur la validité de la clause et sur sa mise en œuvre, comme si les magistrats se réservaient encore la possibilité d'écarter l'application de cette clause. Or, le sursis ne s'imposait que dans la mesure où ceux-ci jugeaient la clause valable. Une sorte d'incohérence qui ajoute un doute supplémentaire aux interrogations déjà formulées. Le régime juridique applicable aux clauses *bad leaver* n'a pas encore trouvé un équilibre acceptable.

Q. U.

SA – Conseil d'administration et conseil de surveillance – Représentation équilibrée des hommes et des femmes.

Loi n° 2011-103, 27 janv. 2011 : JO 28 janvier 2011.

La loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 impose aux grandes entreprises une représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance.

La faible présence des femmes dans les conseils d'administration et les conseils de surveillance en France et en Europe est une évidence. En 2003, les femmes représentaient seulement 5 % des membres des conseils d'administration ou de surveillance des plus grandes sociétés cotées françaises ; en 2009, elles ont franchi le seuil de 10 %. À titre de comparaison, la proportion en 2009 atteignait 24 % en Finlande, 27 % en Suède et 42 % en Norvège⁹. Les causes sont multiples et bien connues. Sans même aborder le débat idéologique et passionnel, l'impact au plan économique de ce déséquilibre dans la composition des conseils est manifeste : une meilleure composition des conseils, au regard notamment de la diversité et de la complémentarité des parcours, des compétences et des expériences de leurs membres, ne peut aboutir qu'à un meilleur fonctionnement des conseils, à des délibérations de meilleure qualité et plus efficaces, à une meilleure prise en compte du risque et à une meilleure appréciation des options stratégiques de l'entreprise, ainsi qu'à une meilleure évaluation de la qualité des dirigeants de l'entreprise¹⁰. Plus discutées sont en revanche les mesures à prendre pour renforcer la mixité dans la composition des conseils. Une recommandation relative à la présence des femmes et au principe de représentation équilibrée des deux sexes dans les conseils a été introduite par l'AFEP et le MEDEF dans leur Code de gouvernement d'entreprise, le 19 avril 2010, relatif à la représentation des femmes au sein des conseils (§ 6.3 et 15.2.1). Cette recommandation n'est pas restée lettre morte : la proportion de femmes dans les conseils des sociétés du CAC 40 a crû de 44 % entre fin 2009 et septembre 2010 ; en 2010, 15,7 % des mandats du CAC 40 sont détenus par des femmes, contre 10,8 % fin 2009¹¹. De telles mesures d'autorégulation sont toutefois confinées aux sociétés médiatiquement les plus en vue et sont insuffisantes depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 : le second alinéa de l'article 1er de la Constitution dispose désormais que « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes [...] aux responsabilités professionnelles et sociales ». À l'opposé, un régime contraignant de quota ou de parité obligatoire serait manifestement inapproprié, compte tenu des fortes réticences des milieux économiques ainsi que des difficultés pratiques d'application et de sanction.

6. Cass. soc. 21 oct. 2009, n° 08-42026, D. 2009, p. 2613, obs. L. Perrin.

7. Cass. 3^e civ., 26 janv. 2011, n° 10-10376, FS+P+B.

8. Pour une réflexion sur le sujet, v. Y. Le Maut, « Remise en cause des cessions de titres par leur requalification en clause pénale », *Actes pratiques* 2006/86, p. 1.

9. Marie-Hélène Des Esgaulx, Rapport Sénat n° 38 (2010-2011)

10. V. notamment Siri Terjesen, Ruth Sealy et Val Singh, « Women directors on corporate boards : a review and research agenda », *Corporate Governance : an international review*, mai 2009, vol. 17, n° 3, pp. 320-337.

11. Rapport Sénat, *op. cit.*

Dans ce contexte, la loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance n'impose pas un principe de parité et introduit des mesures qui sont certes coercitives pour les sociétés visées, mais néanmoins marquées d'un certain pragmatisme et échelonnées dans le temps.

Principe

Pour toutes les sociétés par actions un principe directeur est fixé à l'article L. 225-17 du Code de commerce : « Le conseil d'administration est composé en recherchant une représentation équilibrée des femmes et des hommes » ; ce principe général n'est pas assorti de sanction.

Les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé ainsi que les sociétés qui, pour le troisième exercice consécutif, emploient un nombre moyen d'au moins 500 salariés permanents et présentent un montant net de chiffre d'affaires ou un total de bilan d'au moins 50 millions d'euros sont soumises à un principe de proportionnalité : à compter du 1er janvier 2017, la proportion des administrateurs ou membres de conseil de surveillance de chaque sexe ne devra pas être inférieure à 40 %. Dans ces mêmes sociétés, lorsque le conseil d'administration est composé au plus de huit membres, l'écart entre le nombre des administrateurs de chaque sexe ne peut être supérieur à deux. Les représentants permanents des personnes morales administratrices siégeant aux organes de gouvernance seront pris en compte pour le calcul de cette proportionnalité.

En cas de vacance, les sociétés visées ont l'obligation de procéder à des nominations provisoires dans les six mois de la vacance en vue de remédier au déséquilibre de représentation des deux sexes au sein des organes de gouvernance.

NB : Premièrement, les sociétés par actions simplifiées ne sont pas visées par la loi du 27 janvier 2011. Certes, les statuts des sociétés par actions simplifiées peuvent prévoir des organes collégiaux d'administration et de surveillance, à l'image des sociétés anonymes ; même s'ils sont dénommés « conseils d'administration » ou « conseils de surveillance », ces organes collégiaux ne sont pas soumis à la nouvelle exigence de « représentation équilibrée » des hommes et des femmes. Deuxièmement, le directoire et les comités du conseil chargés de préparer les décisions du conseil (par ex. comités des nominations, comités des rémunérations, comités d'audit, comités des risques) ne sont pas visés par le nouveau dispositif.

Entreprises publiques

L'article 6 de la loi du 27 janvier 2011 adapte aux entreprises et établissements publics relevant de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public (loi « DSP ») le principe de représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance :

– lorsque l'un des deux sexes n'est pas représenté au sein du conseil d'administration ou de surveillance à la date du 28 janvier 2011, au moins un représentant de ce sexe doit être nommé lors de la plus prochaine vacance ;

– la proportion des membres du conseil d'administration ou de surveillance de chaque sexe nommés par décret ne peut être inférieure à 20 % à compter de leur premier renouvellement suivant la publication de la loi du 27 janvier 2011, et de 40 % à compter de leur deuxième renouvellement.

Toute nomination intervenue en violation de ces règles et n'ayant pas pour effet de remédier à l'irrégularité de la composition du conseil est nulle, étant précisé que cette nullité n'entraîne pas celle des délibérations auxquelles a pris part l'administrateur ou le membre du conseil irrégulièrement nommé.

Une représentation équilibrée des femmes et des hommes est imposée au sein des conseils d'administration des établissements publics industriels et commerciaux et des établissements publics administratifs de l'État : avant le 31 décembre 2015, le gouvernement devra déposer un rapport dressant le bilan de la place des femmes dans les conseils d'administration ou organes équivalents des établissements publics administratifs de l'État et des établissements publics industriels et commerciaux de l'État non visés à l'article 1er de la loi DSP. Ce rapport présentera les efforts accomplis ou envisagés par l'État pour se rapprocher dans ces organes d'une proportion de chaque sexe au moins égale à 40 %.

Sanctions

Toute nomination intervenue en violation de ces règles de proportionnalité et n'ayant pas pour effet de remédier à l'irrégularité de la composition du conseil est nulle. Cette nullité n'entraîne pas celle des délibérations auxquelles a pris part l'administrateur ou le membre du conseil irrégulièrement nommé. Le projet de loi prévoyait à titre de sanction la nullité des délibérations ; cette disposition n'a pas été retenue, en raison de sa disproportion et de l'insécurité juridique qu'elle susciterait.

Si l'organe de gouvernance n'est pas composé d'une proportion des membres de chaque sexe supérieure à 40 %, le versement de la rémunération prévue en faveur de ses membres sous forme de jetons de présence est suspendu jusqu'à ce que la composition redevienne régulière. Le versement est rétabli lorsque la composition du conseil de surveillance devient régulière, incluant l'arriéré depuis la suspension.

Application dans le temps du principe de représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance des SA et SCA

Une période d'adaptation et de préparation sur 6 ans est introduite par le législateur afin de ne pas perturber le fonctionnement des conseils par un renouvellement trop rapide ; ces délais devraient en outre permettre aux sociétés concernées d'identifier les femmes susceptibles d'être nommées et de les former.

Dispositions d'application immédiate

Dès publication de la loi, les conseils d'administration et les conseils de surveillance doivent être composés en

recherchant une représentation équilibrée des femmes et des hommes.

Le législateur prévoit que si l'un des deux sexes n'est pas représenté au sein d'un conseil d'administration ou de surveillance d'une société entrant dans le champ d'application de la loi du 27 janvier 2011 à la date du 28 janvier 2011 (sociétés cotées et « grandes » sociétés non cotées), au moins un représentant de ce sexe devait être nommé lors de la plus prochaine assemblée générale ordinaire ayant à statuer sur la nomination d'administrateurs ou de membres du conseil de surveillance. Toute nomination ou toute désignation intervenue en violation de cette règle et n'ayant pas pour effet de remédier à l'irrégularité de la composition du conseil d'administration ou de surveillance est nulle. Cette nullité n'entraîne pas celle des délibérations auxquelles a pris part l'administrateur ou le membre du conseil irrégulièrement nommé.

Dispositif transitoire applicable au 1^{er} janvier 2014

À titre transitoire, il est prévu pour les sociétés cotées (sans inclure sur ce point les « grandes » sociétés non cotées) que la proportion des administrateurs ou des membres du conseil de surveillance de chaque sexe ne pourra être inférieure à 20 % à l'issue de la première assemblée générale ordinaire qui suivra le 1^{er} janvier 2014 (article 5-II de la loi du 27 janvier 2011). Le représentant permanent d'une personne morale nommée administrateur ou membre du conseil de surveillance est pris en compte pour apprécier la conformité de la composition du conseil d'administration ou de surveillance au seuil de 20 %. Toute nomination ou toute désignation intervenue en violation de cette règle et n'ayant pas pour effet de remédier à l'irrégularité de la composition du conseil d'administration ou de surveillance est nulle. Cette nullité n'entraîne pas celle des délibérations auxquelles a pris part l'administrateur ou le membre du conseil irrégulièrement nommé.

Entrée en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2017

Conformément à l'article 5-I, alinéa 1^{er} de la loi du 27 janvier 2011, les sociétés cotées devront être en conformité avec le principe de représentation équilibrée dès le 1^{er} janvier 2017 ; les sociétés remplissant les trois exercices précédents les conditions de seuil de 500 salariés et 50 millions de chiffres d'affaires ou de total de bilan auront jusqu'à l'assemblée générale ordinaire statuant sur les comptes 2016 pour être en conformité avec la nouvelle loi. S'agissant de ces dernières sociétés, il a également été précisé par le législateur que le troisième exercice consécutif visé ci-dessus s'entend à compter du 1^{er} janvier 2017 (article 5-I, alinéa 2 de la loi du 27 janvier 2011).

Égalité professionnelle et salariale

En application des nouveaux articles L. 225-37-1 et L. 225-82-1 du Code de commerce, une nouvelle obligation est mise à la charge des conseils d'administration et de surveillance des SA (selon l'organisation adoptée par la société) : ces organes devront délibérer annuellement

sur la politique de la société en matière d'égalité professionnelle et salariale. Dans les sociétés devant établir le rapport sur la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes dans l'entreprise prévu à l'article L. 2323-57 du Code du travail et dans celles qui mettent en œuvre un plan pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes visé par l'article L. 1143-1 du même code, le conseil délibérera sur cette base (C. com. art. L. 225-37-1, L. 225-82-1 et L. 226-9-1).

Cette ingérence nouvelle du législateur dans la composition des organes collégiaux de direction des sociétés par actions repose uniquement sur des critères quantitatifs et des quotas. Cette première approche portant sur la diversification dans la composition des conseils ouvre manifestement la voie vers une réflexion plus générale sur la formation, la professionnalisation, la disponibilité et la responsabilité des membres des conseils d'administration et de surveillance.

M. S.

Sociétés anonymes – Conventions réglementées – Nullité – Prescription triennale – Report du point de départ (C. com., art. L. 225-42).

Cass. com., 8 févr. 2011, n° 10-11896 (FS-P+B+R+I)¹²

L'action en nullité d'une convention visée à l'article L. 225-38 du Code de commerce et conclue sans autorisation du conseil d'administration se prescrit par trois ans à compter de la date de la convention. Toutefois, si elle a été dissimulée, le point de départ du délai de prescription est reporté au jour où elle a été révélée. S'il y a eu volonté de dissimulation, la révélation de la convention s'apprécie à l'égard de la personne qui exerce l'action.

Une convention réglementée non autorisée par le conseil d'administration peut être annulée si elle a eu des conséquences dommageables pour la société en vertu de l'article L. 225-42, alinéa 1 du Code de commerce¹³. L'alinéa 2 de ce texte pose un principe de prescription triennale pour cette action¹⁴. Son point de départ coïncide en principe avec la date de la convention. Par exception, si la convention a été dissimulée, ce point de départ est reporté au jour où elle a été révélée. Dans un arrêt de revirement du 8 février 2011, la Chambre commerciale de la Cour de cassation vient de rappeler la nécessité de respecter strictement cette exigence et préciser que s'il y a eu volonté de dissimulation, la révélation de la convention s'apprécie à l'égard de la personne qui exerce l'action.

En l'espèce, la société anonyme V. avait souscrit en 1990

12. *Juris-Data* n° ; D. 2011, AJ, p. 515 obs. A. Lienhard ; JCP E 2001, 1151, note B. Dondero.

13. V. également C. com., art. L. 225-90 pour les SA à directoire et conseil de surveillance.

14. En revanche, conformément au droit commun l'exception est perpétuelle. V. Cass. com. 10 juill. 1978 : *Rev. sociétés* 1979, p. 848, note I. Balensi ; Cass. com. 28 nov. 1996, p. 204, note P. Le Cannu ; Cass. 3^e civ., 2 déc. 1998 : *Bull. Joly* 1999, p. 565, note P. Le Cannu ; *RJDA* 4/99, n° 379 ; Cass. com. 29 nov. 2006 : *RJDA* 4/07, n° 376 ; Cass. 1^{re} civ., 17 juin 2010 : *Bull. civ.*, I, n° 136 ; *Dr sociétés* 2010, comm. n° 181, note M. Roussille ; *Rev. sociétés* 2010, p. 509, note J.-F. Barbiéri.

plusieurs contrats d'assurance vie « indemnité de fin de carrière » au profit de l'ensemble de ses collaborateurs, dont son dirigeant (X.) et de ceux de la société D. En 1998, X. cède à Y. qui s'est substitué la société S. la totalité des actions représentant le capital de la société X., ainsi qu'une partie des actions d'une autre société D. Une semaine après la cession, X. prend sa retraite et touche les indemnités dues au titre du contrat d'assurance vie. Les sociétés PB et M. venant aux droits des sociétés V. et D. contestent ensuite la validité de ce contrat pour absence d'autorisation du conseil d'administration. M. X oppose la prescription de l'action en nullité, le contrat ayant été conclu depuis plus de trois ans. Statuant sur renvoi après cassation (Cass. com., 20 févr. 2007, n° 04-16.438), la cour d'appel de Douai déclare recevable cette action, fait droit à la demande de nullité du contrat et ordonne la restitution des indemnités perçues. Après avoir relevé que les attestations versées aux débats démontrent que les membres des conseils d'administration étaient informés de l'existence des conventions conclues en 1990, mais que cette connaissance, ne valant pas autorisation préalable, ne pouvait suppléer la décision du conseil d'administration, la cour d'appel a retenu que l'approbation par les assemblées générales des sociétés V. et D. des comptes des exercices au cours desquels les cotisations ont été prélevées en exécution de ces conventions ne suffit pas à démontrer que celles-ci avaient été révélées. Elle ajoute que la révélation de la convention litigieuse s'est faite en réalité le 9 décembre 1998, date de paiement des indemnités, et que le fait que l'assemblée des actionnaires ait entériné les comptes qui incluaient les cotisations prélevées au titre du contrat d'assurance ne permettait pas de démontrer la révélation de la convention. Saisie d'un pourvoi formé contre cet arrêt, la chambre commerciale de la Cour de cassation censure la décision attaquée au visa de l'article L. 225-42 du Code de commerce pour manque de base légale pour n'avoir pas recherché si les conventions litigieuses avaient été dissimulées. Sa motivation a la teneur d'un arrêt de principe. Après avoir reproduit le contenu de ce texte : « l'action en nullité d'une convention visée à l'article L. 225-38 du Code de commerce et conclue sans autorisation du conseil d'administration se prescrit par trois ans à compter de la date de la convention ; [...] toutefois, si elle a été dissimulée, le point de départ du délai de prescription est reporté au jour où elle a été révélée », la Haute juridiction précise que « s'il y a eu volonté de dissimulation, la révélation de la convention s'apprécie à l'égard de la personne qui exerce l'action » et que « les conséquences ainsi tirées du texte susvisé, qui s'écartent de celles retenues depuis un arrêt du 24 février 1976, sont conformes à l'exigence de sécurité juridique au regard de l'évolution du droit des sociétés ». S'affirmant comme un revirement de jurisprudence (1.), cet arrêt précise les conditions (2.) du report du point de départ du délai de prescription triennale de l'action en annulation d'une convention réglementée non approuvée.

Revirement de jurisprudence

L'arrêt du 8 février 2011 se présente explicitement comme un arrêt de revirement en affirmant que « les conséquences ainsi tirées du texte susvisé, [...] s'écartent de celles retenues depuis un

arrêt du 24 février 1976 ». Ce dernier¹⁵ avait en effet décidé, sur le fondement de l'article 105 de la loi du 24 juillet 1966 relatif aux conventions dites réglementées que : « en l'absence [...] d'autorisation préalable de la convention litigieuse par le conseil d'administration, seule l'assemblée générale des actionnaires pouvait couvrir la nullité qui en résulte, et qu'ainsi c'est la date de la révélation de la convention qui fixe le point de départ de la prescription de l'action en nullité ». La Haute juridiction se focalisait ainsi sur la révélation de la convention sans prendre le soin de constater la dissimulation, celle-ci étant en quelque sorte présumée par la constatation de l'absence de l'autorisation préalable. La révélation était pour sa part définie strictement comme une révélation complète¹⁶ faite à l'assemblée des actionnaires¹⁷. Aussi, la jurisprudence considérait-elle que la révélation a posteriori de la convention faite à certains actionnaires ou aux administrateurs ne pouvait suppléer à celle de l'assemblée.

L'arrêt du 8 février 2011 rompt avec cette démarche. En censurant l'arrêt d'appel pour manque de base légale pour n'avoir pas recherché si les conventions litigieuses avaient été dissimulées après avoir rappelé la règle selon laquelle « toutefois, si (la convention) a été dissimulée, le point de départ du délai de prescription est reporté au jour où elle a été révélée », la Haute juridiction prône une application orthodoxe du texte rappelant la nécessité d'en vérifier toutes les conditions. En particulier, pour bénéficier du report du point de départ offert par le texte, il faut justifier de l'existence d'une dissimulation prévue par celui-ci. À défaut, le point de départ du délai de prescription est logiquement celui de la date de la convention et non une autre date.

La solution est d'autant plus intéressante qu'elle est explicitement présentée comme « conforme à l'exigence de sécurité juridique au regard de l'évolution du droit des sociétés ». En effet, l'application littérale d'un texte participe indéniablement de la sécurité juridique. On peut ajouter qu'en ce qu'elle instaure une exception au principe de point de départ de la prescription à la date de la convention, cette disposition doit être d'interprétation stricte. Aussi ne peut-il exister que deux points de départs possibles : en principe celui de la date de la convention et, par exception, celui de la date de la révélation de cette convention si elle a été dissimulée. Il reste à préciser les deux notions qui caractérisent le champ d'application de cette exception.

Conditions du report du point de départ de la prescription triennale

Le report du point de départ de la prescription triennale est subordonné à la réunion de deux éléments indissociables : la dissimulation et la révélation de la convention litigieuse.

15. Cass. com. févr. 1976, n° 74-13.185 : Bull. civ., IV, n° 69 ; JCP G 1976, II, 18506, note C. Lucas de Leyssac ; RTD com. 1976, p. 542, obs. R. Houin ; Rev. sociétés 1977, p. 88, note Y. Chartier. V. ultérieurement Cass. com. 12 janv. 1999 : Bull. Joly 1999, p. 464, note B. Petit ; Cass. com. 7 juill. 2004 : Dr et Patrim. 2005, n° 135, p. 99, obs. D. Porrachia ; Cass. com. 2 mai 2007, n° 06-12.378 : Bull. Joly 2007, p. 941, note M. Sénéchal ; RJDA 10/07, n° 985.

16. V. Cass. com. 10 mai 1989 : Bull. civ., IV, n° 149 ; Cass. com. 7 juill. 2004 préc.

17. Le seul fait que l'assemblée ait approuvé les comptes de l'exercice au cours duquel la convention est intervenue et a été exécutée n'était pas pris en considération. V. Cass. com. 28 nov. 1995 : RJDA 2/96, n° 240.

Pour ce qui concerne la dissimulation de la convention, l'arrêt du 8 février 2011 en exige la démonstration et sa constatation par les juges du fond. L'arrêt ne donne cependant pas de définition de celle-ci. Suppose-t-elle un élément intentionnel – la volonté de masquer la convention – ou bien convient-il de distinguer selon qu'elle est volontaire ou involontaire, en d'autres termes selon que le dirigeant est de mauvaise foi ou imprudent? L'enjeu est important sur le plan probatoire, car pour pouvoir bénéficier du report de la date de point de départ de la prescription le demandeur à l'action en annulation de la convention ne devra pas se contenter de prouver, comme en application de la jurisprudence de 1976, que la convention n'a pas été autorisée et qu'elle a été révélée à l'assemblée des actionnaires, mais il devra rapporter la preuve de la dissimulation et de l'élément intentionnel. Certes, l'arrêt de 2011 poursuit en précisant que « s'il y a eu volonté de dissimulation, la révélation de la convention s'apprécie à l'égard de la personne qui exerce l'action ». Par un raisonnement a contrario, on pourrait déduire de cette formulation l'existence d'une distinction. Une telle interprétation est cependant d'autant plus périlleuse qu'elle conduit à une dualité de régime d'appréciation de la révélation de la convention : l'un *in concreto* en cas de dissimulation volontaire, l'autre *in abstracto* en cas de dissimulation involontaire et qui revient à faire application de la solution prétorienne de 1976. Une telle dualité est peu conforme au principe de sécurité juridique dont l'arrêt se revendique. Selon nous, à défaut de démonstration de l'élément intentionnel de la dissimulation, le demandeur ne bénéficie tout simplement pas du report de la date de point de départ de la prescription triennale.

Le report du point de départ de la prescription dépend intimement de la révélation de la convention. Tant que cette dernière demeure secrète, la prescription ne court pas. Ce n'est jusque-là qu'application de la solution tex-

tuelle. L'arrêt analysé présente un intérêt en ce qu'il ajoute – l'affirmation est présentée comme une conséquence de la règle – que « s'il y a eu volonté de dissimulation, la révélation de la convention s'apprécie à l'égard de la personne qui exerce l'action ». En cas de dissimulation intentionnelle, la date du point de départ de la prescription s'apprécie donc *in concreto* en la personne du demandeur à l'action¹⁸. Conforme à la logique de l'article 2224 du Code civil issu de la réforme de 2008, selon lequel la prescription court « à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer », cette solution n'en conduit pas moins en pratique à faire varier le point de départ de la prescription au cas par cas, selon le type de demandeur : la société ou chaque associé pris individuellement. Aussi ne devrait-on logiquement plus pouvoir considérer que le point de départ de la prescription réside en tous les cas dans la révélation de la convention à l'assemblée des actionnaires, seul organe compétent pour couvrir la nullité. L'approche individuelle, subjective, du point de départ du report de la prescription issue de l'arrêt de 2011 conduit à cette situation qu'un actionnaire ayant eu connaissance de la convention non autorisée bien avant que ne se réunisse l'assemblée verra peut-être son action prescrite à cette date. D'aucuns regretteront certainement la solution antérieure, car la révélation de la convention à l'assemblée générale présentait le mérite d'être une date objective, uniforme et aisée à connaître à travers les documents d'information.

Loin de clore le débat comme le laisserait espérer la sécurité juridique dont il se recommande, l'arrêt du 8 février 2011 fera certainement couler beaucoup d'encre. ■

I. R.

18. A. Lienhard, obs. préc.