

Chronique de *Droit des Sociétés*

MICHEL STORCK
Professeur



QUENTIN URBAN
Maître de conférences



Centre du droit de l'entreprise
de l'Université Robert Schuman

Société par actions - Promesse de porte-fort d'un actionnaire majoritaire - Rémunération du président - Ratification implicite par le conseil d'administration (non) - Exigence d'une délibération du conseil

La rémunération allouée au président sous forme d'un complément de retraite doit faire l'objet d'une délibération du conseil d'administration sur son montant et ses modalités, et ne peut résulter d'une ratification implicite par le conseil d'un engagement de porte-fort pris par l'actionnaire majoritaire de la société.

Cass. com. 27 février 2001, SA Malteries franco belges c/Bernheim.

Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 27 février 2001 permet de relever l'intérêt d'une promesse de porte-fort dans une cession de contrôle d'une société anonyme. Le président du conseil d'administration cède en 1973 le contrôle de la société qu'il dirige, en négociant avec le cessionnaire les conditions financières de son maintien en fonctions : le repreneur s'engage à lui faire verser par la société, à l'âge de sa retraite, un complément de rémunération pour les services antérieurement rendus à la société. Après avoir démissionné de ses fonctions de président en 1976, le président atteint en 1992 l'âge de la retraite, mais se voit alors opposer par la société un refus de versement du complément de retraite, au motif que le conseil d'administration n'a pas ratifié l'engagement du porte-fort. Est cassé l'arrêt d'appel qui a condamné la société à verser ce complément de retraite. La Haute juridiction relève que le conseil d'administration d'une société anonyme étant seul compétent pour fixer la rémunération du président, en vertu de l'article 110 de la loi du 24 juillet 1966 (art. 225-47 C. com.), l'engagement souscrit par le cessionnaire,

devenu actionnaire majoritaire de la société, ne peut être ratifié implicitement par les administrateurs qui auraient connaissance de cet accord. Cet arrêt, qui respecte à la lettre les dispositions de l'article 110 de la loi de 1966, permet d'apprécier les conditions de validité (A) et la portée d'un engagement de porte-fort conclu pour le compte d'une société (B).

A - Dans la phase de négociation d'une cession de contrôle, le cessionnaire, qui n'est pas encore dirigeant, ne peut conclure une opération pour le compte de la société ; engageant sa propre responsabilité, il peut en revanche garantir par une promesse de porte-fort que la société dont il va prendre le contrôle acceptera de tenir un engagement déterminé. Le porte-fort engage sa responsabilité et doit indemniser le bénéficiaire de la promesse du préjudice subi si la société refuse de ratifier l'engagement. La ratification donnée par la société de l'engagement pris par un porte-fort doit intervenir dans les conditions prévues pour la validité de l'acte souscrit.

Le vote d'un complément de retraite relève des dispositions de l'article 110 de la loi de 1966 : le conseil détermine la rémunération du président. La jurisprudence en déduit que la rémunération allouée au président sous forme d'un complément de retraite doit faire l'objet d'une délibération du conseil d'administration sur son montant et ses modalités (1). Cette compétence collégiale du conseil est requise sous peine de nullité de l'opération. En l'espèce, la cour d'appel a retenu une ratification implicite donnée par le conseil au seul motif qu'une partie des administrateurs avait connaissance de l'engagement souscrit par le porte-fort. Or une ratification devait nécessairement être expresse, sous forme de délibération du conseil sur le montant et sur les modalités de cette rémunération. La Cour de cassation en déduit qu'il n'y a pas eu de ratification par le conseil de l'engagement souscrit par le porte-fort.

B - Débouté de la demande en paiement du complément de retraite adressée à la société dont il a assuré les fonctions de président, le dirigeant aurait en l'espèce la possibi-

lité de se retourner contre son cessionnaire, qui s'est porté fort du versement par la société de ce complément. Une telle action risque de se heurter à plusieurs obstacles. D'une part, des poursuites ne peuvent être envisagées contre le porte-fort qu'à la condition qu'il ait encore une existence juridique et qu'il soit solvable. En l'espèce, la demande en paiement du complément de retraite est intervenue vingt ans après la conclusion de la convention de porte-fort, le porte-fort ayant lui-même fait l'objet d'une opération d'absorption. D'autre part, le porte-fort n'est pas tenu de se substituer à la société dans le versement du complément de retraite. Enfin, même s'il y avait eu reprise expresse par le conseil d'administration de cet engagement, le conseil aurait eu la possibilité de le révoquer ultérieurement : dans un arrêt en date du 24 octobre 2000, la Cour de cassation a précisé que le conseil d'administration, qui a le pouvoir d'accorder seul un complément de retraite au président, est également compétent pour le modifier ou pour le supprimer sans l'accord du dirigeant, sous réserve de ne pas commettre d'abus de droit (2). Le préjudice causé au bénéficiaire de la promesse par la non-ratification doit être évalué au regard de la créance qui aurait été acquise par le président envers la société s'il y avait eu ratification : cette créance ne représente qu'un droit révocable et non un droit acquis à percevoir le complément de retraite.

Il convient ainsi d'analyser, en présence d'une promesse de porte-fort conclue pour le compte d'une société par un actionnaire ou par un dirigeant, quel est l'organe de la société compétent pour prendre l'engagement souscrit : la ratification doit émaner de cet organe, délibérant dans les mêmes conditions de fond et de forme.

(1) Cass. com. 4 juill. 1995, *Bull. civ. IV*, n° 206 ; D. 1996, 186, note Hallouin ; *D. Affaires* 1995, n° 1 p. 27 ; *Rev. société* 1995, 504, note P. Le Cannu ; *JCP* 1995, II, 22560 note Y. Guyon ; *Bull. Joly* 1995, 968, note J.-F. Barbieri ; *RTD Com* 1996, 69, obs. Petit et Reinhard : est nul un complément de retraite fixé par une commission ad hoc désignée par le conseil d'administration, dont le rapport n'a pas fait l'objet d'une délibération.

(2) Cass. com. 24 oct. 2000, *Droit et Patrimoine* 2001, p. 116, note D. Poracchia ; *Petites Affiches* 13 févr. 2001, p. 19, note S. Ferries ; *Petites Affiches* 25 janv. 2001, note S. Messai ; *D. Affaires* 2000, p. 434, note M. Boizard ; *JCP éd. E*, 2001 p. 37 note Y. Guyon ; *Bull. Joly Sociétés* 2001, note M. Storck ; *RTD Com* 2001, p. 161 note Y. Reinhard et J.-P. Chazal.

(3) Sur cette fonction de la promesse de porte fort, v. *J.Cl. Civ. Art.* 1120, Promesse de porte fort.