

Cumul des mandats sociaux à la lumière de la loi n° 2002-1303 du 29 octobre 2002

LAURENT DE BUTLER

Responsable droit boursier et des sociétés
BNP Paribas



VINCENT DUTHOIT

Juriste
Droit boursier et des sociétés
BNP Paribas



Lumière ou clair obscur ? Sans prétendre à l'exhaustivité, les développements qui vont suivre ont pour objet d'exposer les règles en matière de cumul des mandats sociaux, telles qu'elles résultent des modifications apportées par la loi n° 2002-1303 du 29 octobre 2002 à la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 (loi sur les nouvelles régulations économiques).

La loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (loi NRE), comportait notamment plusieurs articles visant à remettre à plat les règles régissant le cumul des mandats sociaux exerçables par des personnes physiques dans les sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire français, lesdites dispositions ayant posé pour principe (principe assorti de foisonnantes exceptions et dérogations) de fixer cette limite à cinq. De l'avis général des praticiens, ces textes comportaient non seulement des incohérences et imprécisions, sources d'insécurité juridique, mais aussi des limitations jugées particulièrement sévères et inadaptées aux groupes de sociétés et aux PME¹.

L'échéance fixée par la loi NRE pour se mettre en conformité avec les règles de cumul des mandats approchant, il devenait urgent de prendre des dispositions². A cet effet, à l'initiative notamment des organisations patronales et professionnelles, la proposition de loi déposée par le député Philippe Houillon s'est employée à clarifier et assouplir le mécanisme³.

Assouplissement et clarification. Ces objectifs ont-ils été atteints ? C'est ce qu'il convient de déterminer en examinant l'ensemble du régime.

Les mandats sociaux concernés par les limitations demeurent identiques à ceux visés par la loi NRE ; il s'agit des directeurs généraux, des membres du directoire, des directeurs généraux uniques, des administrateurs, des membres de conseil de surveillance, étant observé que sauf exception, la loi applique aux représentants permanents le même régime qu'aux administrateurs et membres de conseil de surveillance⁴. De même, seules les sociétés

anonymes ayant leur siège social sur le territoire français, entrent dans le champ de ces dispositions.

Quant au principe général, celui-ci n'a pas non plus été modifié : une personne physique ne peut exercer simultanément plus de cinq mandats, tous mandats confondus, de directeur général, de membre du directoire, de directeur général unique, d'administrateur, de membre du conseil de surveillance ou de représentant permanent.

Les mandats de gestion

A l'image du principe général précité, une personne physique ne peut exercer simultanément plus de cinq mandats – tous mandats confondus – d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance.

Rappelons à ce titre que ne sont pas comptabilisés les mandats d'administrateur (y compris lorsque l'administrateur est également président sans cumuler cette fonction avec celle de directeur général⁵) et de membre de conseil de surveillance détenus dans les sociétés anonymes contrôlées par une société dans laquelle le mandataire exerce un mandat de gestion⁶ (administrateur ou membre de conseil de surveillance), l'innovation de la « loi Houillon » ayant consisté à étendre cette dérogation aux sociétés contrôlées cotées⁷.

Sensible à l'argument suivant lequel il était impératif d'assouplir les règles de cumul des mandats au sein des groupes de sociétés, un principe particulier de comptabilisation a vu le jour : les mandats d'administrateur (y compris lorsque l'administrateur exerce la fonction de président sans

la cumuler avec celle de directeur général) ou de membre de conseil de surveillance exercés dans des sociétés non cotées et contrôlées⁸ par une même société dans laquelle l'intéressé n'exerce pas de mandat de même nature, ne comptent que pour un seul mandat, sous réserve que le nombre de mandats ainsi exercé n'excède pas cinq⁹, ceci ayant notamment pour conséquence la faculté d'exercer dans ce cadre jusqu'à vingt-cinq mandats¹⁰.

Ce nouveau mécanisme, apparemment plus permissif, soulève plusieurs questions.

Le principe particulier de comptabilisation admet-il le panachage entre les fonctions d'administrateur et de membre de conseil de surveillance? Une interprétation littérale laisserait à penser que seuls des mandats de même nature sont concernés par cette dérogation. Si l'on admet que le panachage n'est pas possible, comment faut-il comptabiliser la juxtaposition de mandats différents?

Ainsi, l'exercice dans des sociétés sœurs de quatre mandats d'administrateur et de un mandat de membre de conseil de surveillance doit-il être comptabilisé comme un, deux ou cinq mandats. Nous aurions, dans cette hypothèse tendance à considérer que l'intéressé est titulaire de cinq mandats et ce, en raison semble-t-il de l'impossibilité d'appliquer la dérogation offerte aux sociétés sœurs lorsque les mandats sont de nature différente. En effet, le rapport du Sénat indique que « *le dispositif adopté a omis de traiter la question des mandats croisés que le texte adopté par la commission des lois de l'Assemblée nationale s'est attaché à régler concernant la première dérogation* », et que « *Compte tenu de cet élargissement, il n'est toutefois pas apparu opportun à l'Assemblée nationale de permettre des mandats croisés dans les sociétés sœurs* » (Rapport Sénat, séance du 9 octobre, p. 13, Sénat, séance du 15 octobre).

Enfin, le second alinéa de l'article L. 225-94-1 issu de la loi NRE prévoyant la possibilité de déroger au principe du nombre maximum de mandats au sein des groupes et ce tous mandats de gestion confondus a été supprimé¹¹ en raison des modifications apportées par la loi Houillon dans les différents articles traitant de chacun des mandats¹².

Ceci étant, le deuxième alinéa de l'article L. 225-94-1 présentait l'avantage de permettre l'exercice d'un nombre illimité de mandats de gestion, dès lors qu'un mandat (de gestion ou de direction) était exercé dans la société contrôlante, sa nature important peu. Désormais, cette dérogation n'est possible pour les mandats de gestion qu'à la condition que l'intéressé soit également titulaire d'un mandat de gestion dans la société contrôlante¹³.

Si, en revanche l'intéressé est titulaire d'un mandat de direction¹⁴ dans la société contrôlante, nous considérons qu'il conviendra d'appliquer aux mandats de gestion détenus dans les sociétés contrôlées la règle spécifique de comptabilité ouverte pour les sociétés sœurs si ces derniers sont de même nature.

Les mandats de direction

La loi Houillon met un terme à la controverse qui consistait à déterminer si le mandat de PDG dans une société anonyme dont le conseil d'administration n'a pas opté pour le régime de la dissociation des fonctions de président et de directeur général devait être comptabilisé comme un ou deux mandats¹⁵, le deuxième alinéa de

l'article L. 225-94-1 disposant désormais que « *l'exercice de la direction générale par un administrateur est décompté pour un seul mandat* »¹⁶.

Reste que le principe suivant lequel une personne physique ne peut exercer simultanément plus d'un mandat – tous mandats confondus – de directeur général, de membre du directoire ou de directeur général unique a été conservé. Toutefois, l'ancienne dérogation a été assouplie, tandis qu'une seconde a été créée: dès lors, un, voire dans certaines conditions deux mandats supplémentaires peuvent être exercés.

Un deuxième mandat de directeur général, de membre du directoire ou de directeur général unique peut être exercé dans une société contrôlée, dès lors que l'intéressé exerce un mandat de ce type dans la société contrôlante. Ici encore, l'innovation a consisté à élargir cette exception aux sociétés cotées.

Une deuxième dérogation a vu le jour: lorsque la société au sein de laquelle est exercé le premier mandat est non cotée, un mandat de directeur général, de membre du directoire ou de directeur général unique peut également être exercé dans une autre société sans qu'un lien capitalistique soit nécessaire avec la première pour autant que celle-ci soit également non cotée.

On notera que la loi ouvre désormais clairement la possibilité de panacher les mandats de direction¹⁷. Mais au moins deux questions se sont posées:

- La première consiste à savoir si ces deux dérogations sont alternatives ou cumulatives. Alors que certains¹⁸ ont considéré, d'après une étude littéraire des textes qu'une seule dérogation est possible, d'autres, dont les soussignés, estiment que ces dérogations peuvent s'ajouter l'une à l'autre, de sorte que le nombre de mandats exerçables est porté à trois. C'est en effet ce qui ressort des travaux parlementaires¹⁹.
- La seconde est de savoir si cette seconde dérogation peut trouver à s'appliquer aussi bien dans le groupe que hors du groupe? En l'absence d'éléments dans les travaux parlementaires et à la lecture des textes, rien ne nous paraît de nature à devoir considérer que ce troisième mandat doit être obligatoirement exercé hors du groupe.

Les règles particulières à certaines sociétés

Les Sicav

La loi NRE comportait un corps de règles modifiant les règles en matière de cumul des mandats des sociétés anonymes classiques. C'était oublier que les Sicav – qui n'ont d'autre choix, légalement, que d'emprunter la forme d'une SA²⁰ – dont une partie des dispositions qui les régissent se trouve dans le Code monétaire et financier, notamment en ce qui concerne l'exercice des mandats sociaux²¹ comporte des règles qui leur sont propres. La juxtaposition des règles de droit commun avec celles applicables aux Sicav mettait en lumière des incohérences²².

Sans qu'il soit nécessaire de revenir sur ces dernières, la loi permet désormais d'exercer simultanément cinq mandats maximum – tous mandats confondus – de directeur général, de membre du directoire ou de directeur général unique de

Sicav ayant leur siège sur le territoire français sans que ces mandats soient pris en compte pour l'application des règles relatives au cumul des mandats exposées ci-dessus²³.

En outre les mandats de représentant permanent d'une personne morale au conseil d'administration ou au conseil de surveillance d'une Sicav ne sont pas non plus pris en compte pour l'application des règles de droit commun²⁴.

En revanche, les mandats d'administrateur ou de membre de conseil de surveillance exercés dans les Sicav ne faisant pas l'objet de dérogations particulières, ces derniers doivent être pris en compte pour l'application des règles relatives de cumul des mandats applicables aux sociétés anonymes classiques.

Pour le reste, les dispositions de droit commun sont applicables aux Sicav²⁵.

Une question reste en suspend : comment comptabiliser le mandat d'un administrateur exerçant le mandat de directeur général sein d'une Sicav ? L'article L. 225-94-1 considère que la fonction de PDG (ou de ADG) doit être comptabilisée comme un seul mandat, ce qui nous conduit à nous interroger sur le mandat à prendre en compte. Ne considérer que le mandat d'administrateur reviendrait à contourner les règles draconiennes en matière de cumul des mandats applicables aux DG. C'est pourquoi il nous semble devoir ne retenir que le mandat de DG²⁶, ceci ayant notamment pour conséquence de permettre aux administrateurs directeurs généraux de Sicav de pouvoir bénéficier de la dérogation qui leur est offerte par l'article L. 214-17 du Code monétaire et financier.

Les sociétés d'économie mixte²⁷

Les mandats de gestion, à l'exception curieusement des mandats de membres de conseil de surveillance, et de direction exercés par un représentant d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales au sein d'une SEM ne sont pas pris en compte pour l'application de la règle de cumul des mandats²⁸.

Les sociétés de capital-risque, les sociétés financières d'innovation, les sociétés de gestion habilitées à gérer certains fonds communs de placement²⁹

L'article L. 225-95-1 issu de la loi NRE non modifié prévoit que ne sont pas pris en compte les mandats de représentants permanents de ces sociétés qu'elles désignent dans d'autres sociétés.

Les sociétés anonymes appartenant à un groupe d'assurance contrôlé par une société d'assurance mutuelle ou une société de réassurance mutuelle

L'article L. 322-4-2 nouveau du Code des assurances prévoit que les mandats d'administrateurs d'une société anonyme appartenant à un groupe d'assurance contrôlé au sens de l'article L. 334-2 du Code des assurances par une société d'assurance mutuelle ou une société de réassurance mutuelle comptent pour un seul mandat³⁰.

Les établissements de crédit mutualistes et coopératifs et organes centraux auxquels sont affiliés ces établissements³¹

Enfin des dispositions³² modifiant l'article L. 511-31 du Code monétaire et financier ont été introduites en matière de cumul des mandats de gestion et de direction exercés au sein des organismes cités à cet article, à savoir la Caisse nationale de Crédit agricole, la Chambre syndicale des Banques populaires, la Confédération nationale du crédit mutuel, la Caisse centrale de crédit coopératif, la Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance ainsi que la Chambre syndicale des sociétés anonymes de crédit immobilier.

Cumul des mandats et rapport annuel

L'article L. 225-102-1 du Code de commerce prévoit notamment que le rapport annuel présenté par le conseil d'administration à l'assemblée générale des actionnaires doit comporter « la liste de l'ensemble des mandats et fonctions exercés dans toute société par chacun de ses mandataires pendant l'exercice ».

Ce texte, dont on peut légitimement considérer, d'après une lecture littérale, qu'il ne concerne pas seulement les mandats exercés dans des sociétés anonymes³³, soulève plusieurs interrogations ; on peut s'interroger sur le point de savoir s'il convient de déclarer les mandats exercés par le représentant permanent ou par la personne morale qu'il représente, voire les deux.

Selon l'ANSA³⁴ la société qui fait son rapport doit se borner à indiquer les mandats exercés par la personne morale administrateur, et non les mandats exercés par la personne physique qui a été désignée pour la représenter. Cette position n'emporte pas notre conviction dans la mesure où on peut s'interroger alors sur les moyens mis à la disposition notamment des actionnaires pour vérifier, même si la seule liste n'est pas suffisante en soit, que les règles de cumul des mandats sont respectées par le représentant permanent.

C'est pourquoi, dans un souci pratique, il serait prudent de considérer que les mandats et fonctions du représentant permanent et de la personne morale doivent figurer dans le rapport annuel.

Délais de mise en conformité

La loi n° 2002-1303³⁵ du 29 octobre 2002³⁶ prévoit que les mandataires sociaux devront se mettre en conformité avec les règles de cumul des mandats issues de la loi NRE avant le 30 décembre 2002³⁷. ■

1 Rapport AN, n° 233, p. 5, M. Houillon : « *Les règles applicables en matière de limitation de cumul des mandats sociaux dans les sociétés anonymes, telles qu'elles résultent de la loi du 15 mai 2001, posent aujourd'hui de redoutables problèmes pratiques aux entreprises, en raison de leur ambiguïté, de leur complexité et de leur rigidité excessives. De fait, au nom d'un objectif louable de responsabilisation des mandataires sociaux, c'est un système très lourd et peu compatible avec l'impératif de sécurité juridique qui a été privilégié* ».

2 Au plus tard le 16 novembre 2003, soit 18 mois après l'entrée en vigueur de la loi NRE, (article 131).

3 Assemblée nationale : proposition de loi n° 193, rapp. de Philippe Houillon au nom de la commission des lois, n° 233, adoptée en première lecture, n° 7 ; Sénat rapp. de M. Hiest, au nom de la commission des lois, n° 13 (2002-2003). Discussion et adoption le 15 octobre 2002.

4 A chaque fois qu'il sera ci-après question des administrateurs et des membres du conseil de surveillance, il conviendra d'y assimiler les représentants permanents.

5 L'alinéa 3 de l'article L. 225-21 prévoyait qu'une personne physique ne pouvait pas exercer plus de cinq mandats de président sans lui ouvrir la dérogation dévolue aux administrateurs dans les sociétés contrôlées non cotées a été supprimé, le président étant désormais complètement assimilé à un administrateur.

6 Les articles L. 225-21 et L. 225-77 intimaient un système de dérogations croisées

7 L'article L. 225-21 issu de la loi NRE réservait en effet cette dérogation aux sociétés non cotées.

8 Par « société contrôlée » au sens de l'article L. 233-16 du Code de commerce, il faut comprendre contrôlée de manière exclusive ou conjointe, à l'exclusion des sociétés sous influence notable.

9 Il n'apparaît pas possible de détenir plus de cinq mandats dans des sociétés sœurs sans considérer que l'intéressé est en dépassement par rapport à la limitation globale.

10 Hiest, Sénat, rapport n° 13 « *Compte tenu de la limite globale fixée à cinq mandats, hors dérogation de groupe jouant désormais non seulement verticalement (filiales contrôlées) mais également horizontalement (société organisée en "râteau"), une même personne pourra désormais, par exemple, exercer jusqu'à cinq fois cinq mandats d'administrateur dans cinq groupes distincts organisés en "râteau" ou encore, cinq mandats de ce type dans des sociétés sœurs d'un groupe ainsi organisé et quatre autres mandats ainsi que, si certains parmi ces derniers sont des mandats détenus dans une société mère, d'autres mandats de gestion, en nombre illimité dans les filiales contrôlées du périmètre de consolidation comptable* ».

11 L'alinéa 2 de l'article L. 225-94-1 prévoyait que par dérogation au principe général « *ne sont pas pris en compte les mandats d'administrateur ou de membre de conseil de surveillance dans les sociétés contrôlées, au sens de l'article L. 233-16, par la société dans laquelle est exercé un mandat au titre du premier alinéa (qui visait tous les mandats de direction et de gestion, dès lors que les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé* ».

12 L. 225-21 pour les administrateurs et L. 225-77 pour les membres de conseil de surveillance. Cf. infra.

14 Directeur général, directeur général unique, membre du directoire.

15 Voir Comité juridique de l'ANSA, juillet 2001, n° 3074 (2 mandats) et Rep. min n° 67440 JOAN Q, 3 décembre 2001, p. 6946 et Rep. Min. Lorient n° 35522, JO Sénat Q, 6 déc. 2001, p. 3856 (1 mandat).

16 Sur le mandat qui doit être pris en compte pour l'application des dérogations : cf. supra concernant les Sicav.

17 L. 225-94 nouveau du Code de commerce conformément au rapport de la Commission des lois du Sénat, p. 3.

18 Jean-Philippe Dom, *Bull. Joly*, octobre 2002, p. 1095, « Cumul des mandats : et si le remède s'avérait pire que le mal ? »

19 Rapport Assemblée nationale, 30 septembre 2002, p. 18, rapport Sénat, séance du 9 octobre 2002, p. 13, rapport de la commission des lois du Sénat, p. 3.

20 L. 214-15 du Code monétaire et financier.

21 L. 214-17 du Code monétaire et financier.

22 La loi NRE n'a pas modifié l'article L. 214-17 du CMF, ceci ayant pour conséquence de n'avoir pas pris en considération la nouvelle « *répartition des pouvoirs entre les organes dirigeants dans les sociétés anonymes et, en particulier, de la dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général* ».

23 Article 3 de la loi du 29 octobre 2002 modifiant l'article L. 214-17 du Code monétaire et financier.

24 Idem qu'au 27.

25 1^{er} alinéa de l'article L. 214-17 « *Par dérogation aux dispositions des titres II et III du livre II du Code de commerce...* » dont les articles L. 225-21 font partie.

26 Cf. infra. concernant les mandats de gestion et l'application de la 2^e dérogation.

27 Ces sociétés sont des SA à structure moniste ou dualiste.

28 Ajout à l'article L. 225-95-1.

29 Article L. 225-95-1 qui dispose qu'il s'agit des sociétés de capital-risque au sens de l'article 1^{er} de la loi n° 85-695 du 11 juillet 1985 (DDOEF), des sociétés d'innovation financière mentionnées au III (B) de l'article 4 de la loi n° 72-650 du 11 juillet 1972 (DDOEF) et enfin des sociétés de gestion habilitées à gérer des fonds communs de placement régis par les articles L. 214-35, L. 214-36 et L. 214-41 du Code monétaire et financier.

30 Afin de « permettre une meilleure gestion » Rapport n° 13, séance du 9 octobre 2002, p. 17.

31 Modifiant l'article L. 511-31 du Code monétaire et financier qui concerne la Caisse nationale de crédit agricole, la Chambre syndicale des banques populaires, la Confédération nationale du crédit mutuel, la caisse centrale de crédit coopératif, la Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance ainsi que la Chambre syndicale des sociétés anonymes de crédit immobilier.

32 Amendement de Xavier de Roux devant l'Assemblée nationale.

33 Question écrite de M. Zocchetto, JO Sénat du 7 novembre 2002, p. 2664 et réponse ministérielle.

34 CJ du 3 avril 2002, n° 3136 : « *Ce 3^e alinéa de l'article L. 225-102-1 a en effet deux objectifs : certes, permettre de vérifier les cumuls de mandats, mais surtout découvrir les conflits potentiels d'intérêts* ». Étant observé que la possibilité de vérifier le respect des règles régissant le cumul des mandats peut être illusoire dans bien des cas.

35 Loi n° 2002-1303 du 29 octobre 2002 modifiant certaines dispositions du Code de commerce relatives aux mandats sociaux (comportant 5 articles) ; JO « Lois et décret » n° 254 du 30 octobre 2002, p. 17992.

36 Le Sénat n'a apporté aucune modification au texte adopté par l'Assemblée nationale.

37 L'article 5 de la loi modifiant l'article 131 de la loi NRE prévoit en effet que les mandataires sociaux « *disposent d'un délai de deux mois à compter de la date de publication de la loi pour se mettre en conformité avec les nouvelles dispositions du Code de commerce ; à défaut ils seront réputés démissionnaires d'office de tous leurs mandats* », ceci ayant pour conséquence de remettre en cause la validité de délibérations auxquelles l'intéressé aurait pris part (L. 225-95-1 du Code de commerce inchangé).