

CHRONIQUE

DROIT DES SOCIÉTÉS



**ISABELLE
RIASSETTO**
Professeur à
l'Université du
Luxembourg

Sociétés anonymes – Dirigeants sociaux – Retraite chapeau soumise au régime des conventions réglementées – Autorisation préalable du conseil d'administration (non) – Approbation de l'assemblée générale (non) – Nullité de la convention (oui).

Cass. com. 10 novembre 2009 : Bernard c. Société Carrefour
– Pourvoi n° 08.70.302 F – (Rejet CA Paris, 7 octobre 2008).

Ayant retenu que si le bilan de l'action de l'ancien dirigeant d'une société était positif, il n'était pas pour autant établi que les services dont il se prévalait, qui avaient été rendus par lui dans l'exercice de ses fonctions de président du conseil d'administration de la société Carrefour, justifiaient l'allocation d'une rémunération venant s'ajouter à celle qu'il avait perçue au titre de ces fonctions, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision rejetant sa demande en paiement d'un complément de retraite.

Après avoir démissionné de ses fonctions de président du conseil d'administration de la société Carrefour en 2005, M. Bernard a fait valoir que le conseil d'administration de cette société avait souscrit à son égard en 2001 et en 2005 un engagement particulier de retraite additionnelle, prenant effet au 18 février 2006, date à laquelle il avait atteint l'âge de 60 ans, et a fait assigner la société Carrefour en paiement de sommes correspondant aux deux premières annuités de retraite. Pour s'opposer au paiement du complément de retraite, la société a opposé par voie d'exception la nullité de la délibération du conseil d'administration allouant une rémunération complémentaire au dirigeant.

La question posée ne porte pas sur la conformité à l'intérêt social de la délibération du conseil d'administration, mais uniquement sur la compétence du conseil d'administration :

– s'il est établi que le conseil d'administration avait, par application de l'article L. 225-47 du Code de commerce, le pouvoir propre d'allouer au dirigeant une rémunération sous la forme d'un complément de retraite, la convention a force obligatoire ;

– en revanche si ce complément de rémunération relevait de la procédure de contrôle des conventions réglementées prévue par les articles L. 225-38 et L. 225-40 à L. 225-42 du Code de commerce, l'inobservation en l'espèce de cette procédure rend la convention annulable dès lors qu'elle a eu des conséquences dommageables pour la société.

Trois conditions sont requises par la jurisprudence pour qu'un complément de retraite puisse être accordé au président par le conseil d'administration, au titre d'une rémunération visée à l'article L. 225-47 du Code de commerce¹ :

– l'avantage consenti doit être la contrepartie de services particuliers rendus à la société par le dirigeant pendant l'exercice de ses fonctions : ces services sont appréciés en fin de mandat social, au regard notamment des résultats obtenus par la société sous ce mandat ;

– l'avantage accordé au dirigeant est proportionné à ces services ;

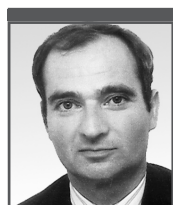
– l'avantage accordé ne constitue pas une charge excessive pour la société.

Lorsque ces conditions cumulatives sont réunies, l'octroi du complément de retraite est une rémunération qui relève du conseil d'administration qui est seul compétent pour en fixer le montant et les modalités (C. com., art. L. 225-47) ; si l'une de ces conditions n'est pas remplie, l'avantage consenti est considéré comme une indemnité particulière versée au dirigeant, devant être soumise à la procédure de contrôle des conventions réglementées (C. com., art. L. 225-38 et suivants).

La cour d'appel de Paris a considéré qu'en raison de la perte de confiance des actionnaires envers ce dirigeant, avant son départ, et de l'évolution des résultats financiers du groupe pendant son mandat de direction, il n'y avait pas eu de services particuliers rendus à la société. Compte tenu de son caractère insolite, la pension litigieuse rele-



**QUENTIN
URBAN**
Maître de conférences
à la Faculté
de droit de
Strasbourg



**MICHEL
STORCK**
Professeur
à la Faculté
de droit de
Strasbourg

1. Com. 3 décembre 1987, *Rev. sociétés* 1987, 266, note Guyon ; Cass. com., 10 février 1998 ; *Bull. civ.* 1998, IV, n° 70, p. 54 ; – Cass. com., 24 octobre 2000 : *Bull. civ.* 2000, IV n° 166, p. 148.

vait de la procédure des conventions réglementées. La cour d'appel en déduit que n'ayant pas fait l'objet d'une autorisation préalable du conseil d'administration et n'ayant pas été soumise à l'approbation des actionnaires, la convention qui a produit des conséquences dommageables pour la société, en raison du défaut de proportionnalité entre l'avantage conféré au dirigeant et les services rendus à la société, doit être annulée en application de l'article L. 225-42 du Code de commerce².

Le pourvoi reproche aux juges du fond d'avoir inversé la charge de la preuve : le dirigeant expose que ce n'est pas lui qui doit apporter la preuve de la réunion des trois conditions précitées, dont notamment les services rendus, c'est la société qui doit apporter la preuve négative de l'absence d'une des conditions requises par la jurisprudence pour une application de l'article L. 225-47 à cette forme particulière de rémunération.

Le pourvoi est rejeté par la chambre commerciale de la Cour de cassation : « Ayant retenu, sans inverser la charge de la preuve, que si le bilan de l'action de M. Bernard de 1992 à 2005 était positif, il n'était pas pour autant établi que les services dont il se prévalait, qui avaient été rendus par lui dans l'exercice de ses fonctions de président du conseil d'administration de la société Carrefour, justifiaient l'allocation d'une rémunération venant s'ajouter à celle qu'il avait perçue au titre de ces fonctions, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, [...] légalement justifié sa décision ».

Il apparaît ainsi que le contrôle portant sur la procédure à suivre pour allouer une rémunération au dirigeant conduit les juges du fond et la Cour de cassation à apprécier *a posteriori* l'opportunité et la pertinence du versement d'un complément de retraite au dirigeant, ce qui leur confère le pouvoir d'annuler un engagement de verser un complément de rémunération jugé excessif ! Ce glissement d'un contrôle de légalité de la procédure suivie, à un contrôle au fond des motifs du versement d'une rémunération complémentaire au dirigeant, n'est pas sans déplaire aux actionnaires, qui critiquent l'absence de transparence dans la fixation des rémunérations des dirigeants.

Les faits ainsi révélés au public, et notamment le montant des rémunérations complémentaires allouées à des dirigeants de sociétés cotées (en l'espèce, la société avait provisionné 50 millions d'euros pour couvrir l'exécution de l'engagement), ont conduit le législateur à soumettre rétroactivement à compter du 1^{er} mai 2005, toutes les pensions de retraite des dirigeants des sociétés cotées, à la procédure des conventions réglementées et à un critère de performance³.

2. CA Paris, 7 octobre 2008, JCP E 2009, 1088, note Y. Paclot ; Bull. Joly 2008, 976, note D. Schmidt ; RJDA 2009, n° 116 ; Dr sociétés 2009, n° 30, note D. Gallois-Cochet.

3. L. 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, art. 8, ajoutant au C. com. les art. 225-42-1 et L. 225-90-1C. com. ; loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 - v. Y. Paclot et C. Malecki. Le nouveau régime des rémunérations, indemnités et avantages des dirigeants des sociétés cotées, D. 2007. Chron. 2481.

Clause de préemption pour le cas de cession de titres – Apport de titres à une société holding constituée par un associé – Application du droit de préemption (non).

Com. 15 décembre 2009, F-P+B, n° 08-21.037.

Une clause de préemption pour le cas de cession de titres, avec notification aux co-contractants du prix et des modalités de cession, ne peut s'appliquer en cas d'apport de titres à une société holding constituée par l'un des contractants.

Les clauses statutaires ou extrastatutaires de préemption confèrent aux associés d'une société le droit d'acquiescer par priorité les titres mis en vente par l'un d'eux. Ces clauses permettent notamment de contrôler l'entrée dans une société de nouveaux associés ou de contrôler les modifications dans la répartition du capital et des pouvoirs au sein d'une société.

Ces clauses, qui reposent sur un principe de liberté contractuelle, doivent expressément fixer leur champ d'application et leurs modalités de mise en œuvre, ce qui peut être source de difficultés d'interprétation en cas de désaccord entre les partenaires. Deux voies s'ouvrent alors aux juges :

– dégager ce qui a pu être le but recherché par les parties et tenir compte de cette finalité dans une interprétation libérale de la clause⁴ ;

– considérer que ces clauses portent atteinte au libre pouvoir de disposition des actionnaires et qu'elles doivent être interprétées restrictivement⁵.

Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 15 décembre 2009 consacre la seconde appro-

4. Par ex : CA Paris, 5^e ch. B, 10 décembre 1998, Segui et autres c/ Toscan du Plantier et autres, D. aff. 1999, chr., p. 299, Bull. Joly Sociétés 1999, p. 482, note J.-J. Daigre : le droit de préemption prévu en cas de « mutation » des actions en dehors du groupe d'actionnaires, est appliqué dès lors que les actionnaires avaient perdu leur minorité de blocage du fait de leur renonciation à souscrire à une augmentation de capital et de l'abandon de leurs droits préférentiels de souscription.

• CA Paris, 3^e ch. A, 2 juillet 2002, Patrimonio c/Azzaro, BRDA 2002, n° 20, p. 3, RJDA 2003, n° 35, Bull. Joly Sociétés 2002, p. 1204, note P. Le Cannu : un prêt de consommation d'une action consenti par l'actionnaire majoritaire d'une société anonyme à un administrateur constitue la violation d'une clause de préemption accordée aux minoritaires en cas de cession d'actions, dès lors que ce prêt permettait au bénéficiaire de disposer de tous les droits attachés à l'action

5. • CA Paris, 25^e ch. B, 18 février 2000, SA Finatral c/ SA Banque de Vizille et autres, Bull. Joly Sociétés 2000, p. 727, RJDA 2000, n° 662, confirmé par Cass. com., 28 avril 2004, n° 00-15.003, RJDA 2004, n° 983 : le terme « transfert » utilisé par le pacte ne vise que le cadre d'une cession isolée (cession, échange, apport en société, nantissement, donation) et à défaut de précision expresse ne peut être étendu à la transmission à titre universel résultant d'une fusion-scission.

• CA Paris, 25^e ch. B, 12 avril 2002, Ets Falgayrettes c/ Sté AIAC Alliance Internationale d'assurance et de commerce, JCP E 2002, n° 26, p. 1077 : une convention de préemption ne s'applique pas à l'apport des actions à une société holding dont l'apporteur avait la totale maîtrise, dès lors que cet apport pouvait s'analyser en une modalité de détention des actions n'entraînant pas de rupture dans l'équilibre entre les actions voulues par la convention de préemption.

• CA Paris, 3^e ch. A, 4 décembre 2007, SA Mongoual et autres c/ SAS Montaigne Jean Goujon et autre, RJDA 2008, n° 422, Bull. Joly Sociétés 2008, p. 307, note B. Fages, Dr Sociétés avril 2008, comm. 69, note M.-L. Coquelet, Rev. Sociétés 2008, p. 330, note D. Poracchia : le droit de préemption qui vise « toutes les aliénations par quelque mode que ce soit, par transfert direct ou indirect, cession, apport, donation, échange, fusion, prêt de consommation, nantissement, transfert universel du patrimoine » des titres d'une société ne peut être étendu aux cessions des actions de la société détentrice d'une participation dans le capital de cette dernière.

che, et met en évidence la nécessité de prévoir en détail le champ d'application et les modalités d'exercice de la clause de préemption.

En l'espèce, une convention entre actionnaires d'une société exploitant deux hôtels prévoyait un droit de préemption mutuel entre les signataires, en cas de cession de leurs titres pour le cas où ils projetteraient de céder lesdits titres. La procédure de mise en œuvre de ce droit de préemption était précisée : « Envoi par le cédant d'une lettre recommandée avec accusé de réception du projet de cession indiquant les conditions de la vente et le prix payé ; le récipiendaire aura un délai de 30 jours à réception de cette information pour faire part à l'expéditeur de son désir à l'acquéreur indiqué ; au cas où cette procédure ne serait pas observée la partie fautive devra indemniser l'autre d'une somme égale à 500 000 euros ».

Des actionnaires signataires de ce pacte ont apporté leurs actions à une SARL qu'ils ont constituée. Invoquant une violation par ces derniers de la clause de préemption, les autres signataires les ont assignés en paiement de la somme prévue au titre de la clause pénale.

Les juges du fond ont accueilli cette demande en retenant que l'apport effectué s'analyse en une opération juridique par laquelle les actionnaires avaient transféré des éléments de leur patrimoine personnel à la société en cours de constitution et avaient reçu en contrepartie des titres sociaux pour une valeur globale correspondant aux actifs apportés. Cet apport, ayant eu pour résultat le transfert à titre onéreux des titres détenus au profit de la société créée, constituerait, au sens de la clause de préemption, une cession qui aurait dû faire l'objet d'une notification préalable aux autres actionnaires. Selon les juges du fond, en décidant autrement aurait pour résultat de permettre à un co-contractant de détourner le droit de préemption par le biais d'un apport des actions à une société holding (Versailles, 30 octobre 2008, BRDA 2009, n° 2, p. 2).

Cet arrêt est cassé pour violation de l'article 1134 du Code civil : la clause doit être interprétée littéralement. La clause doit fixer les conditions d'exercice de la préemption et notamment le prix. Or, en présence d'un apport de titres à une société, les bénéficiaires du droit de préemption ne peuvent se substituer aux apporteurs au sein de la nouvelle société constituée en offrant une contrepartie équivalente : l'apporteur est rémunéré par des droits sociaux qui ne sont pas fongibles comme le serait un prix dans une cession à titre onéreux.

Il s'avère dès lors que toute extension du champ d'application de la clause de préemption doit s'accompagner de mesures de mise en œuvre appropriées.

Il est fréquemment stipulé que la préemption joue pour « toute cession sous quelque forme que ce soit ainsi que pour les adjudications publiques, fusions, scissions ou apports partiels d'actifs ». Une telle clause inclut dans son champ d'application l'apport de titres à une société constituée par un associé et vise aussi des cessions à titre gratuit.

Il importe alors, pour le cas d'apport de titres à une holding ou de cession à titre gratuit de droits sociaux, de préciser les modalités de mise en œuvre du droit de préemption. Pour un apport à une société holding, comme en l'espèce, il conviendrait notamment de déterminer quelle contrepartie devra être versée au cédant : à défaut

de prix de cession dans l'opération d'apport, la valeur de ces droits pourrait être fixée d'un commun accord par les parties ou par voie d'expertise selon les modalités de l'article 1843-4 du Code civil ; en cas de fixation du prix par l'expert, il faudrait prévoir au profit du cédant une faculté de rétractation.

En cas de libéralité, il ne peut y avoir de contrepartie équivalente à l'intention libérale du disposant ! Il est dès lors préférable d'exclure du champ d'application des clauses de préemption les cessions consenties à titre gratuit. Il a été jugé en ce sens que dès lors qu'une clause statutaire stipule que l'actionnaire doit notifier son projet de cession à la société en indiquant notamment le prix et les autres conditions de la cession projetée et précise que cette notification vaut offre de cession aux prix et conditions mentionnés, cette procédure de préemption est, en l'absence de prix, sans application aux cessions consenties à titre gratuit⁶.

Il apparaît ainsi qu'il n'est pas nécessairement souhaitable d'étendre le champ d'application des clauses de préemption, sous peine de se heurter ensuite à des difficultés de mise en œuvre, source certaine de contentieux. En outre, s'il apparaît que c'est dans le but de déjouer l'application de la clause de préemption que l'associé a eu recours à une libéralité, ou à un apport en société avec cession ultérieure des droits détenus dans cette société holding, le mécanisme de la fraude paulienne permettrait de déjouer cette fraude.

M.S

Compétence commerciale – Compétence matérielle – Contestations relatives aux sociétés commerciales – Action contre un dirigeant à l'occasion de la gestion d'une société commerciale.

Cass. com., 27 octobre 2009, n° 08-20384 (n° 977 FS-P+B + R+I)⁷

Constitue une contestation relative à une société commerciale justifiant la compétence du tribunal de commerce, l'action en responsabilité civile intentée par un créancier contre un dirigeant pour des faits se rattachant par un lien direct à la gestion d'une société commerciale, peu important que ce dirigeant n'ait pas la qualité de commerçant non plus que celle de dirigeant de droit.

L'action en responsabilité civile d'un créancier intentée contre un dirigeant d'une société commerciale participe de la notion de « contestations relatives aux sociétés commerciales » et au sens de l'article L. 721-3 2° du Code de commerce déterminant la compétence d'attribution des juridictions consulaires, quand bien même ce dirigeant ne serait-il ni commerçant ni dirigeant de droit, dès lors que les faits se rattachent par un lien direct à la gestion de la société. Tel est l'enseignement qui s'évince d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 27 octobre 2009.

6. Cass. com., 17 mars 2009, n° 08-11268 (n° 235 FD), X. et a. c/ A. et a., Bull. Joly Sociétés, 2009 n° 10, P. 847 note B. Saintourens.

7. D. 2009, p. 2679, obs. X. Delpech ; JCP G 2009, p. 590, note Ch. Lebel ; JCP E 2010, p. 1017, note J.-P. Legros ; Procédures, décembre 2009, comm. n° 411, note H. Croze.

Les faits concernaient une société, créancière d'une autre au titre de la fourniture de carburant, qui bénéficiait de l'engagement de caution d'une troisième société. Le créancier a fait assigner devant le tribunal de commerce deux personnes physiques, dirigeants à la fois de la société débitrice principale et de la société caution, à qui il reprochait l'existence de fautes à l'origine du préjudice né de l'inexécution par ces sociétés de leurs obligations. Ces dirigeants ont soulevé l'incompétence matérielle de ce tribunal. Alors que les premiers juges ont rejeté cette exception, la cour d'appel l'a accueillie⁸. Son arrêt est cependant censuré, par la Cour de cassation au visa de l'article L. 721-3 du Code de commerce, pour défaut de base légale. La Haute juridiction lui a reproché de n'avoir pas recherché, comme elle y était invitée « si les faits allégués ne se rattachaient pas par un lien direct à la gestion de sociétés commerciales, peu important que M. X. ou M. Y n'ait pas eu la qualité de commerçant non plus que celle de dirigeant de droit de ces sociétés ». Par petites touches successives, au gré des affaires qui lui sont soumises, la Cour de cassation précise ainsi la compétence d'attribution des tribunaux de commerce en indiquant ce qui entre dans la notion de « contestations relatives aux sociétés commerciales » et ce qui n'y entre pas.

La notion de « contestations relatives aux sociétés commerciales »

La notion de « contestations relatives aux sociétés commerciales » visée par l'article L. 721-3 2° du Code de commerce n'est pas définie par le législateur. Aussi revient-il à la jurisprudence d'en préciser le contenu. Dans le présent arrêt, ayant l'honneur d'une publication dans le bulletin d'information et d'une analyse dans le rapport annuel de la Cour de cassation, le critère retenu est celui de faits se rattachant « par un lien direct à la gestion de sociétés commerciales ». Ce critère du lien direct à la gestion n'est pas nouveau. Il a déjà été retenu à plusieurs reprises sous l'empire de l'ancien article 631 du Code de commerce et, notamment, au sujet d'une action en responsabilité civile intentée contre un gérant de SARL coupable de faits de concurrence déloyale⁹.

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 27 octobre 2009, il était soutenu que les dirigeants sociaux avaient commis, à l'occasion de leur gestion, des fautes à l'origine du préjudice du créancier. Ces fautes avaient très certainement mis les sociétés, débitrice principale et caution, dans l'impossibilité d'honorer leurs engagements respectifs envers le créancier¹⁰. Aussi, le lien de causalité entre le préjudice subi par le créancier et la faute de gestion pou-

vait-il paraître comme étant bien direct. L'hypothèse est celle de la faute de gestion causant un préjudice non seulement à la société, mais encore à un tiers du fait l'inexécution par cette société de ses engagements.

Ainsi la faute de gestion d'un dirigeant peut-elle motiver une action en responsabilité dans les rapports internes, mais également une action intentée par un créancier non seulement contre la société, mais encore contre son dirigeant personnellement. Dans tous les cas, l'action relève de la compétence du tribunal de commerce en tant que contestation relative à une société commerciale. Il convient toutefois d'observer que, s'agissant précisément d'une action intentée par un créancier, l'arrêt du 27 octobre 2009 ne tire pas, sur le terrain de la compétence, les conséquences de la règle de fond selon laquelle dans les rapports avec les tiers la responsabilité civile du dirigeant nécessite la démonstration d'une faute détachable des fonctions. Or, une faute détachable ne devrait pas, par définition, présenter un lien direct avec la gestion de la société. Implicitement, l'arrêt clive la problématique en deux plans différents, celui de la compétence du tribunal qui nécessite la preuve du lien direct avec la gestion et celui du fond qui postule l'absence de ce lien. Si le tribunal de commerce est compétent à raison de l'existence d'un lien direct avec la gestion, l'action en responsabilité civile ne pourra précisément pas aboutir en raison de l'existence de ce lien. L'arrêt exprime ainsi la stricte indépendance des règles matérielles applicables aux litiges par rapport aux règles de compétence.

Cette solution marque une nouvelle étape dans l'approche « maximaliste »¹¹ de la notion de « contestations relatives aux sociétés commerciales » (C. com., art. L. 721-3 2°) et, partant, de la compétence des juridictions consulaires, les premières ayant été franchies en matière de cession de titres¹² et d'opérations nées à l'occasion de ces cessions¹³. Cette approche extensive, fondée sur cet élément objectif qu'est le lien direct avec la gestion, justifie l'exclusion d'autres éléments

Les éléments indifférents à la notion

Le premier élément indifférent à la détermination de la compétence de la juridiction commerciale réside dans la mise en cause de la société dans le cas d'une action en responsabilité contre son dirigeant. La circonstance que la société n'ait pas été mise en cause ne pouvait avoir pour effet de soustraire ses dirigeants à la compétence de la

8. CA Paris, 25 juin 2008, n° RG 08/3 132.

9. Cass. com., 7 avril 1967, n° 94-14-121 : Bull. civ., III, n° 129 : D. 1968, jur. p. 6 ; Rev. soc., 1968, p. 57, note J. Calais-Auloy ; RTD com. 1968, p. 319, note M. Boitard ; Cass. com., 27 novembre 1973, n° 72-14646 : Bull. civ., III, n° 343 ; D. 1974, somm. p. 10 ; Cass. 12 juin 1978 : Rev. soc. 1979, p. 307, note J.-P. Sortais ; Gaz. Pal. 1978, somm. p. 374. V. également CA Paris, 19 mars 1997 : Dr sociétés 1997, comm. n° 113, note Th. Bonneau.

10. En outre, un cautionnement présente également en lien direct avec la gestion d'une société, sur les résultats duquel il est susceptible d'avoir des résultats. Mais tel n'était pas le propos en l'espèce, la question étant celle de la faute des dirigeants à l'origine du préjudice né de l'inexécution de leurs obligations par les sociétés débitrices principale et caution.

11. V. R. Salomon, rapp. sous Cass. com., 10 juillet 2007, D. 2007, chron. C. cass., p. 2768.

12. Cass. com., 10 juillet 2007, n° 06-16.548 ; Jurisdata n° 2007-040 138 ; Dr Sociétés 2007, comm. n° 179, obs. H. Hovasse ; BRDA 14/07, inf. 1 ; D. 2007, p. 2041, obs. A. Lienhard ; D. 2007, chron. C. cass., p. 2768, obs. R. Salomon ; D. 2008, jur. p. 518, note D. Thevenet-Montfrond ; Bull. Joly 2007, p. 1242, note D. Poracchia ; JCP G. 2007, II, 10 198, note J.-P. Legros ; Procédures 2007, comm. n° 223, obs. H. Croze ; Rev. sociétés 2007, p. 1242, note B. Saintourens ; RTD com. 2007, p. 783, obs. P. Le Cannu et B. Dondero ; Defrénois 2008, p. 1475 obs. Thuillier. Adde J.-P. et M. Bertrel, « La commercialité de l'acquisition de contrôle », Droit et patrimoine, janvier 2008, p. 30.

13. Cass. com., 12 février 2008, n° 07-14 912 : Bull. civ., IV, n° 39 ; D. sociétés 2008, comm. n° 78, obs. H. Hovasse ; D. 2008, p. 612, obs. A. Lienhard ; Rev. sociétés 2008, p. 370, note B. Saintourens ; Bull. Joly 2008, p. 485, note J.-F. Barbiéri ; JCP G 2008, II, 10 129, note Ch. Lebel ; LPA 17 juin 2008, note B. Brignon ; Defrénois 2008, p. 1475, obs. B. Thuillier ; RTD com. 2008, p. 358, obs. B. Dondero ; p. 521, obs. C. Champaud et D. Danet ; Banque et Droit, 2008, n° 119, p. 56, obs. I. Riassetto.

juridiction consulaire¹⁴. Ainsi, l'action en responsabilité civile intentée par un créancier à l'encontre d'un dirigeant personnellement relève en tant que telle de la catégorie des contestations relatives aux sociétés commerciales.

Le second élément indifférent est un élément subjectif tenant à la qualité des dirigeants. En premier lieu, il importe peu que le dirigeant « n'ait pas eu la qualité de commerçant ». Le critère de compétence de l'article L. 721-3 du Code de commerce est un critère objectif tiré du rattachement de l'acte litigieux à la gestion de la société. L'énoncé de la solution est classique et a déjà été formulé dans le passé relativement à un gérant de SARL¹⁵. La solution est logique car, hormis l'hypothèse du gérant associé d'une société en nom collectif, les mandataires sociaux ne sont pas commerçants. Mais les actes qu'ils accomplissent en qualité de dirigeants sociaux participent de la gestion de la société, laquelle relève indéniablement de la notion de « contestations relatives aux sociétés commerciales ». De surcroît, cette formule ne comportant aucune précision tenant aux dirigeants et à leur caractère, il n'y a tout simplement pas matière à distinguer là où la loi ne distingue pas.

En second lieu, l'arrêt souligne l'indifférence de la qualité de « dirigeant de droit » de la société. La précision est nouvelle, car dans les arrêts ayant eu précédemment à statuer sur la question, les dirigeants concernés étaient des dirigeants de droit. Or, en l'espèce, la qualité de dirigeants de droit, mais aussi de dirigeant de fait de la société caution ou de la société débitrice principale, n'était pas

établie. Bien plus, il n'était guère plus démontré qu'ils étaient intervenus en qualité de dirigeants de la société caution lors de la souscription ou l'exécution du cautionnement litigieux.

Ce faisant la Haute juridiction a franchi une étape supplémentaire dans l'élargissement du champ de compétence *rationae materiae* des tribunaux de commerce, puisque désormais une contestation est relative à une société commerciale dès lors qu'elle met en cause un dirigeant, de droit ou de fait, d'une telle société sans qu'il ne soit nécessaire d'en démontrer sa qualité.

Assurément, cette jurisprudence marque incontestablement une conception très extensive de la notion de contestation relative aux sociétés commerciales laquelle permet d'attirer devant les juges consulaires toutes les actions gravitant autour de ces sociétés. L'étape suivante consistera-t-elle à abandonner le caractère direct du lien avec la gestion de la société ?

I. R

14. V. Cass. com., 12 juin 1978, précité.

15. V. Cass. com., 7 avril 1967, 27 novembre 1973 et 12 juin 1978 : précités.