

Chronique de *Droit des Sociétés*

MICHEL STORCK
Professeur



QUENTIN URBAN
Maître de conférences



ISABELLE RIASSETTO
Maître de conférences



Faculté de droit de Strasbourg

SCI. Déclaration d'insaisissabilité. Résidence principale. Chef d'entreprise. Loi 1^{er} août 2003. Détenion de parts de SCI.

Une réponse ministérielle précise que l'insaisissabilité de la résidence principale d'un chef d'entreprise ne peut concerner un immeuble détenu à travers une SCI (Rép. min. n° 52819, JOANQ 5 avril 2005, p. 3540).

Un chef d'entreprise peut dissocier dans son patrimoine les biens personnels ou professionnels et les biens immeubles, en constituant une SCI, dotée de la personnalité morale. Détenant des parts de SCI et non plus des droits réels immobiliers, l'entrepreneur peut néanmoins s'attribuer la jouissance de ces immeubles à des fins d'habitation, ou conclure une convention de bail ou d'apport en jouissance avec la SCI pour les immeubles affectés à l'exploitation de son entreprise. Les créanciers de l'entrepreneur perdent alors tout droit de poursuite sur le patrimoine immobilier, sauf extension d'une procédure collective à la SCI¹ et ne peuvent saisir que les droits sociaux détenus par l'entrepreneur dans la SCI.

La loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003 a introduit un autre mécanisme destiné à protéger les chefs d'entreprise, en ouvrant la possibilité pour « une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante de déclarer insaisissables ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale » (C.com. art. L 526-1 et L 526-2).

Les deux mécanismes protecteurs, la constitution d'une SCI et la déclaration d'insaisissabilité, ne sont pas cumulables. Une réponse ministérielle précise en effet que la déclaration d'insaisissabilité ne peut concerner un immeuble détenu dans le cadre d'une SCI² : cette disposition, qui déroge à la règle posée par les articles 2092 et 2093 du Code civil, doit être interprétée strictement. Les mots « *ses droits sur l'immeuble* » visent toute forme de droits réels immobiliers que l'entrepreneur peut avoir sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale, qu'il s'agisse d'un immeuble propre, indivis ou commun. Lorsqu'une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale a établi sa résidence principale dans un immeuble appartenant à une société civile et qu'elle n'est titulaire que de parts sociales de cette société, elle ne peut pas bénéficier des dispositions des articles L. 526-1 et L. 526-2 susvisés. Dans ce cas, seule la SCI est propriétaire des biens constituant l'actif social et dispose de droits réels sur ces biens : l'écran de la personnalité morale fait obstacle à la souscription de la déclaration d'insaisissabilité pour autrui. Les associés sont seulement titulaires de droits personnels concrétisés par l'attribution de parts sociales qui ne confèrent aucun droit de propriété sur les biens composant l'actif social. Pour cette raison, les personnes détenant des parts sociales de sociétés civiles immobilières ne peuvent pas se prévaloir de l'insaisissabilité instituée par la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 sur l'initiative économique. Les parts sociales d'une société civile immobilière pourront toujours être saisies dans les conditions prévues par la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 et le décret n° 92-755 du 31 juillet 1992.

¹ Monsérié-Bon M.M., *La société civile, outil de séparation des patrimoines*, Droit et patrimoine juillet août 2004, p. 75

² Rép. min. n° 52819, JOANQ 5 avr. 2005, p. 3540

Cession de droits sociaux. Fixation du prix par un tiers. Article 1843-4 C. civ. Application du principe du contradictoire (non). Erreur grossière.

Cass. com., 19 avr. 2005, *Torlai c/Société KPMG et autres*.

Dans une procédure de fixation du prix de cession de droits sociaux selon les modalités prévues par l'article 1843-4 du Code civil, « l'expert » désigné conformément à l'article 1843-4 du Code civil a toute latitude pour déterminer la valeur des parts ou actions selon les critères qu'il juge opportuns ; sauf erreur grossière, l'évaluation proposée a un caractère définitif et s'impose aux parties et au juge.

En cas de contestation sur le prix de cession de droits sociaux, le tiers estimateur désigné par les parties ou par le juge dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du Code civil, n'est pas un expert au sens du droit processuel, qui ne rend qu'un avis sur une question technique, et n'est pas non plus un arbitre investi du pouvoir de trancher un litige : il intervient en tant que mandataire commun, substitué au cédant et au cessionnaire pour fixer un élément essentiel à la formation du contrat de cession³. La décision du tiers estimateur s'impose aux parties et au juge. La jurisprudence a introduit une seule limite au caractère irrévocable de la décision du tiers : l'erreur grossière⁴. L'erreur grossière peut porter tant sur la méthode suivie par le tiers évaluateur, que sur le non-respect de règles de droit. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 19 avril 2005 énonce à nouveau une précision utile pour l'appréciation de l'erreur grossière : l'homme de l'art « a toute latitude pour déterminer la valeur des droits sociaux selon les critères qu'il juge opportuns »⁵. La Haute Juridiction ne se prononce toutefois pas directement sur la question soulevée par les parties devant les juges du fond : le tiers évaluateur est-il tenu de respecter le principe du contradictoire dans l'exercice de sa mission ; plus précisément, doit-il, avant le dépôt de son rapport, communiquer le nom et l'avis des sachants qu'il a consultés ? Dans la mesure où le tiers n'est pas un expert ni un technicien, il n'est pas tenu de respecter l'article 242 du nouveau Code de procédure civile qui impose la communication des éléments nécessaires à l'identification des personnes consultées. Et puisqu'il ne tranche pas un litige, le principe du contradictoire imposé aussi aux arbitres ne joue pas en cette qualité. Le tiers estimateur se substituant aux parties dans la détermination d'un élément essentiel du contrat de cession, le principe du contradictoire, qui ne s'impose pas à ces parties, ne devrait pas jouer. Telle est la solution retenue par les juges du fond, qui ont considéré qu'en procédant ainsi, le tiers n'avait pas commis d'erreur grossière. Un auteur défend toutefois une opinion plus nuancée⁶, en relevant que le tiers estimateur doit être impartial, et qu'à ce titre, il doit respecter la contradiction entre les parties. Un manquement à cette impartialité pourrait être sanctionné comme étant constitutif d'une erreur grossière.

M. S.

³ Les contestations portant sur la valeur des droits sociaux, par Alain Couret, Laurent Cesbron, Benoît Provost, Philippe Rosenpick et Jean-Christophe Sauzey, *Bull. Joly sociétés* 2001 § 242 ; L. Cadiet, *Arbiter, Arbitrador, Gloses et post-gloses sous l'article 1843-4 du Code civil*, Mélanges Y. Guyon, Dalloz, 2003, p. 154

⁴ Cass. com., 4 nov. 1987, D. 1987, IR p. 234 ; JCP 1988, II, 21050,

Groupe de sociétés. Conventions de gestion de trésorerie et de change. Échanges de personnel entre sociétés du groupe. Avances de fonds par la société mère à sa filiale. Relations financières anormales (non). Confusion de patrimoine (non). Sociétés fictives (non). Extension de procédure collective (non).

Cour de cass., chambre commerciale, 19 avril 2005, *SA Metaleurop c/SAS Metaleurop Nord*, arrêt pour l'instant non publié et non commenté.

Le mandataire liquidateur de la SAS Metaleurop avait tenté de faire étendre la procédure collective dont faisait l'objet la société dont il était le liquidateur, à d'autres sociétés du groupe, et en particulier la société mère. Il fondait son action sur une prétendue fictivité de la filiale et une confusion de patrimoine entre plusieurs sociétés du groupe. Les magistrats de la Cour d'appel de Douai qui avaient écarté la fictivité de la filiale, avaient retenu la confusion de patrimoine, dans une décision rendue le 16 décembre 2004. Cet arrêt est cassé par la chambre commerciale de la cour de la commerciale. L'arrêt de cassation, en date du 19 avril 2005, considère que les faits relevés par les magistrats d'appel n'étaient pas suffisants pour « caractériser en quoi, dans un groupe de sociétés, les conventions de gestion de trésorerie et de change, les échanges de personnel et les avances de fonds par la société mère, qu'elle a constatés, révélaient des relations financières anormales constitutives d'une confusion de patrimoine de la société mère avec celui de sa filiale ».

L'arrêt rendu le 19 avril 2005, par la chambre commerciale de la Cour de cassation, révèle que des relations entre sociétés dans un groupe peuvent être déséquilibrées sans que pour autant elles puissent être qualifiées d'anormales, au point que les patrimoines soient confondus. Cette dissociation entre déséquilibre et anormalité a un enjeu majeur. En effet, lorsque les relations entre deux sociétés sont anormales, et que l'une d'entre elle fait l'objet d'une procédure collective, l'autre peut faire l'objet d'une extension de procédure en raison de la confusion des patrimoines. Ce qui n'est pas lorsque les relations sont seulement déséquilibrées. C'est une information importante pour les mandataires judiciaires, désignés dans le cadre des procédures collectives, mais aussi pour les créanciers de sociétés appartenant à un groupe.

Être dans l'impossibilité de combler un passif lorsque l'actif est insuffisant est une situation banale pour des mandataires liquidateurs, désignés pour conduire une procédure de liquidation judiciaire. Nombre d'entre eux songent souvent, dans de telles circonstances, à faire étendre la procédure collective à d'autres sociétés, lorsque la société fait partie d'un groupe. Si l'action en justice

note A. Viandier ; *Bull. Civ. IV*, n° 226 ; Cass. Com. 6 juin 2001, JCP 2001, I, 372, n° 2, obs. Viandier et Caussain

⁵ Dans le même sens, Cass. Com. 29 juin 1993, *Dr. sociétés* 1993, n° 158, note Th. Bonneau

⁶ L. Cadiet, art. préc., p. 165

prospère, elle permet d'atteindre un actif qui peut-être apurera une partie au moins du passif de la société en liquidation. C'est ce qu'avait espéré le mandataire liquidateur de la SAS Metaleurop Nord, d'abord placée en redressement judiciaire, le 28 janvier 2003, puis en liquidation à compter du 10 mars 2003, en engageant une action en extension de procédure collective contre la société mère Metaleurop SA et d'autres sociétés du groupe. Les deux moyens évoqués à l'appui de l'extension de la procédure reposaient sur la fictivité de la société filiale Metaleurop Nord SAS et l'existence de relations financières anormales. Si le tribunal de grande instance de Béthune avait rejeté les demandes, le 11 avril 2003, la cour d'appel saisie d'un recours contre la décision de première instance, avait rendu une première décision avant dire droit, le 2 octobre 2003, par laquelle elle nommait un expert chargé de déterminer le degré d'autonomie de la filiale par rapport à la société mère et d'analyser les relations financières entre les sociétés du groupe. À la même époque, en octobre 2003, la société mère Metaleurop déposait son bilan devant le tribunal de commerce de Paris, qui ouvrait une procédure collective. C'est le 16 décembre 2004 que la Cour d'appel de Douai fait renaître tous les espoirs du mandataire liquidateur en décidant d'une extension de procédure collective en raison d'une confusion de patrimoine. La Cour d'appel de Douai relève que la fictivité de la société filiale ne ressortait pas de l'analyse des faits rapportés par les parties et les experts. La Cour d'appel de Douai relève ainsi que la société n'avait pas été créée pour porter atteinte aux droits des créanciers et qu'elle avait bien une activité de production, que la direction de l'entreprise existait bien et n'était pas qu'une simple marionnette manipulée par la société mère, que des difficultés d'organisation de l'activité de production ne l'avaient pas pour autant privé de toute autonomie, que, si la société était fragile sur le plan financier, elle disposait bien d'un patrimoine propre. Cette fictivité prétendue ne sera plus examinée dans l'arrêt de cassation, du 19 avril 2005. Les magistrats de la Cour de cassation censureront l'arrêt d'appel parce qu'il a étendu la procédure collective en raison de relations financières anormales dans le groupe et que les motifs cités à l'appui d'un tel constat, « *situation de dépendance décisionnelle et financière particulièrement marquée* » (p. 23 de l'arrêt d'appel), étaient insuffisants. Le déséquilibre avéré des relations financières ne semble pas avoir été suffisant pour constituer une anormalité. Il faut donc revenir sur ce qui justifie l'extension d'une procédure pour confusion de patrimoine en raison de l'anormalité des flux financiers en examinant successivement deux points : 1° Le déséquilibre ou l'anormalité financière résultant du contenu ou de l'exécution des conventions de trésorerie, de prêt et de change, 2° Le déséquilibre ou l'anormalité, résultant de la mise à disposition de personnel ?

1. Déséquilibre ou anormalité financière résultant du contenu ou de l'exécution des conventions de trésorerie, de prêt et de change ? Pour faciliter la gestion des

flux financiers dans les groupes de sociétés, il est fréquent d'avoir recours à des conventions de trésorerie. Elles permettent aux sociétés d'un groupe d'éviter d'avoir recours aux services de banques extérieures et de bénéficier de conditions financières avantageuses. La loi encourage, en accordant une dérogation au monopole bancaire (C. com., art. L. 511-7, 3°), la conclusion de tels accords et même la création, au sein des groupes, de sociétés « pivot », ayant pour objet principal la gestion de ces flux financiers : « *une entreprise, quelle que soit sa nature, peut procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres* ». En principe, ces conventions doivent réguler des flux financiers équilibrés. Mais, dans les groupes de sociétés, la jurisprudence admet qu'un déséquilibre relatif affecte les opérations financières. Pour justifier l'anormalité qui en résulte, les juges considèrent que dans les groupes, il faut aussi tenir compte de certains intérêts, comme, par exemple, l'opportunité du soutien d'une filiale, pivot de la stratégie commerciale de la société dominante, voire même d'un intérêt du groupe tout entier⁷. C'est le cas en particulier des avances de trésorerie⁸ ou même des abandons de créances⁹. Dans la situation précédente l'ouverture de la procédure collective de la société Metaleurop Nord SAS, les magistrats d'appel avaient pu relever que la convention d'avances de trésorerie avait pu fonctionner normalement, jusqu'en 2000. Mais, après cette date correspondant à l'ouverture d'une crise dans l'entreprise, les relations financières se sont dégradées au point que la société devint totalement dépendante de la société mère : « *la solvabilité de Metaleurop Nord SAS ne dépendait que des capacités financières de la SA, de ses paiements, et de sa volonté d'accorder ou non un crédit complémentaire* ». La société avait financé une avance qui avait atteint 84 519 000 euros au 31 décembre 2003 (p. 10 de l'arrêt d'appel).

Concernant les prêts, la Cour d'appel avait relevé que la société avait imprudemment prolongé le terme de deux ans pour le remboursement d'un prêt de 735 000 euros, prévu au 30 septembre 2000 et que l'échéance de remboursement pour un montant de 4 570 000 euros, du 30 septembre 2002 n'avait pas non plus été respectée (p. 11 et 22 de l'arrêt d'appel). La couverture des risques de change semble avoir aussi été l'occasion de relations, qualifiées d'« anormales », puisque la cour d'appel relève que la direction du groupe a décidé, en 1995 de centraliser la gestion de la couverture du risque de change au trésorier de Metaleurop SA. Cette gestion financière assurée par les dirigeants de la société mère a été désastreuse pour la filiale Metaleurop Nord SAS qui a perdu 30 millions d'euros, pour la période 2001-2003 (p. 20 de l'arrêt d'appel). Cette gestion financière catastrophique, résultant d'erreurs à répétition des dirigeants du groupe, a eu un double effet pour la filiale, selon les magistrats d'appel : la placer en état de dépendance financière de la mère et lui faire perdre en conséquence toute possibilité d'initiative pour redresser la situation.

⁷ CA Versailles, 2 avr. 2002, Banque & droit, nov.-déc. 2002 avec nos observations.

⁸ Pour une présentation générale du sujet v. D.Ohl, Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe, préf. Cabrillac, Litec, 1982. ;

P. Bouteiller, Groupe de sociétés : centralisation des opérations de trésorerie, JCP éd.E, 2001, p. 1658.

⁹ v. par ex. CA Paris, 3° Ch.A, 7 sept. 2004, Banque & Droit, nov.-déc. 2004, notre chron. p. 44

2. Simple déséquilibre ou anormalité, résultant de la mise à disposition de personnel ?

Pour assurer sa constatation de flux financiers anormaux, la Cour d'appel de Douai évoque aussi la prise en charge financière par Metaleurop Nord SAS, de deux salariés, cadres dont l'activité, détachée de celle de la filiale, profitait à l'ensemble des sociétés du groupe qui avaient des activités « plomb » et « zinc ». Ce rattachement contractuel de ces deux salariés à la filiale se justifiait d'autant moins que celle-ci n'avait aucune autonomie décisionnelle dans son activité de production, puisque la gestion de production avait été conventionnellement déléguée à la société mère. La mise à disposition à titre gratuit de salarié semblait confirmer, selon les magistrats d'appel, une anormalité des flux financiers et lui permettait de conclure que « la conjonction de ces éléments est suffisamment déterminante, alors que la société Metaleurop Nord SAS se trouvait en état de dépendance décisionnelle et financière marquée pour affirmer que les relations financières entre les sociétés Metaleurop SA et Metaleurop Nord SAS sont devenues anormales ».

C'est cette déduction qui n'a pas été admise par la Cour de cassation. Et, la cassation intervenue semble, au moins pour partie, en conformité avec la jurisprudence antérieure. Si des situations d'imbrication inextricable des comptabilités de deux sociétés¹⁰, des abandons de créance sans le moindre commandement de payer¹¹, le paiement de dettes pour le compte d'une autre société débitrice sans aucune contrepartie¹² justifient que soient relevées des relations financières anormales, il n'en est pas de même d'une interdépendance économique, résultant par exemple de flux financiers (opérations de prêt et de cautionnement)¹³. Certes, nous ne sommes pas en présence d'interdépendance mais bien de dépendance. Mais, il semble bien que, dans un groupe, pour la Cour de cassation la seule dépendance financière d'une société à l'égard d'autres sociétés du groupe ne suffise à constater une anormalité. Il y a là, ainsi, une façon de consacrer l'existence de « déséquilibres financiers normaux » dans les groupes de sociétés. L'autonomie juridique de chacune des sociétés du groupe sort renforcée par une telle décision. Mais, c'est aussi sacrifier bien des intérêts (les salariés, les créanciers...). Est-ce bien légitime ?

Q. U.

Société anonyme. Rémunération des dirigeants. Compétence exclusive du conseil d'administration.

Cass. com., 30 nov. 2004, n° 01-13216 (n° 1740 F-D), Époux Y. c/SA Garage Y : Bull. Joly 2005, § 77, p. 391, note D. Vidal.

Le conseil d'administration d'une société anonyme a une compétence exclusive pour déterminer la rémunération du président, mais n'a pas le pouvoir de ratifier la décision du président qui, sans obtenir préalablement une décision du conseil, s'est alloué une rémunération.

En l'absence de détermination de la rémunération par le conseil d'administration pour l'année en cause, le président du conseil d'administration est tenu de restituer celle qu'il s'est octroyée.

Après avoir quitté la société suite à la cession de ses actions, un ancien dirigeant peut être tenu de restituer sa rémunération, cette dernière n'a pas été préalablement déterminée par le conseil d'administration ! Telle est la solution rigoureuse de l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 30 novembre 2004.

Les faits étaient les suivants. Fin 1992, le président du conseil d'administration et le directeur général d'une société anonyme ont cédé leurs titres, puis se sont vus condamner à rembourser à la société les sommes représentant les rémunérations perçues durant l'année 1992, en leur qualité de dirigeant, en l'absence de délibération préalable du conseil d'administration. Dans leur pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel (Besançon, 10 mai 2001), ils invoquaient l'existence d'une décision du conseil d'administration de 1988 ayant déterminé la rémunération des dirigeants sans limitation de durée. Or il ressort des procès-verbaux de réunions du conseil d'administration de 1990 et 1991 de la société que les rémunérations avaient été fixées annuellement. Aucune décision n'étant intervenue en 1992, le président ne pouvait s'allouer sa rémunération. En effet, selon la chambre commerciale de la Cour de cassation qui rejette le pourvoi, « aux termes de l'article L. 225-47 du Code de commerce, le conseil d'administration d'une société anonyme a une compétence exclusive pour déterminer la rémunération du président, mais n'a pas le pouvoir de ratifier la décision du président qui, sans obtenir préalablement une décision du conseil, s'est alloué une rémunération ». Cet arrêt contribue ainsi à préciser la portée de l'article L. 225-47 du Code de commerce¹⁴ traitant de la détermination de la rémunération du président du conseil d'administration et, par analogie, de l'article L. 225-53¹⁵ relatif à celle du directeur général et des directeurs généraux délégués. Rigoureux sur le principe posé par le texte, l'arrêt n'en révèle pas moins de subtiles

10 Cass. com. 24 octobre 1995, Bull. Joly févr. 1996 n° 49

11 Cass. com. 7 janv. 2003, Bull. 2003 IV, n° 3, p. 4

12 Cass. com., 10 mai 2000, Bull. Joly, nov. 2000, n° 259

13 CA Paris, 3^e ch. A, 21 novembre 1989, Bull. Joly 1990, p. 186, § 49, note Ph. Pétel et Cass. com. 9 avr. 1991, D. 1991, IR p. 128.

14 C. com., art. L. 225-47 al. 1 : « Le conseil d'administration élit parmi ses membres un président (...) Il détermine sa rémunération ». V. E. du Pontavice, *La fixation de la rémunération des organes de direction et de sur-*

veillance de la société anonyme, Mélanges Bastian 1974, p. 177 ; A. Picand-L'Amezec, *L'autorémunération du président du conseil d'administration*, Bull. Joly 1988, p. 319 ; G. Lyon-Caen, *Encore la rémunération des PDG*, D. aff. 1996, p. 162 ; P. Le Cannu, *La rémunération des dirigeants des sociétés commerciales*, Mélanges AEDBF 1997, p. 247.

15 C. com., art. L. 225-47 al. 3 : « Le conseil d'administration détermine la rémunération du directeur général et des directeurs généraux délégués ».

nuances offrant autant de souplesse dans les règles de détermination de la rémunération des dirigeants.

1. S'agissant de l'organe compétent, l'arrêt commenté fait une application littérale de l'article L. 225-47 du Code de commerce. Il réaffirme avec force la compétence exclusive du conseil d'administration en matière de « détermination » (fixation, renouvellement, modification, suppression) de la rémunération du président du conseil d'administration. Si cette solution condamne l'intervention de l'assemblée¹⁶ ou d'un comité des rémunérations¹⁷, elle interdit également toute autodétermination par le président¹⁸. Elle prohibe aussi la ratification par le conseil d'administration de la décision du président de s'attribuer une rémunération, témoignant ainsi du caractère préalable de la délibération de l'organe collégial. Ce faisant, l'arrêt confirme une jurisprudence antérieure¹⁹. Mais en énonçant que le conseil d'administration « *n'a pas le pouvoir de ratifier la décision du président qui, sans obtenir préalablement une décision du conseil, s'est alloué une rémunération* », la chambre commerciale ne semble pas interdire pour autant, de manière absolue, toute intervention du président dans sa rémunération. Cette possibilité d'intervention doit cependant être encadrée en amont par une décision d'autorisation et en aval par une ratification du conseil. Ainsi peut-on concevoir que ce dernier décide du principe et du montant de la rémunération et délègue, sous son contrôle, au président le soin d'en fixer les mesures d'exécution concrètes.

2. Le conseil d'administration est également seul compétent pour décider de la date à laquelle a lieu la détermination de la rémunération des dirigeants²⁰. Il peut fixer celle-ci une fois pour toutes, sans limitation de durée, ou bien décider de délibérer régulièrement sur cette question selon une périodicité qu'il détermine, par exemple tous les ans.

En outre, le conseil d'administration est libre de modifier, unilatéralement et à tout moment en cours de vie sociale, les modalités de détermination de la rémunération²¹. Il peut ainsi passer de l'absence de limitation de durée initiale à une fixation annuelle. À cet égard, s'il est classique qu'une modification des modalités de fixation de la rémunération résulte d'une décision expresse en ce sens, elle peut également être tacite. Et tel est l'apport essentiel de l'arrêt du 30 novembre 2004 qui admet la modification implicite²². Cette dernière se déduira du changement d'attitude du conseil. Il en ira ainsi lorsque le conseil, après avoir rendu

une délibération déterminant le montant de la rémunération sans limitation de durée, aura délibéré plusieurs années de suite sur cette question²³. Bien que la question relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, il est intéressant de s'interroger sur les critères de modification tacite. En l'occurrence, deux délibérations annuelles consécutives auront suffi à caractériser ce changement de modalités. En revanche, l'absence de délibération pour l'année en cours ne pouvait justifier l'abandon de la fixation annuelle et le retour à la règle antérieure; elle témoignait de l'absence d'autorisation préalable.

3. En conséquence, la cour d'appel a ordonné le remboursement à la société des rémunérations perçues au titre de l'année écoulée²⁴. Le fondement de cette restitution n'étant pas précisé, il peut s'agir d'une répétition de l'indu²⁵ ou bien d'une restitution des prestations consécutives à la nullité de la décision d'une autorité incompétente²⁶. L'on remarquera que, dans la présente affaire, l'un des moyens du pourvoi invoquait la solution rendue par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 21 mars 1990²⁷ sur le fondement des articles 101 et 110 de la loi de 1966 (C. com., art. L. 225-38 et L. 225-47), selon laquelle « *l'absence de délibération annuelle du conseil d'administration renouvelant la rémunération du dirigeant préalablement fixée ne pourrait éventuellement constituer qu'une irrégularité formelle nécessitant la preuve d'un préjudice (de la société) pour justifier le remboursement des salaires (sic) perçus sans qu'une telle décision eût été réitérée* ». La société n'avait en l'espèce subi aucun préjudice étant donné que la rémunération était due, dès lors qu'il n'était pas prouvé que les fonctions étaient exercées à titre gratuit, et que la rémunération litigieuse constituait la juste contrepartie du travail fourni. La Cour de cassation n'a pas répondu à ce moyen jugé inopérant. Il convient d'en déduire que la décision préalable du conseil d'administration ne saurait être une règle de forme – à laquelle au surplus les dispositions relatives aux conventions réglementées ne s'appliquent pas – mais une règle de fond. Ainsi, en l'absence de décision positive et préalable du conseil d'administration, le dirigeant ne saurait toucher aucune rémunération et s'oblige à restitution.

Si cette solution est parfaitement orthodoxe au regard du caractère institutionnel de la rémunération des dirigeants de société anonyme, il convient cependant de regretter l'impossibilité d'apporter un correctif tempérant sa sévérité sous la forme d'une indemnité compensatoire. ■

I. R.

16 Il ne peut donc s'agir d'une convention réglementée au sens de l'article L. 225-38 du Code de commerce. Le présent arrêt s'inscrit implicitement dans la conception institutionnelle de la rémunération des dirigeants. En ce sens, v. Cass. com., 3 mars 1987 : Bull. civ., IV, p. 49; Rev. soc. 1987, p. 266, note Y. Guyon; D. 1987, IR, p. 64; gaz. Pal. 1987, I, p. 264, note B. Hatoux; Cass. Com., 22 janv. 1991 : Bull. Joly 1991, p. 404, § 131; Rev. sociétés 1992, p. 61, note J.-P. Legros.

17 V. Cass. com., 4 juill. 1995 : Rev. sociétés 1995, p. 504, note P. Le Cannu; Bull. Joly 1995, p. 968, § 350, note J.-F. Barbiéri; JCP E 1995, II, 750, note Y. Guyon; RTD com., 1996, p. 69, obs. B. Petit et Y. Reinhard.

18 Cass. com., 15 déc. 1987 : Bull. civ., IV, n° 280; Bull. Joly 1988, p. 80; D. 1988, IR, p. 23.

19 Cass. com., 27 février 2001 : Bull. Joly, 2001, p. 631, § 159, note M. Storck.

20 Cette modalité de détermination de la rémunération (quand le

conseil délibère-t-il ?) ne doit pas être confondue avec les modalités de mise en œuvre de sa décision (périodicité du versement).

21 Cette modification des règles de détermination par le conseil ne doit pas être confondue avec la modification, du montant de la rémunération. 22 V. note D. Vidal, sous Cass. com., 30 nov. 2004 : Bull. Joly 2005, § 77, p. 391.

23 Inversement, tel sera le cas du conseil d'administration qui pendant plusieurs années de suite n'aura pas délibéré sur cette question.

24 Il s'expose également à des sanctions pénales pour abus de biens sociaux.

25 Cass. com., 15 déc. 1987, préc; CA Paris, 2 mai 1997 : Juris-Data n° 021120.

26 V. P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, Précis Domat, éd. Montchrestien, 2003, n° 733.

27 Bull. Joly 1990, p. 527, note M. Jeantin.