

Chronique de *Droit des Sociétés*

MICHEL STORCK
Professeur



QUENTIN URBAN
Maître de conférences



ISABELLE RIASSETTO
Maître de conférences



Faculté de droit de Strasbourg

Prêt immobilier consenti à une SCI – Caractère professionnel du prêt – Mention des dispositions de l'article L. 312 10 du Code de la consommation dans l'offre de prêt - Utilisation de formulaires pré-imprimés – Rattachement volontaire à l'article L. 312 3 du Code de la consommation

Un établissement de crédit a consenti en 1993 un prêt immobilier à une SCI d'un montant de 6 850 000 francs ; lors de la renégociation du prêt en 1998, la SCI a sollicité la déchéance du prêteur de son droit aux intérêts contractuels pour violation des dispositions de la loi du 13 juillet 1979. L'emprunteur a été débouté par la cour d'appel de Paris, qui a considéré que ces dispositions protectrices ne peuvent s'appliquer à raison du caractère professionnel du prêt consenti à une SCI ; la cour d'appel considère que l'utilisation par la banque, préalablement à la signature de l'acte notarié, de formulaires pré-imprimés faisant référence à la loi du 13 juillet 1979 était équivoque et n'impliquait pas un assujettissement conventionnel au Code de la consommation. Cet arrêt est cassé par la Cour de cassation qui relève les éléments caractérisant la volonté des parties de se soumettre à la loi de 1979.

Cass. 1^{re} civ. 4 avril 2006, n° 04-15.813, SCI D'Après c/Banque populaire Rives de Paris, *Juris-Data* n° 2006-033085

1. Cf. notamment X. Henry, D. 2003 Chron. p. 2557, "Clauses abusives : où va la jurisprudence accessible ?".

2. V. CJCE 22 nov. 2001, Cape SNC, aff. jointes C-541/99 et C-542/99, Rec. CJCE 2001/11. I, p. 9049 ; JCP 2002, II, 10047, note Paisant ; Contrats, conc., consom. 2002, n° 18, obs. approb. Raymond ; D. 2002, AJ p. 90, note Rondey et Pizzio ; Petites affiches, 22 mai 2002, note Nourissat. – Pour la critique de cette position, V. : J. Amar, Contrats, conc., consom. 2003, chron. n° 5 ; M. Luby, *ibid.* 2002, chron. n° 14 ; V. aussi G. Paisant, note JCP 2002, II, 10123.

Cet arrêt illustre à nouveau le problème de l'application du droit de la consommation à une SCI. Les dispositions protectrices des consommateurs dans le domaine du crédit mobilier ou immobilier, ainsi qu'en matière de clauses abusives ou de rétablissement personnel, ne peuvent bénéficier qu'aux consommateurs ou aux non professionnels¹. Or une société civile immobilière a une personnalité morale et a un objet social défini dans les statuts, qui conduisent nécessairement à distinguer les associés, pouvant être des consommateurs, et la société, représentée par son dirigeant dans les opérations conclues dans les limites de l'objet social.

Deux observations conduisent à ne pas étendre le droit de la consommation à une SCI (a) ; ce principe peut néanmoins être tempéré par des exceptions (b).

a. Une SCI n'est pas un consommateur

La Cour de justice des Communautés européennes a précisé que la notion de consommateur au sens de la directive 93/13/CEE exclut les personnes morales². Cette position retenue également par la Cour de cassation en matière de démarchage³ et de crédit immobilier⁴, peut être généralisée au regard de la jurisprudence nationale.

L'opération conclue par la SCI pourrait-elle rentrer dans le cadre des actes conclus par un professionnel personne physique ou morale, qui sont sans lien direct avec l'activité professionnelle ? La jurisprudence écarte la protection consumériste pour des contrats permettant la réalisation de l'objet social⁵. Un prêt contracté par une SCI a

3. Cass. 1^{re} civ., 15 déc. 1998, D. 2000, Somm. p. 40, obs. Pizzio ; Contrats, conc. consom. 1999, n° 80, obs. Raymond

4. Cass. 1^{re} civ., 10 févr. 1993, Bull. civ. I, n° 71 ; D. 1993, IR p. 60 ; Contrats, conc., consom. 1993, Comm. n° 81, obs. Raymond ; JCP 1993, N, jurisp. P. 233 comm. A. Gourio Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 1994, Bull. civ. I, n° 285 - Cass. 1^{re} civ. 26 mai 1993, JCP 1994, N, jurisp. p. 26

5. V. : CA Paris 2^e ch. B, 2 juill. 1998, *Juris-Data*, n° 022298 (Clause abusive dans un compromis de vente par une SCI ou par une société de construction). V. déjà pour un prêt destiné à financer l'acquisition d'un

précisément pour objet d'assurer le financement de l'activité de la SCI. La jurisprudence retient plus généralement l'existence d'un lien direct avec l'activité professionnelle en matière de financement, qu'il s'agisse de contrats de financement purs ou de contrats de crédit-bail ou assimilés, voire de cautionnement⁶.

La constitution d'une société civile immobilière familiale transparente pour l'acquisition d'un bien immobilier présente des intérêts majeurs, tant au plan fiscal que successoral ou matrimonial⁷. Cependant, l'écran de la personnalité morale prive les associés du bénéfice de dispositions protectrices des consommateurs emprunteurs ou cautions, ou protectrices des propriétaires personnes physiques. Si certains auteurs ont critiqué cette interprétation notamment quant au caractère professionnel de cette activité s'agissant de la gestion d'un patrimoine familial⁸, il n'en demeure pas moins qu'en constituant une SCI écran, les associés se placent en dehors du domaine du droit de la consommation.

Il est ainsi bien établi qu'un prêt contracté par une SCI ne rentre pas dans le champ d'application des dispositions protectrices du consommateur. Ce point a été bien relevé en l'espèce tant par les juges du fond que par la Cour de cassation.

b. Les exceptions au principe

Le statut protecteur du consommateur, d'ordre public, qui s'impose dans les relations entre un professionnel et un consommateur, peut aussi être étendu en dehors de ce champ d'application par la volonté des parties. La Cour de cassation exerce alors un contrôle sur les éléments permettant de caractériser cette volonté.

En l'espèce, la Haute juridiction relève trois éléments caractérisant un engagement des parties à se soumettre à la loi de 1979 : l'offre litigieuse comportait la mention expresse en lettres majuscules : "*offre de prêt immobilier, en application de la loi du 13 juillet 1979 modifiée par la loi du 31 décembre 1989 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier [...]*"; dans les conditions générales de l'offre de prêt figuraient notamment les dispositions issues de l'article L. 312-10 du Code de la consommation⁹; l'acte authentique de prêt mentionnait expressément au paragraphe : "Offre de prêt" que le prêt avait été précédé d'une offre valable 30 jours et rappelait les conditions dans lesquelles l'offre de prêt avait été soumise et acceptée, se conformant ainsi aux exigences de l'article L. 312-10.

Lorsqu'une SCI constituée dans un cadre familial, avec jouissance exclusive des locaux au profit des associés, contracte un emprunt pour financer l'acquisition de l'immeuble ou la réalisation de travaux, ce sont les associés qui vont assurer le remboursement du prêt par des apports en compte courant, à défaut de ressources propres de la société. Si les associés souhaitent bénéficier du statut protecteur réservé aux consommateurs, deux voies sont ouvertes :

immeuble à usage de bureaux : Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1993, pourvoi n° 91-15.876 (la SCI ne peut être tenue pour un consommateur au sens de l'article 35 de la loi de 1978).

6. V. les références citées par X. Henry, chron. préc.

7. *Lamy droit du patrimoine*, éd 2006, Société civile immobilière, par M. Storek et S. Fagot : M. Cozian, "Du bon usage des sociétés civiles immobilières", D. 1994, Chron. p. 199

8. J. Calais-Auloy, F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, éd. Dalloz, coll. "Précis Dalloz", 1996, n° 375

• Il peut être expressément indiqué dans l'acte que le prêt contracté par la SCI est, d'un commun accord des parties, soumis aux dispositions des articles L. 312-1 et suivants du Code de la consommation. Cette extension se limite à une application de ce régime protecteur au titre du prêt immobilier, sans rendre pour autant les associés directement débiteurs du remboursement du prêt. Les associés ne pourraient notamment invoquer les dispositions relatives au surendettement des particuliers, sauf s'ils se sont engagés personnellement en se portant caution du remboursement par la SCI¹⁰.

• Les prêts sont souscrits par les associés eux-mêmes, qui font alors des apports en capital ou en compte courant au profit de la société. Les associés ont alors la qualité d'emprunteur, personne physique, et sont individuellement responsables du remboursement des emprunts contractés en leur nom personnel.

M.S.

Groupe de sociétés – Holding contrôlé par une société mère – Holding contrôlant les filiales du groupe – Règlements judiciaires (loi n° 67-563 du 13 juillet 1967) des filiales et de la société mère, ouverts en 1985 – Actions dites "en comblement de passif" (de façon plus exacte "en paiement d'insuffisance d'actif"), engagées par le syndic et poursuivie par un mandataire, dirigées contre la société mère et contre les dirigeants de celle-ci – Société mère déclarée dirigeant de fait des filiales et condamnée – Condamnation (oui) du dirigeant de fait sur le fondement de l'article 99 de la loi n°67-563 du 13 juillet 1967

Le nouveau droit des procédures collectives applicable depuis le 1^{er} janvier 2006, à l'article L. 651-2 du Code de commerce, permet au juge commercial de sanctionner un ou plusieurs dirigeants de fait ou de droit en cas de faute de gestion lorsque la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif. Cette possibilité n'est pas nouvelle car elle existait déjà à l'article 99 de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 relative au règlement judiciaire et à la liquidation de biens (reprise ensuite, dans une rédaction modifiée, par la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, C.com., art. L.624-3 ancien).

9. Validité de l'offre pour une durée de trente jours à compter de sa réception et délai d'acceptation de dix jours après sa réception

10. Cf. C. consom., art. L 330-1 ; v. Cass. 1^{re} civ. 15 févr. 2000, D. 2000, act. Jurisp. P. 157 obs. C. Rondey : des demandeurs ayant constitué une société civile immobilière, seule destinataire des fonds prêtés, en vue de l'acquisition de leur logement, sont exclus du bénéfice des dispositions de la loi sur le surendettement des ménages.

Dans l'espèce commentée, l'ouverture des procédures de règlement judiciaire (selon la formulation de la loi de 1967), était intervenue en 1985 et en conséquence, soumises à la loi du 13 juillet 1967. Certes, aujourd'hui, la loi de 1967 n'est plus applicable, mais l'arrêt rendu est intéressant car il éclaire sur ce qu'il faut entendre par "dirigeant de fait", notion conservée dans la loi actuelle, sous l'article L.651-2 du Code de commerce et sur les conditions d'une sanction. Son application à des situations de groupe le rend encore plus intéressant.

Cour de cassation, chambre commerciale, 2 novembre 2005, n° 02-15895, Sté Sogepass, arrêt publié et commenté dans la revue Bulletin Joly, avril 2006, § 93, p.469 note F.-X. Lucas. V. aussi le quotidien Les Echos 27 avril 2006 note B.Lemaigre Dubreuil et la réaction dans le même quotidien du président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, Daniel Tricot, le 3 mai 2006.

Bigre ! L'enjeu doit être important pour que le président de la chambre commerciale, financière et économique, de la Cour de cassation, M. Daniel Tricot, écrive au journal Les Échos pour critiquer un commentaire de l'arrêt du 2 novembre 2005, rédigé par un avocat et paru, quelques jours plus tôt, dans le même quotidien. Cet avocat soutenait que cet arrêt marquait un revirement de jurisprudence introduisant le risque pour une société, dominante en capital dans un groupe, de se voir qualifiée de dirigeant de fait des filiales. Désormais, il n'aurait plus été nécessaire de constater "une immixtion directe" dans la gestion des filiales. Le président de la chambre commerciale tonne : "Cette présentation de l'arrêt de la chambre commerciale, que je préside, en dénature le sens". Il fait observer que l'arrêt avait relevé que la situation des filiales faisait l'objet d'un examen en même temps que celle du holding lors de chaque conseil d'administration de celui-ci et que la politique commerciale du groupe, holding et filiales, était rigoureusement dictée par la société mère. La critique s'achevait enfin par un rappel solennel : "la direction de fait ne peut être retenue que s'il est démontré des actes positifs de gestion effectués en toute indépendance par une personne autre qu'un dirigeant de droit". Comme des fautes de gestion avaient été commises par les dirigeants de fait, il fallait condamner sur le fondement de l'article 99 de la loi de 1967 à un comblement de passif (ou plus exactement en paiement d'insuffisance d'actif). Cet arrêt ne constitue donc pas un revirement de jurisprudence. Il est utile cependant de revenir sur ce qui a conduit l'avocat à payer tribut à l'erreur : l'appréciation du contenu de la notion de dirigeant de fait dans les groupes de sociétés. L'enjeu est effectivement important pour les stratèges des groupes de sociétés.

a. Qu'est ce qu'un dirigeant de fait ?

La notion de dirigeant de fait est définie par la jurisprudence comme étant "toute personne qui assumant les mêmes fonctions et les mêmes pouvoirs qu'un dirigeant de droit, exerce en fait en toute souveraineté et en toute indépendance, une activité positive de gestion et de direction"¹¹. Le dirigeant de droit est, quant à lui, la personne physique ou morale qui occupe une fonction de dirigeante, en application des textes régissant l'organisation des différentes

sociétés, plus généralement des personnes morales et qui a été régulièrement désignée à cette fonction. La difficulté à identifier un dirigeant de fait résulte de l'existence de plusieurs critères applicables et de difficultés probatoires. La jurisprudence exige tout d'abord que le dirigeant ait eu une activité positive de direction. De simples suggestions et recommandations ne font pas un dirigeant de fait¹². Ensuite, il faut véritablement que le dirigeant de fait impose sa volonté dans les activités de la société. Il décide de la politique sociale, commerciale, financière et/ou industrielle. En résumé, il intervient de façon déterminante dans les affaires de la société. Cela suppose aussi que ce pouvoir soit souverain et indépendant, comme le relève une jurisprudence relative au comportement d'un dirigeant qui assumait seul la responsabilité du changement du personnel et qui fixait seul les prix de vente des produits¹³. Mais, des actes de gestion isolés ou encore un simple rôle prépondérant ne suffisent pas à caractériser une autorité souveraine¹⁴.

Dans l'arrêt du 2 novembre 2005, la Cour de cassation prend bien soin de relever que c'était lors des réunions de la société holding, à laquelle participait le représentant de la société mère, qu'était examinée la situation des filiales. Mais, de plus, elle note que le changement dans l'organisation du réseau de vente au sein du groupe, impliquant une redistribution du rôle des filiales, avait été décidé par la société mère sans protestation des dirigeants des filiales, qu'il en avait été de même de la politique financière d'avances excessives pour les filiales, sans profit pour quiconque et l'installation d'un système informatique, doublant le budget de fonctionnement et ayant ainsi contribué à la dégradation générale du fonctionnement. Il ne s'agissait pas de simples conseils ou d'encore d'actes isolés, mais d'une immixtion de fait, marquant une direction. Cette direction de fait devait entraîner la condamnation de la société mère. Aucun doute possible sur le contenu et le sens de la règle.

b. Et dans un groupe ?

C'est là, probablement, qu'il faut rechercher les causes de l'interprétation erronée de l'arrêt du 2 novembre 2005.

Dans les groupes de sociétés, la détermination du dirigeant de fait se réalise avec un peu plus de difficultés, car, par définition, ce qui caractérise un groupe de sociétés, ce sont d'une part, une stratégie de groupe et d'autre part l'existence de rapports de pouvoirs entre membres du groupe. Le célèbre arrêt Rozenblum du 4 février 1985¹⁵ évoque le premier ces caractéristiques d'un groupe. Le professeur Charley Hannoun systématisera cette présentation sur le plan doctrinal. Il doit être approuvé lorsqu'il analyse le groupe comme une situation de fait, juridiquement imparfaite, caractérisée par l'exercice du pouvoir de certaines sociétés sur d'autres, pour la promotion d'un intérêt commun¹⁶. Beaucoup de caractéristiques sont partagées entre la situation de groupe et la notion de dirigeant de fait. Il y a tout d'abord une relation de pouvoir et, ensuite, ce même, pouvoir est structuré par une domination de fait de sociétés sur d'autres (même si des instruments ou des

11. CA Paris, 17 mars 1978, Banque 1978, p. 656, obs. L.-M. Martin.

12. Cass. com., 23 mars 1971, n°70-10.308, Bull.civ. IV, n° 91.

13. Cass. com., 16 avr.1996, D. 96 IR p. 138.

14. Cass. com., 1^{er} mars 2005, n°02-20.680, inédit.

15. Cass. crim., 4 février 1985, D.85, p.478 note D. Ohl.

16. Ch. Hannoun, *Le droit et le groupe de société*, LGDJ, 1991, p.176.

mécanismes juridiques participent à cette domination). Il a fallu une jurisprudence particulière pour distinguer les rapports normaux de pouvoirs dans un groupe et les rapports de pouvoir constitutifs d'une direction de fait. Ainsi, par exemple, la chambre commerciale de la Cour de cassation a pu considérer "ni la participation de la société mère au capital de la filiale, ni l'usage d'un même logo par les deux sociétés, ni la participation du président du directoire de la société mère aux conseils d'administration des différentes sociétés, ni les déclarations faites par celui-ci à la presse sur la pratique de son groupe, ne caractérise, en l'espèce un acte de gestion par immixtion"¹⁷, autorisant une qualification de dirigeant de fait. Il en faut plus!

Or, dans l'espèce commentée, le début de l'attendu le plus important de l'arrêt semble amorcer une analyse différente, en ce qu'il évoque la détention ultra-majoritaire du capital des sociétés filiales par les dominantes pour constater un contrôle "entier". L'avocat commentateur du journal Les Échos semble avoir alors interrompu la lecture de la décision et procédé à un raccourci sémantique en concluant que la détention en capital suffisait à la direction de fait et en conséquence à l'engagement de la responsabilité de la société mère en paiement de l'insuffisance d'actif. De quoi donner des frissons à de nombreux dirigeants de groupe! À suivre le commentateur, les sociétés, participantes majoritaires en capital pourraient être tenues des dettes sociales de leurs filiales, sans qu'"aucune immixtion directe" ne soit nécessairement relevée! Il y avait là de quoi sérieusement déchirer l'opacité juridique, créée par l'utilisation de la personnalité morale, propre à chacune des sociétés, qui structure les groupes de sociétés. On comprend dès lors la réaction du président Tricot.

Q.U.

Société anonyme – Président du conseil d'administration - Complément de retraite – Délibération du conseil. Services rendus

La rémunération allouée au président du conseil d'administration, notamment sous la forme d'un complément de retraite, doit faire l'objet d'une délibération du conseil d'administration sur son montant et ses modalités. La confirmation, par simple référence, à une décision prise par deux administrateurs même mandatés à cet effet, ne peut suppléer à la décision du conseil d'administration. Les services rendus par le dirigeant de nature à justifier l'octroi du complément de retraite doivent être caractérisés.

Cass. com., 11 oct. 2005, n° 02-13520 (n° 1250 FPB), SA Ciments français c./ X: Bull. Joly sociétés 2006, p. 498, § 98, note P. Le Cannu; RDJA 2/06, n° n 164.

17. Cass.3^e civ. 25 févr.2004, Bull.Joly mai 2004, §129.

18. Sur l'octroi d'un complément de retraite, v. notamment A. Charverat, "Attribution d'une retraite à un dirigeant", RJDA 1992, p. 439; D. Mielle, "À l'occasion de l'octroi d'un complément de retraite à son président, les prérogatives exclusives du conseil d'administration", JCP E 1998, 1126; S. de Vendeuil et S. Beaufre, JCP E 2000, n° 49, p. 1942; L. Amiel-Cosme, Rémunération des dirigeants sociaux, Rep. Sociétés Dalloz, 2002, n° 35 s.

19. Rev. sociétés 2002, p. 573, note Y. Guyon; RJDA 2002, n° 779; RTD com. 2002, p. 485, obs. C. Champaud et D. Danet.

20. V. Banque & Droit, n° 101, mai-juin 2005 cette chronique, p. 58.

21. Le complément constitue la contrepartie des services rendus; il est

L'après-mandat social peut être source de déceptions pour des dirigeants qui se seraient fait octroyer un peu lestement d'importants compléments de retraite par des comités de rémunération, en marge des exigences du droit des sociétés. Le 11 octobre dernier, la chambre commerciale de la Cour de cassation vient de rappeler à cet égard que l'octroi d'un complément de retraite¹⁸ doit faire l'objet d'une délibération formelle du conseil d'administration et caractériser les services rendus qui en sont la cause.

Dans cette affaire, le conseil d'administration de la société Ciments français avait désigné un comité composé de deux administrateurs pour fixer les conditions générales de la rémunération et de la retraite de président. Dans un document intitulé "décision", le comité lui garantissait un complément de retraite d'un montant minimum annuel de ressources d'un certain montant jusqu'à 70 ans, puis réduit au-delà. Ultérieurement, le conseil d'administration a "confirmé" cette décision. Après son départ, le dirigeant a naturellement sollicité le versement du complément de retraite et s'est vu opposer par la société l'irrégularité formelle de la décision, laquelle n'avait pas fait l'objet d'une délibération du conseil d'administration ainsi que l'absence de justification de cette pension par les services rendus lors de son mandat. L'arrêt de la cour d'appel (Versailles, 31 janvier 2002¹⁹) qui avait donné droit à l'ancien président, est cassé au visa de l'article L. 225-47 du Code de commerce. Par cet arrêt, la Haute juridiction exprime son attachement à la rigueur devant présider, tant sur la forme (a) que sur le fond (b), à l'octroi d'une rémunération d'un dirigeant, et plus spécialement d'un complément de retraite.

a. Sur la forme

S'agissant des formalités substantielles, en affirmant que "la rémunération allouée au président du conseil d'administration, notamment sous la forme d'un complément de retraite, doit faire l'objet d'une délibération du conseil sur son montant et ses modalités", l'arrêt du 11 octobre 2005 affirme la compétence exclusive du conseil d'administration en matière d'octroi de complément de retraite. Il s'inscrit ainsi dans la droite ligne des décisions rendues en matière de "détermination" (fixation, renouvellement, modification, suppression) de la rémunération du président du conseil d'administration²⁰. La solution est logique puisque le complément de retraite, qui remplit les trois conditions cumulatives de contrepartie, de proportionnalité et de modération, s'analyse en un complément de rémunération²¹. Elle prohibe corrélativement la décision de tout autre organe. En particulier, elle interdit la fixation par un comité de rémunération "ad hoc"²², quand bien même serait-il dûment mandaté à cet effet. Introduits sous l'influence de la théorie de la *corporate governance*, ces comités généralement composés d'un

proportionné aux services rendus et ne représente pas une charge excessive pour la société. Cass. com., 3 mars 1987: Bull. civ., IV, n° 64; Rev. société 1987, p. 266, note Y. Guyon; D. 1987, IR, p. 64; Gaz. Pal., 1987, I, p. 264, note Hatoux. – 22 janvier 1991: Bull. Joly 1991, p. 404; Rev. sociétés 1992, p. 61, note J.-P. Legros. – 10 févr. 1998: Bull. civ., IV, n° 70; Bull. Joly 1998, p. 521, note P. Le Cannu; D. 1998, somm. p. 396, obs. J.-C. Hallouin; D. affaires 1998, p. 434, obs. M. Boizard; Dr. sociétés 1998, n° 67, note D. Vidal; JCP G 1998, II, 10122, note D. Giribila; RTD com. 1998, p. 353, obs. C. Champaud et D. Danet. – 24 oct. 2000: Bull. civ., IV, n° 166; D. 2001, somm. p. 1613, obs. Thuillier; D. 2000, AJ p. 434, obs. M. Boizard; JCP E 2001, n° 1, p. 37,

nombre restreint d'administrateurs (en l'espèce deux) ou de "sages indépendants" ne peuvent se substituer au conseil d'administration dans ses attributions légales. La règle est renforcée par la condamnation de toute ratification, expresse ou tacite. La formulation générale selon laquelle "la confirmation, par simple référence, à une décision prise par deux administrateurs même mandatés à cet effet, ne peut suppléer à la décision du conseil d'administration" ne laisse aucune ambiguïté sur ce point. Une véritable décision collégiale du conseil doit être prise comportant une délibération sur le fond, à savoir sur les éléments essentiels de la rémunération que sont son montant et ses modalités (durée, périodicité, etc.).

Si la solution n'est pas nouvelle²³, cette décision de censure sonne aujourd'hui comme un rappel à l'ordre des juridictions du fond sur le rôle des comités de rémunération. L'éventuelle "décision" de ces derniers n'a aucune valeur juridique et ne saurait lier le conseil d'administration. Autant dire que le comité n'a qu'un rôle consultatif qui consiste dans la préparation du dossier et l'émission d'une proposition sur laquelle le conseil d'administration devra délibérer formellement. À cet égard, l'on observera qu'en l'espèce le procès-verbal du conseil était très maladroitement rédigé en ces termes : "le conseil d'administration confirme les décisions [...] proposées par les administrateurs désignés à cet effet [...]". De la primauté donnée à la lettre par la chambre commerciale dans la présente décision, l'on déduira que les procès-verbaux devront à l'avenir être rédigés avec le plus grand soin et bannir toute référence à la "confirmation" ou à des termes équivalents.

Ayant vocation à s'appliquer aux décisions du conseil d'administration relatives aux rémunérations des dirigeants des sociétés non cotées, la règle doit pouvoir être transposée aux décisions de ce même organe exigées pour les rémunérations des dirigeants des sociétés cotées qui, depuis la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005, relèvent du régime des conventions réglementées (C. com., art. L. 225-42-1)²⁴. En effet, l'exigence prétorienne d'une délibération spéciale du conseil pour les conventions réglementées²⁵ n'a subi aucune inflexion avec la réforme.

b. Sur le fond

L'arrêt commenté est particulièrement rigoureux, en ce qu'il subordonne l'octroi du complément de retraite à la caractérisation des services rendus par le dirigeant²⁶, qui

sont la cause de la pension²⁷. La délibération du conseil d'administration ne doit pas se contenter de faire référence à l'existence de services rendus, elle doit en indiquer la teneur. En pratique, cette identification ne sera pas toujours aisée. Il va sans dire que ces services doivent être distingués de ceux qui motivent la rémunération du président. Ils doivent également avoir été rendus lors de son mandat. Tel sera le cas du travail accompli par le dirigeant dans le développement et la réussite de l'entreprise. Convient-il en outre qu'ils trouvent leurs prolongements durant sa retraite et perdurent jusqu'à l'expiration du versement ? L'opinion a été émise²⁸, mais c'est ajouter à cet arrêt une condition qu'il ne pose pas.

Un autre intérêt de ce dernier réside dans la portée du défaut de justification lorsque la société n'est pas cotée. La cassation de l'arrêt d'appel pour manque de base légale indique l'existence d'une condition de validité du complément de retraite. Non justifié, ce complément est nul. S'il ne vaut pas comme tel, il pourrait néanmoins être requalifié en indemnité particulière soumise à la procédure d'autorisation des conventions réglementées. En effet, lorsque l'une des conditions posées pour la validité d'un complément de retraite fait défaut, la jurisprudence le soumet à cette procédure²⁹ et certains considèrent qu'il s'analyse en une indemnité particulière³⁰. L'on perçoit alors l'intérêt de la requalification car si l'absence d'autorisation en bonne et due forme du conseil est une cause de nullité, l'inaccomplissement des autres formalités implique de mettre à la charge de l'intéressé les conséquences préjudiciables de la convention pour la société.

Enfin, bien que les conditions de proportionnalité et de modération de la pension de retraite n'aient pas été évoquées dans l'arrêt, l'on ne saurait en déduire hâtivement leur abandon. Le présent arrêt doit seulement être interprété comme renforçant la première condition, évitant que la référence aux services rendus ne devienne un simple sésame.

Pour conclure, l'arrêt du 11 octobre 2005 restera en mémoire comme un "coup de semonce" de la Cour régulatrice à l'attention de juges du fond qui valideraient un peu trop facilement des compléments de retraite octroyés aux dirigeants par des sociétés ayant eu la main lourde en la matière et souhaitant s'affranchir du formalisme du droit des sociétés français.

I. R.

note Y. Guyon ; Bull. Joly 2001, p. 54, note M. Storck ; Dr. sociétés 2001, n° 14, note D. Vidal ; Petites affiches 25 janv. 2001, p. 16, note Messaï ; *ibid.* 8 févr. 2001, p. 12 note F.-X. Lucas ; Dr. et Patrim. févr. 2001, p. 116, obs. D. Poracchia ; RTD com. 2001, p. 161 obs. J.-P. Chalzal et Y. Reinhard ; Rev. sociétés 2001, p. 95, note P. Le Cannu. Comp. Cass. com., 3 mai 2000 (Dr. sociétés 2000, n° 110, note D. Vidal ; Bull. Joly 2000, p. 821 ; RJDA 2000, n° 1116) qui soumet le complément de retraite à la procédure des conventions réglementées.

22. V. Cass. com., 4 juill. 1995 : Bull. civ., IV, n° 206 ; D. Affaires 1995, n° 1, p. 27 ; 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 ; RJDA 8-9/95, n° 994 ; Petites affiches 26 janv. 1996, p. 18, note D. Giribila.

23. Cass. com., 27 février 2001 : Bull. Joly, 2001, p. 631, § 159, note M. Storck ; Banque & Droit mai-juin 2001, p. 42, note M. Storck ; Dr. sociétés 2001, n° 85, note D. Vidal ; *ibid.* n° 99, note F.-X. Lucas ; RJ com. 2001, p. 234, note D. Giribila ; RJDA 6/01, n° 700. - Cass. com., 30 nov. 2004 : Bull. Joly 2005, § 77, p. 391, note D. Vidal ; Banque & Droit, n° 101, mai-juin 2005, p. 58, obs. I.R.

24. V. C. Malecki, "La loi Breton et les rémunérations des dirigeants

sociaux : le long chemin vers la transparence", Bull. Joly Bourse 2005, p. 1194, § 263. On notera que le présent arrêt est rendu sous l'empire du droit applicable antérieurement à cette réforme, la société SA Ciments français étant une société cotée.

25. Cass. com., 4 juill. 1995, et 3 mai 2000, préc.. V. déjà CA Paris, 13 juin 1964 : D. 1965, p. 398. Contra les obs. sous Cass. com., 11 oct. 2005, RJDA, 2/6, n° 164.

26. "Attendu qu'en se déterminant ainsi sans caractériser les services rendus par le dirigeant social qui seraient de nature à justifier l'octroi d'un complément de retraite, la cour d'appel a privé sa décision de base légale".

27. Ils en constituent la contrepartie (CA Paris, 21 déc. 1989 BRDA 1990/9, p. 11 RF comptabilité 1990, n° 250, p. 62, note Ph. Reigné), ou la cause (CA Versailles, 31 janv. 2002, préc.).

28. Note D. Vidal, sous Cass. com., 11 oct. 2005, précitée.

29. Cass. com., 15 juill. 1987 : Bull. civ., IV, n° 194 ; D. 1987, IR p. 202 ; JCP G 1987, IV, p. 343 ; RTD com. 1988, p. 73 ; CA Paris, 30 avril 1987 : Bull. Joly 1987, p. 626. V. en ce sens, L. Amiel-Cosme, art. préc., n° 39 ; S. de Verneuil et S. Beaufré, art. préc., n° 2.

30. L. Amiel-Cosme, art. préc., n° 39 ; Memento Lefevbre Sociétés commerciales 2006, n° 8382.