



REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE
SORBONNE LAW REVIEW

Décembre 2022 - N° 6



UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHÉON SORBONNE

IRJS

Editions

Revue Juridique de la Sorbonne – *Sorbonne Law Review*

Comité scientifique

Jean-Luc ALBERT, Professeur à Aix-Marseille Université
Mireille BACACHE, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Florence BELLIVIER, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Grégoire BIGOT, Professeur à l'Université de Nantes
Philippe BONFILS, Professeur à Aix-Marseille Université
David BOSCO, Professeur à Aix-Marseille Université
Mathieu CARPENTIER, Professeur à Université Toulouse 1 Capitole
Cécile CHAINAIS, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Véronique CHAMPEILS-DESPLATS, Professeur à l'Université Paris Nanterre
David CHILSTEIN, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Sabine CORNELOUP, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Florence DEBOISSY, Professeur à l'Université de Bordeaux
Vincent EGEA, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
Joachim ENGLISH, Professeur à l'Université de Münster
Etienne FARNOUX, Professeur à l'Université de Strasbourg
Norbert FOULQUIER, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Daniel GUTMANN, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Jérémy HOUSSIER, Professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne
Laurence IDOT, Professeur émérite de l'Université Paris II Panthéon-Assas
Laurence JÉGOUZO, Maître de conférences HDR à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Emmanuel JEULAND, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Xavier LAGARDE, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Pascal LOKIEC, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
André LUCAS, Professeur à l'Université de Nantes
Vincent MALASSIGNÉ, Professeur à CY Cergy Paris Université
Arnaud MARTINON, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Anne-Catherine MULLER, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Etienne PATAUT, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Adalberto PERULLI, Professeur à l'Université de Venise
Laurent PFISTER, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Stéphanie PORCHY-SIMON, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3
Catherine PRIETO, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Laurence USUNIER, Professeur à CY Cergy Paris Université
Michel VIVANT, Professeur à l'École de droit de Sciences-Po
Nicolas WAREMBOURG, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Célia ZOLYNSKI, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Avec le concours de :

Philippe DUPICHOT, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Dominique LEGEAIS, Professeur des Universités, Université Paris Cité

Directeur de la publication

Christine NEAU-LEDUC, Présidente de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Directrice de la revue

Anne-Marie LEROYER, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Comité de rédaction

Nicolas BARGUE, Maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Christophe VERNIÈRES, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Équipe éditoriale**- Volet édition :**

Emile FLORIN-ROUQUETTE, Responsable des éditions
Lisa CHIQUELIN-BRAFMAN, Assistante d'édition

- Volet communication et diffusion :

Nathalie SACKSICK, Chargée de communication
Malik BOUTEBAL, Assistant de documentation

Revue semestrielle (2 numéros/an ; juin et décembre)

Revue gratuite, en open access

Disponible sur : <https://irjs.pantheonsorbonne.fr/revue-juridique-sorbonne>

Langues de publication : français, anglais.

IRJS éditions – Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

12 place du Panthéon

75005 PARIS (France)

@ : irjs-editions@univ-paris1.fr / Tel : 01 44 07 78 211

SSN : 2739-6649

Dépôt légal : décembre 2022, mise en ligne janvier 2023.



TABLE DES MATIÈRES

ARTICLES	5
Prescription de l'hypothèque, radiation et obligation naturelle	6
Kouroch BELLIS	
CHRONIQUE DES GRANDS ARRÊTS DU DROIT DES AFFAIRES 2022	22
DROIT DES SOCIÉTÉS	23
1. La bonne foi et l'intérêt social au soutien de la protection du dirigeant de société	
Com., 30 mars 2022, n ^{os} 20-16.168 et 20-17.354, publié.	23
Romain DUMONT	
2. Précisions jurisprudentielles sur la notion et la sanction de l'unanimité en droit des sociétés	
Cass. com., 5 janvier 2022, n ^o 20-17.428, publié au Bulletin	34
Edmond SCHLUMBERGER	
DROIT BANCAIRE	40
3. L'arrêt du Conseil d'État relatif aux orientations de l'ABE sur l'octroi et le suivi des prêts : un pas en arrière concernant la justiciabilité des actes de droit souple des Autorités européennes de surveillance ?	
CE, 9 ^e – 10 ^e ch. réunies, 22 juillet 2022, n ^o 449898, <i>FBF, ASF et CASA c/ ACPR</i>	40
Anne-Claire ROUAUD	
DROIT FINANCIER	55
4. Conservation généralisée et indifférenciée des données de connexion : pas d'infléchissement de la jurisprudence de la Cour de Justice en matière d'abus de marché	
CJUE, Gde ch., 20 septembre 2022, <i>VD et SR</i> , aff. jointes C-339/20 et C-397/20	55
Commentaire rédigé par les étudiants du Master 2 Droit des affaires de l'École de Droit de la Sorbonne	

**CHRONIQUE DES GRANDS ARRÊTS
DU DROIT DES AFFAIRES 2022**

1. La bonne foi et l'intérêt social au soutien de la protection du dirigeant de société

Com., 30 mars 2022, n^{os} 20-16.168 et 20-17.354, publié.

Romain DUMONT

*Maître de conférences à l'Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne
IRJS (EA 4150)*

Classiques mais toujours sensibles, la rémunération et la révocation figurent parmi les questions les plus discutées concernant le statut des dirigeants sociaux. Si l'on y ajoute la publication au *Bulletin*, l'arrêt rendu le 30 mars 2022 par la chambre commerciale de la Cour de cassation réunit tous les ingrédients d'un grand arrêt de droit des sociétés¹.

En l'espèce, le président du conseil de surveillance d'une société mère devient membre et président du directoire dans un contexte de restructuration en vue d'une cession rapide du groupe. À l'occasion de sa nomination, une « *convention de mandat social* » est conclue entre la société et le nouveau dirigeant. La société s'engage notamment à diverses obligations de paiement. À peine sept mois plus tard, le conseil de surveillance révoque le dirigeant de ses fonctions, à la fois en tant que président et membre du directoire.

Un contentieux s'engage alors, tant sur la révocation que sur la rémunération du dirigeant. Débouté en appel, le dirigeant forme un pourvoi en cassation et obtient la cassation de l'arrêt d'appel. Un premier aspect, relevant de l'interprétation du contrat, ne sera pas développé : la Cour de cassation se fonde sur l'article 1103 du Code civil (« *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ») et rappelle que lorsque les stipulations d'un contrat sont ambiguës, il appartient au juge de déterminer quelle a été la commune intention des parties. Elle juge que tel était le cas de la stipulation relative à une prime de cession « *en ce qui concerne tant la question de savoir si la cession de la société Traqueur entraine dans la mission confiée [au dirigeant] en sa qualité de président du directoire que les conditions de versement de la prime en cas de cession* » et reproche donc à la cour d'appel de ne pas s'être expliquée sur la commune intention des parties.

¹ Com., 30 mars 2022, n^{os} 20-16.168 et 20-17.354, *D.* 2022.1875, obs. E. LAMAZEROLLES ; *RTD com.* 2022.329, obs. J. MOURY ; *LEDC* 2022, n^o 5, p. 7, obs. J.-F. HAMELIN ; *Rev. soc.* 2022.425, note B. DONDERO ; *Dr. soc.* 2022, comm. 121, note J.-F. HAMELIN ; *BJS* 2022, n^o 5, p. 23, note J.-F. BARBIÈRI ; *GP* 2022, n^o 21, p. 62, obs. C. MAYRAN.

La cassation ne se limite pas à cette question d'interprétation de la convention : vient ensuite la question de la rémunération variable. Alors que la cour d'appel reproche au dirigeant de ne pas avoir pris d'initiative (il « *avait la possibilité de demander à la société Traqueur de procéder à la fixation de ses objectifs, s'en est abstenu, [et] ne peut dès lors reprocher à la société Traqueur un manquement dans ses obligations de ne pas y avoir procédé* »), la Cour de cassation retient la solution exactement inverse, en visant l'article 1104 du Code civil relatif à la bonne foi : « *il incombait à la seule société Traqueur de fixer les objectifs à réaliser* ». Une violation de la loi est ainsi caractérisée.

Le dirigeant conteste également sa révocation en considérant qu'elle est dépourvue de juste motif. La cour d'appel avait rejeté sa demande, car il a été informé de la volonté de l'actionnaire de mettre en place une nouvelle gouvernance. Ce motif ne convainc pas la chambre commerciale. Au visa de l'article L. 225-61, al. 1^{er} du Code de commerce, elle reproche à la cour d'appel de ne pas avoir recherché « *si la décision de révoquer [le dirigeant] était justifiée par la nécessaire préservation de l'intérêt social* » et casse l'arrêt pour défaut de base légale.

Se fondant tour à tour sur la bonne foi et l'intérêt social, la protection du dirigeant social se renforce alors qu'intuitivement, ces deux notions pourraient plutôt lui imposer des obligations. La décision est très nettement en faveur du dirigeant social, mais elle ne résout pas définitivement l'affaire. Qu'il s'agisse de la contractualisation de la rémunération du dirigeant social (I) ou de la limitation de la révocation justifiée par le changement de gouvernance (II), cet arrêt appelle à des précisions ultérieures.

I.- La contractualisation de la rémunération du dirigeant social

En dépit de la nature institutionnelle des fonctions de dirigeant social, il est loisible aux parties de compléter les règles légales par un contrat, couramment dénommé « *convention de mandat social* ». Comme tout contrat, il est soumis à la bonne foi contractuelle, ce qui permet au juge de dégager une obligation pour la société de déterminer les objectifs liés à la rémunération variable (A), mais la nature institutionnelle pourrait jouer les trouble-fête : la nullité de cette rémunération est envisageable (B).

A.- La détermination obligatoire des objectifs liés à la rémunération variable

Dès lors qu'une rémunération variable est stipulée, des objectifs doivent être fixés afin de pouvoir ensuite établir le taux d'atteinte des objectifs et en déduire le montant de la rémunération variable due au dirigeant social.

Cette nécessité pratique n'est pas envisagée par les textes applicables à la société anonyme en général : aucun détail n'est donné quant aux formes de rémunération.

En revanche, la rémunération variable est spécifiquement traitée par les dispositions consacrées aux sociétés cotées, désormais réunies dans un Chapitre X du Code de commerce (« *Des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation* »). La politique de rémunération doit seulement indiquer « *les critères clairs, détaillés et variés, de nature financière et non financière, y compris, le cas échéant, relatifs à la responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise, qui conditionnent leur attribution et la manière dont ces critères contribuent aux objectifs de la politique de rémunération* ». C'est finalement le Code Afep-Medef qui aborde la détermination des objectifs pour chacun des critères de rémunération variable : « *Le conseil définit les critères permettant de déterminer la rémunération variable annuelle ainsi que les objectifs à atteindre. Ceux-ci doivent être précis et bien entendu préétablis* » (§ 25.3.2). Les auteurs soulignent que la règle relève de l'évidence : par construction, les objectifs doivent être déterminés au préalable.

Faute d'objectif, il faut alors provoquer une décision de l'organe compétent, mais à qui incombait-il de prendre l'initiative ? Dans le silence du contrat, c'est vers la bonne foi contractuelle que l'on se tourne. La Cour de cassation vise donc l'article 1104, alinéa 1^{er} du Code civil : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ». Cette règle emporte des conséquences nombreuses. Elle peut tout imposer, ou presque : devoir de probité, d'honnêteté, obligation d'information, loyauté et plus largement une certaine justice contractuelle². La bonne foi vient notamment en appui à la bonne exécution du contrat, en imposant une coopération des parties, c'est-à-dire que le cocontractant doit adopter « *une démarche positive, à l'opposé de la passivité et de toute attitude égoïste*³ ». La jurisprudence en déduit notamment une obligation de faciliter l'exécution du contrat. Par exemple, le client est tenu de transmettre les pièces nécessaires à l'avocat pour lui permettre de mener à bien sa mission⁴ et l'employeur ne peut pas abandonner brutalement un système de transport destiné à un salarié aux horaires atypiques⁵. Si c'est souvent le créancier de l'obligation qui est visé, la bonne foi s'impose également au débiteur : il ne devrait pas échapper à son obligation par une certaine habileté⁶. La bonne foi impose au contractant un comportement sérieux lors de l'exécution du contrat,

2 En ce sens : M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, PUF, 6^e éd., 2021, n° 136.

3 Y. PICOD, v° « Contrat – Force obligatoire du contrat – Bonne foi », *JurisClasseur Civil Code*, Art. 1103 et 1104, n° 70. Analysant la coopération au titre d'un devoir du contractant d'exécuter utilement : Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. COUTURIER, LGDJ, 1989, n°s 83 s.

4 Ce devoir de collaboration doit s'articuler avec l'obligation de conseil de l'avocat : 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 14-17.096.

5 Soc., 10 mai 2006, n° 05-42.210, *Dr. social* 2006.803, obs. J. SAVATIER ; *JCP S* 2006.1727, note B. BOSSU.

6 Pour le cas d'un employeur ayant mis à la retraite un salarié, l'empêchant d'atteindre l'ancienneté suffisante pour bénéficier d'une retraite surcomplémentaire : Soc., 4 juin 2002, n° 00-42.280, *JCP G* 2003.I.152, obs. G. VINEY. Retenant la déloyauté dans l'exécution de l'obligation de reclassement lorsqu'un poste vacant dans le groupe a été pourvu par un recrutement extérieur : Soc., 7 avr. 2004, n° 01-44.191, *Dr. social*. 2004. 670, obs. G. COUTURIER. Un éditeur agit de mauvaise foi lorsqu'il recourt à des prestations fictives au détriment des auteurs, dont les redevances se trouvaient ainsi minorées de manière illégitime : 1^{re} civ., 11 janv. 2000, n° 98-20.446 ; confirmant Paris, 9 sept. 1998, *JCP G* 1999.II.10181, note A. LUCAS ; *JCP E* 1999.320, obs. H.-J. LUCAS.

avec une exigence de bonne fin : il doit faire tous les efforts propres à assurer à son partenaire la satisfaction attendue⁷.

La bonne foi peut s'imposer à chacune des parties. L'enjeu est alors d'articuler la bonne foi de chacun au cas d'espèce : l'absence d'objectif caractérise-t-elle la mauvaise foi de la société, débitrice, ou celle du dirigeant, créancier de la rémunération variable ? La bonne foi a ceci d'original qu'elle aboutit parfois à inverser les rôles : elle impose par exemple au client d'un distributeur d'eau de l'avertir lorsqu'il omet de facturer ses services⁸. En l'espèce, il s'agissait donc de confronter la bonne foi du dirigeant à la bonne foi de la société, tous deux tenus de coopérer d'autant que pour fixer des objectifs, il est courant de négocier. Sans doute inspirée par une décision selon laquelle il appartient au dirigeant de solliciter une décision de l'organe compétent sur sa rémunération – décision rendue dans un tout autre contexte⁹, la cour d'appel a tranché en faveur du devoir de bonne foi du dirigeant : il « *avait la possibilité de demander à la société Traqueur de procéder à la fixation de ses objectifs, s'en est abstenu, [et] ne peut dès lors reprocher à la société Traqueur un manquement dans ses obligations de ne pas y avoir procédé* ». Il apparaît pourtant en jurisprudence que la bonne foi n'est imposée au créancier que lorsqu'il a un rôle à jouer et que le débiteur ne peut pas s'y substituer : tel est le cas de l'obligation de renseignement visant à éclairer le débiteur et ainsi accroître le degré de satisfaction du créancier¹⁰. Or la société – concrètement, le conseil de surveillance – n'a pas besoin du dirigeant pour fixer des objectifs. La Cour de cassation fait donc prévaloir le devoir de bonne foi de la société : « *il incombait à la seule société Traqueur de fixer les objectifs à réaliser* ». Si elle n'en précise pas la raison, l'explication peut résider dans le droit des sociétés : la fixation de la rémunération relève d'une décision unilatérale de la société. Il serait donc excessif de renverser la situation en reprochant au dirigeant de ne pas avoir rappelé la société à son devoir. En ne fixant pas les objectifs, la société agit de mauvaise foi et engage donc sa responsabilité civile¹¹. La solution s'impose d'autant plus qu'en ne fixant pas les objectifs, la société vide l'obligation de sa substance et agit à l'encontre de la force obligatoire.

La solution est cohérente avec la jurisprudence sociale rendue à propos de la fixation des objectifs d'un salarié dont la rémunération comporte une part variable : faute pour l'employeur d'avoir précisé au salarié les objectifs à réaliser ainsi que les conditions de calcul vérifiables, cette rémunération doit être payée intégralement¹². Elle peut être rapprochée de l'article 1304-3 du Code civil selon lequel « *La condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplis-*

7 En ce sens : B. FAGES, *Le comportement du contractant*, préf. J. MESTRE, PUAM, 1997, n° 583.

8 1^{re} civ., 23 janv. 1996, n° 93-21.414, *Defr.* 1996.744, obs. P. DELEBECQUE ; CCC 1996.76, obs. L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1996.898, obs. J. MESTRE.

9 Com., 14 nov. 2006, n° 03-20.836, *BJS* 2007.369, note A. LECOURT.

10 Rapp. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, n° 83 et n° 94 s.

11 La réparation pourrait se limiter à la perte de chance de percevoir un complément de rémunération : J.-F. BARBIÈRI, art. préc.

12 Soc., 10 juill. 2013, n° 12-17.921, *Dr. soc.* 2014, comm. 11, obs. S. TOURNAUX. V. également Soc., 29 juin 2011, n° 09-65.710, *D.* 2012.901, obs. P. LOKIEC, J. PORTA ; *JCP S* 2011.1465, obs. D. EVERAERT-DUMONT.

sement » : en ne fixant pas d'objectif, la société fait en sorte de ne pas avoir à verser la rémunération variable. L'obligation de déterminer les objectifs ne devrait pas avoir une portée restreinte à l'hypothèse d'une convention de mandat social : elle devrait s'appliquer à l'identique pour la rémunération variable fixée directement dans l'acte de nomination ou prévue dans une politique de rémunération¹³.

Le dirigeant social remporte donc gain de cause grâce à un pourvoi qui se restreint au droit commun des contrats. Il est cependant permis de douter de la licéité de la stipulation si l'on se place sur le terrain du droit des sociétés, ce qui pourrait réduire la portée de la solution.

B.- La nullité éventuelle de la rémunération fixée dans la convention de direction

Peu analysée en doctrine¹⁴, la rémunération fixée dans une convention de mandat social interpelle. La société peut-elle valablement s'engager par un contrat concernant la rémunération future de ses dirigeants sociaux ? Une telle stipulation semble aller à l'encontre de la jurisprudence rejetant la nature contractuelle de la rémunération au profit d'une qualification institutionnelle¹⁵.

La jurisprudence a rarement eu à se prononcer sur une rémunération variable stipulée dans une convention de mandat social et elle n'a pas discuté de sa licéité¹⁶. En revanche, d'autres stipulations contenues dans une convention de mandat social ont pu être annulées en raison de la violation de l'ordre public sociétaire, en particulier l'atteinte à la révocabilité *ad nutum* d'un mandataire social découlant de l'indemnité stipulée¹⁷.

La détermination de la rémunération dans la convention n'est-elle pas contraire à la répartition légale des pouvoirs dans la société anonyme ? En principe, la rémunération doit être fixée dans l'acte de nomination (article L. 225-63 du Code de commerce) ou une décision postérieure du conseil de surveillance¹⁸. Le conseil a une compétence exclusive pour fixer le mode de rémunération de chacun des membres du directoire¹⁹. En l'espèce, on ignore qui a représenté la société lors de la conclusion de la convention. Si la conclusion est une initiative du seul directoire, alors la convention empiète sur la compétence du conseil de surveillance. Au contraire, si le représentant a agi avec l'autorisation du conseil de surveillance, postérieurement (ne

13 En ce sens également : B. DONDERO, art. préc.

14 F. DANNENBERGER, v° « Ingénierie des sociétés – Contrat de mandat social – Commentaires », in *JurisClasseur Notarial Formulaire*, fasc. P-50. Comp. S. SCHILLER, v° « Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extrastatutaires », in *Rép. soc. Dalloz*, n° 196 s. ; Y. GUYON, *Traité des contrats, Les sociétés*, LGDJ, 5^e éd., 2002, n° 272.

15 Rapp. J.-F. HAMELIN, art. préc. ; J. MOURY, art. préc. La rémunération décidée par les organes sociaux n'est pas soumise au contrôle des conventions réglementées : Com., 3 mars 1987, n° 84-15.726, *GP* 1987, 1, p. 264, note B. HATOUX.

16 V. notamment Paris, 17 févr. 2015, n° 13/12373.

17 Com., 15 nov. 2011, n° 09-10.893, *JCP E* 2012.1001, obs. A. VIANDIER ; *BJS* 2012.122, note A. COURET ; *Dr. soc.* 2012, comm. 43, note D. GALLOIS-COCHET.

18 V. également, pour les sociétés cotées, l'article L. 22-10-26, IV.

19 Com., 12 déc. 1995, n° 94-12.489, *BJS* 1996.207, note P. LE CANNU.

serait-ce qu'un instant de raison) à la décision de nomination, la convention semble moins contestable. Néanmoins, la jurisprudence considère qu'une fois décidée, la rémunération peut être ensuite amendée²⁰. La convention de mandat social dépose donc le conseil de surveillance de son pouvoir de modifier la rémunération. La convention apparaît *a fortiori* incompatible avec la procédure de consultation des actionnaires sur la rémunération des dirigeants sociaux, dite « *say on pay* » réservée aux sociétés cotées. Le conseil de surveillance doit en effet élaborer et publier une politique de rémunération (article L. 22-10-26). Si la politique n'est pas approuvée par l'assemblée générale, le conseil soumet à la prochaine assemblée un projet de résolution présentant une politique de rémunération révisée et indiquant de quelle manière a été pris en compte le vote des actionnaires. Aucun élément de rémunération, de quelque nature que ce soit, ne peut être versé ou attribué par la société s'il n'est pas conforme à la politique de rémunération approuvée ou, en son absence, aux rémunérations antérieures ou aux pratiques existant au sein de la société.

Un tel raisonnement pourrait conduire à la nullité de la convention de mandat social, sauf à la requalifier en *gentleman's agreement*. En tout état de cause, la stipulation n'écarte pas le droit des sociétés : il continue à s'appliquer de sorte que la décision de rémunération devra être formellement prise par le conseil de surveillance²¹. Les organes demeurent donc libres de fixer une rémunération incompatible avec la convention de mandat social. La société engagera alors sa responsabilité du fait de l'inexécution contractuelle, permettant indirectement au dirigeant de percevoir la rémunération prévue contractuellement. La convention de mandat social déjoue ainsi les règles impératives du droit des sociétés en permettant à un dirigeant nouvellement nommé de ne pas se soumettre à ces règles.

En réalité, ce risque de nullité ne concerne que le cas où la stipulation engage la société. Si c'est un membre de la société qui s'engage – un actionnaire ou un administrateur – alors la convention devrait être licite. Un membre de la société peut tout à fait s'engager sur son propre comportement ou se porter fort des décisions à venir de la société (« *On peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers* » : article 1204, alinéa 1^{er} du Code civil). Il devra alors articuler cet engagement avec ses devoirs de dirigeant ou d'actionnaire : la convention ne sera pas un fait justificatif ; si ses devoirs lui imposent de revoir le montant ou les modalités de rémunération, il devra alors choisir entre exécuter la convention au risque d'engager sa responsabilité (d'administrateur ou d'actionnaire), ou inversement, respecter ses devoirs, quitte à s'exposer aux sanctions de l'inexécution de la convention de mandat social.

Le risque de nullité ne se limite pas à la seule stipulation : si l'annulation de la clause est accordée par le juge, ne risque-t-elle pas d'emporter avec elle toute la

20 Com., 16 juill. 1985, n° 83-17.416, *Rev. soc.* 1985.842, note J. GUYÉNOT ; Com., 12 déc. 1995, *BJS* 1996.207, note P. LE CANNU ; Com., 24 oct. 2000, n° 98-18.367, *JCP E* 2001, n° 1, p. 37, note Y. GUYON.

21 La rémunération versée sans décision de l'organe compétent est irrégulière et peut faire l'objet d'une restitution à la société : Com., 15 déc. 1987, n° 86-13.479.

convention ? La rémunération pourrait constituer « *un élément déterminant de l'engagement des parties* » (article 1184 du Code civil). Dans ces conditions, l'annulation pourrait même constituer un juste motif de révocation.

Le différend portant sur l'exécution de la convention de mandat social n'intervient pas à un moment anodin : le dirigeant a été révoqué de ses fonctions de président et membre du directoire, de sorte qu'il conteste simultanément le motif de sa révocation.

II.- La limitation de la révocation justifiée par le changement de gouvernance

Il demeure possible de justifier la révocation d'un dirigeant par la volonté de l'actionnaire de mettre en place une nouvelle gouvernance. Ce motif n'est toutefois pas suffisant (A), car une condition supplémentaire de conformité à l'intérêt social est posée (B).

A.- Le changement de gouvernance, motif insuffisant

La loi pose une exigence de juste motif pour la révocation des membres du directoire (article L. 225-61, al. 1^{er} du Code de commerce)²². L'absence de juste motif ne remet pas en cause cette révocation, mais donne droit à une indemnisation du dirigeant. En l'espèce, la révocation était justifiée par la mise en place d'une nouvelle gouvernance, argument qui avait suffi à convaincre la cour d'appel. Que peut signifier l'expression « *mettre en place une nouvelle gouvernance* » ? Toute révocation de dirigeant aboutit, par définition, à une nouvelle gouvernance. Pour justifier une révocation, le changement de gouvernance devrait néanmoins retenir un périmètre plus large que le seul dirigeant révoqué, car sinon, toute révocation serait justifiée, ce qui dévoierait l'exigence de juste motif.

Pour donner de la substance à ce motif, on pense notamment à une réorganisation de la gouvernance. Il s'agit, par exemple, d'un changement de forme sociale, de la création de nouveaux organes statutaires dans une société par actions simplifiée ou du passage de la forme moniste (conseil d'administration et directeur général) à la forme dualiste (conseil de surveillance et directoire) dans une société anonyme. L'expression peut également viser la dissociation des fonctions (un directeur général et un président du conseil d'administration sont nommés séparément) ou inversement, la réunion des fonctions (la désignation d'un président-directeur général). Sans réorganisation, la mise en place d'une nouvelle gouvernance peut enfin concerner le changement de dirigeants résultant de l'arrivée d'un nouvel actionnaire, comme au cas d'espèce, ou d'un nouvel équilibre trouvé dans la gouvernance, par exemple

²² Le président du directoire est en revanche révocable *ad nutum*. En l'espèce, le dirigeant révoqué étant à la fois président et membre du directoire, l'exigence de justes motifs ne résulte que de sa seule qualité de membre : J.-F. BARBIÈRI, art. préc.

la représentation de certains actionnaires au conseil, en particulier lorsqu'un pacte d'actionnaires prévoit une répartition des sièges.

Dans le cas de la mise en place d'une nouvelle gouvernance, le motif de révocation n'est pas de nature personnelle. Il est extérieur au dirigeant révoqué à qui rien n'est reproché. La jurisprudence a précisément admis que le juste motif ne réside pas forcément dans la personne du dirigeant²³. Afin de compléter la justification, il serait utile de démontrer en quoi le dirigeant n'a pas sa place dans la nouvelle gouvernance.

Néanmoins, la Cour de cassation n'est pas satisfaite par ce motif et casse l'arrêt en raison d'un défaut de base légale. Compte tenu de ce grief, la volonté de l'actionnaire de mettre en place une nouvelle gouvernance n'est ni reconnue ni disqualifiée en tant que juste motif de révocation : elle ne suffit pas. Ce renforcement du niveau d'exigence peut s'expliquer par la faible consistance du motif au cas d'espèce : la volonté de mettre en place une nouvelle gouvernance est affirmée sans être étayée, à la différence de la jurisprudence antérieure ayant admis un tel motif. En particulier, l'abandon de la forme dualiste dans une société anonyme avait été retenu comme un juste motif en soi, sans autre condition²⁴. Le juge prenait le soin de détailler les enjeux concrets de la réorganisation²⁵. Désormais, la Cour de cassation pose une exigence de conformité à l'intérêt social qui pourrait dépasser le cas d'espèce.

B.- La condition supplémentaire de conformité à l'intérêt social

L'arrêt est cassé parce que la cour d'appel n'a pas recherché « *si la décision de révoquer [...] était justifiée par la nécessaire préservation de l'intérêt social* »²⁶. La référence à l'intérêt social n'est certes pas nouvelle, mais elle gagne en importance puisqu'elle est posée comme une condition.

Jusqu'à présent, l'intérêt social pouvait constituer un élément suffisant à caractériser le juste motif, sans pour autant être nécessaire²⁷. Par exemple, une révocation

23 V. notamment Com., 16 mars 1954, *JCP G* 1954.II.8172, note J. R.

24 Com., 4 févr. 1997, n° 94-21.707, *D.* 1998. 362, note D. ROURE ; *BJS* 1997.306, note P. LE CANNU ; *RTD com.* 1997.472, obs. B. PETIT, Y. REINHARD ; *Rev. soc.* 1997.537, note Y. CHARTIER. Considérant qu'il s'agit d'une suppression de poste et non d'une révocation : Paris, 20 déc. 1982, *Rev. soc.* 1983.786, note P. LE CANNU.

25 Com., 3 mars 2015, n° 14-11.840, *Rev. soc.* 2015.518, note A. REYGOBELLET ; *Dr. soc.* 2015, comm. 90, note GALLOIS-COCHET. V. déjà Rennes, 28 mars 1973, *JCP G* 1974.II.17743, note H. SYNDET ; *Rev. soc.* 1974.708, note J.-J. BURST. *Contra*, rejetant le changement de majorité comme juste motif de révocation dans une SARL : Com., 29 mai 1972, n° 70-14.186, *Rev. soc.* 1973.487, note J.H. ; Paris, 15 févr. 1950, *JCP* 1950.II.5544, note D. BASTIAN. En revanche, constitue un juste motif la divergence de point de vue entre un membre du directoire et les actionnaires prépondérants à la suite d'une cession d'actions : TC Paris, 5 juill. 1972, *GP* 1973.1.298, note P. DELAISI ; *JCP G* 1974.II.17743, note H. SYNDET ; *RTD com.* 1973.575. obs. R. HOUIN ; Com., 17 juill. 1984, n° 83-12.925, *Rev. soc.* 1984.791, note J. GUYÉNOT.

26 Affirmant que la « *chambre commerciale n'innove en rien* » sur cet aspect : J.-F. BARBIÈRI, art. préc.

27 Déduisant le juste motif de la conformité à l'intérêt social : Com., 24 avr. 1990, *RDBB* 1990.239, obs. M. JEANTIN, A. VIANDIER.

peut être justifiée par l'existence, entre les deux membres du directoire, d'une mésentente de nature à compromettre l'intérêt social²⁸. La conformité à l'intérêt social est désormais une condition supplémentaire. Dès lors qu'il y est invité par les parties, le juge doit vérifier que l'organe social ayant décidé la révocation a pris sa décision dans l'intérêt de la société. La Cour de cassation rejoint en cela certains juges du fond qui ont considéré que l'intérêt social doit être mis dans la balance pour apprécier le juste motif²⁹.

La portée de l'arrêt pourrait être considérable : pourquoi la conformité à l'intérêt social serait-elle seulement exigée lorsque la mise en place d'une nouvelle gouvernance est invoquée ? Il y a tout lieu de penser que cette condition sera systématiquement exigée, d'autant que la Cour de cassation l'a déjà posée à propos de la perte de confiance³⁰ et de la mésentente (la mésentente constitue un juste motif si elle est de nature à compromettre l'intérêt social ou le fonctionnement de la société)³¹. La conformité à l'intérêt social pourrait donc être une condition exigée pour toute révocation. En tout état de cause, certains cas de révocation ne devraient pas être concernés par cette condition de conformité à l'intérêt social. Cela vaut notamment lorsqu'une faute est reprochée au dirigeant : la conformité à l'intérêt social est inhérente à ce motif.

Cet arrêt s'inscrit dans une tendance de la jurisprudence à faire de l'intérêt social une condition requise pour l'exercice de la plupart des prérogatives prévues par le droit des sociétés. La jurisprudence a déjà imposé cette exigence s'agissant des prérogatives de l'associé : elle ajoute une condition à la loi pour autoriser leur mise en œuvre. Cela se vérifie pour l'expertise de gestion³², le droit de faire convoquer une assemblée générale³³, la nomination d'un administrateur provisoire ou d'un manda-

²⁸ Com., 19 déc. 2006, n° 05-15.803, *BJS* 2007.502, note P. LE CANNU ; *Rev. soc.* 2007.331, note B. SAINTOURENS ; *JCP E* 2007.1877, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER.

²⁹ Paris, 20 nov. 1980, *GP* 1981.1.300, note A.P.S. ; *Rev. soc.* 1981.583, note P. LE CANNU ; confirmé par Com., 7 juin 1983, *Rev. soc.* 1983.796, note P. LE CANNU. À propos d'une SARL : TC. Paris, 25 févr. 1992, *Dr. soc.* 1992, comm. 169, note H. LE NABASQUE. Jugeant que la décision de réorganisation de la gouvernance et la révocation du directeur général « qui correspondent aux préconisations du rapport d'audit ont été prises dans l'intérêt de la société et, en conséquence, pour juste motif » : Paris, 20 mai 2010, n° 09/13840, *JurisData* n° 011285 ; *Dr. soc.* 2010, comm. 229, note. D. GALLOIS-COCHET ; *LPA* 2010, n° 227, p. 3, obs. D. GIBIRILA.

³⁰ Com., 4 mai 1993, n° 91-14.693, *Rev. soc.* 1993.800, note P. DIDIER ; *JCP E* 1993.I.288, obs. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN.

³¹ Dans une SARL : Com., 4 mai 1999, n° 96-19.503, *JCP E* 1999.29, obs. A. VIANDIER, J.-J. CAUSSAIN ; *Dr. soc.* 1999, comm. 126, note T. BONNEAU ; *BJS* 1999.914, note P. LE CANNU ; *Defr.* 1999.1188, obs. J. HONORAT ; *RJC* 2000.238, obs. D. GIBIRILA.

³² Com., 22 mars 1988, n° 8617.040, *Bull. civ. IV*, n° 124 ; *LPA* 23 mai 1988, p. 4, note P. MORETTI ; Com., 10 févr. 1998, n° 9611.988, *Bull. civ. IV*, n° 69 ; *BJS* 1998.468, note M. MENJUCQ ; *JCP E* 1999.771, note D. GIBIRILA ; Com. 17 janv. 2012, n° 1027.562, *Dr. soc.* 2012, comm. 105, obs. M. ROUSSILLE ; *RTD com.* 2012.144, obs. P. LE CANNU, B. DONDERO. Rapp., considérant que l'expertise de gestion peut faire l'objet d'un abus de prérogative de l'actionnaire : P. STOFFELMUNCK, *L'abus dans le contrat*, *op. cit.*, n° 696.

³³ Colmar, 24 sept. 1975, *D.* 1976.348, note Y. GUYON ; Paris, 15 mars 1990, *D.* 1992, somm. 179, obs. J.C. BOUSQUET, G. BUGEJA ; Paris, 15 sept. 1992, *Dr. soc.* 1993, comm. 98, obs. H. LE NABASQUE.

taire *ad hoc*³⁴ et les questions écrites avant l'assemblée générale³⁵. Avec le critère de l'intérêt social requis pour l'appréciation des justes motifs, le domaine de l'intérêt social s'étend encore et constitue plus que jamais la boussole du droit des sociétés³⁶.

La fonction remplie par l'intérêt social au cas d'espèce ne manque pas d'étonner. À la différence des autres cas où la conformité est contrôlée par le juge, l'intérêt social est ici invoqué à l'encontre et au détriment de la société, tenue d'indemniser le dirigeant. Voir l'intérêt social comme un facteur de protection du dirigeant contre la société elle-même apparaît inédit. La révocation ayant été décidée par le conseil de surveillance, cela revient à opposer la violation de l'intérêt social commise par cet organe. Si les mandataires sociaux ont l'obligation d'agir dans l'intérêt social, la société doit-elle aussi agir dans son intérêt social et être sanctionnée si elle n'a pas poursuivi son propre intérêt ? Le dirigeant qui cumule cette qualité avec celle d'associé peut certes recourir à la théorie de l'abus de majorité qui comporte notamment une condition tenant à l'intérêt social : l'abus de majorité est retenu lorsqu'une résolution est « prise contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité »³⁷. Néanmoins, les conséquences sont différentes : la caractérisation de l'abus lui permet d'obtenir la nullité de la révocation et des dommages-intérêts versés par l'associé fautif et non par la société. En outre, c'est en sa qualité d'associé qu'il obtient gain de cause et non en sa qualité de dirigeant au titre du juste motif. Intégrer l'intérêt social dans l'appréciation des justes motifs ne dénature pas pour autant cette dernière notion. La finalité de l'exigence d'un juste motif réside dans la préservation de l'indépendance des membres du directoire³⁸, ce qui est cohérent avec la référence à l'intérêt social.

34 Com., 25 sept. 2007, n° 0620.320 ; Com., 10 nov. 2009, n° 0819.356, *Rev. soc.* 2010.219, note D. PORACCHIA ; *Dr. soc.* 2010, comm. 8, obs. H. HOVASSE ; *BJS* 2010.138, note G. GIL ; Com., 13 janv. 2021, n° 1824.853 et al., publié au *Bulletin* ; *JCP G* 2021.375, note B. LECOURT ; *Rev. soc.* 2021.248, note A. VIANDIER ; *RTDF* 2021, n° 1, p. 140, note R. MORTIER ; *BJS* 2021, n° 3, p. 17, note M. STORCK ; *Dr. soc.* 2021, comm. 61, note J.F. HAMELIN ; *JCP E* 2021.1404, note B. DONDERO ; *JCP E* 2021.1384, obs. J. VALIERGUE. V. égal. TC Paris, 14 oct. 2020, *Lagardère*, n° 2020035715, *BJS* 2020, n° 12, p. 18, note E. SCHLUMBERGER.

35 Les questions ne peuvent pas servir « à la recherche d'un but étranger à l'intérêt social » : TC Paris, 11 mai 2004, *Suez*, n° 2003078521, *JurisData* n° 242563 ; *BJS* 2004.1238, note P. LE CANNU ; *JCP E* 2004.1154, note A. VIANDIER ; *Dr. soc.* 2004, repère 9, F.X. LUCAS.

36 A. PIROVANO, « La boussole de l'intérêt social », *D.* 1997.18.

37 Com., 18 avr. 1961, *Schuman Piquard*, n° 5911.394, *Bull. civ.* III, n° 175 ; *GP* 1961.2.15 ; *S.* 1961.257, note A. DALSACE ; *JCP G* 1961.II.12164, obs. D. BASTIAN ; *RTD com.* 1961.634, obs. R. HOUIN ; R. HOUIN, B. BOULOC (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, t. 1, Sirey, 1976, n° 67. V. récemment, retenant un abus de majorité à partir d'un vote unanime : Com., 13 janv. 2021, n° 1821.860, publié au *Bulletin* ; *RTDF* 2021, n° 1, p. 149, note R. MORTIER ; *D.* 2021.399, note D. SCHMIDT ; *BJS* 2021, n° 1, p. 13, note E. SCHLUMBERGER ; *Dr. soc.* 2021, comm. 36, note J.F. HAMELIN ; *JCP E* 2021.1384, obs. J. VALIERGUE ; *JCP E* 2021.1257, note S. TISSEYRE. Comp., déduisant de l'abus de majorité un devoir de s'abstenir : A. COURET, « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *GP* 2016, HS n° 2, p. 14. Déduisant un devoir de loyauté : G. TERRIER, « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », *GP* 2016, HS n° 2, p. 24.

38 En ce sens : M. GERMAIN, V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales*, LGDJ, 22^e éd., 2022, n° 728.

L'espèce présente la spécificité d'une révocation décidée par le conseil de surveillance, alors qu'en principe, le pouvoir de révoquer un membre du directoire appartient à l'assemblée générale. La solution est-elle alors réservée à l'hypothèse d'une révocation décidée par des mandataires sociaux, tenus d'agir dans l'intérêt social ? La portée devrait au contraire s'étendre à toute révocation soumise à l'exigence de justes motifs, d'origine légale ou statutaire. Il n'y a en effet aucune spécificité dans le texte de l'article L. 225-61 et l'exigence de justes motifs répond partout à la même finalité. En tout état de cause, la solution n'est pas réservée à la révocation du membre du directoire, en dépit du visa du seul article L. 225-61, al. 1^{er} du Code de commerce. L'exigence de juste motif se retrouve en effet dans plusieurs formes sociales : à propos du directeur général et des directeurs généraux délégués dans la SA moniste (article L. 225-55), ainsi que du gérant de SNC (article L. 221-12), de SCS (par renvoi de l'article L. 222-2), de SARL (article L. 223-25) et de société civile (article 1851 du Code civil).

Le dirigeant fait ainsi carton plein devant la Cour de cassation. Entre la bonne foi et l'intérêt social, le renforcement de la protection du dirigeant qui s'opère ici démontre que la société est un cadre privilégié pour les manifestations de la loyauté, quitte à ce qu'elle tourne en défaveur de la société.