

on se demande ce qu'il aurait dû faire, mais l'on comprend qu'il s'agit peut-être là de la contrepartie de la mansuétude dont ce repreneur a bénéficié au titre des indemnités liées à la requalification en CDI (v. *supra*, I).

11. On observa enfin que la Cour de cassation évite de renvoyer l'arrêt à une cour d'appel en faisant application des articles L. 411-3, alinéa 2, du Code de l'organisation judiciaire et 627 du Code de procédure civile, qui lui permettent

de censurer sans renvoi et de statuer au fond lorsque l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie. Les magistrats de la Cour de cassation peuvent ainsi juger directement que la GAP ne permet pas la prise en charge des « conséquences pécuniaires de la cessation de la relation de travail avec M. J., assimilable à un licenciement, dès lors que cette cessation a eu lieu le 29 août 2014, postérieurement à la cessation des titres ».

Contrat de travail et convention d'indemnisation du dirigeant de SAS : attentes contractuelles déçues BSJ20101

Pierre-Louis PÉRIN

Avocat associé, Bersay

Professeur affilié à l'école de droit de Sciences Po

— L'ESSENTIEL —

L'avenant au contrat de travail conclu entre une SAS et son directeur général, même non soumis à la procédure des conventions réglementées, est valable et ne justifie pas le licenciement du dirigeant (CA Rennes, 8^e ch., 7 oct. 2022, n° 19/02108). L'accord prévoyant une indemnisation du directeur général en cas de révocation, bien qu'approuvé par les associés, ne s'applique pas dès lors que les statuts ne prévoient aucune indemnité en cas de révocation (Cass. com., 12 oct. 2022, n° 21-15382)

CA Rennes, 8^e ch., 7 oct. 2022, n° 19/02108 – Cass. com., 12 oct. 2022, n° 21-15382, F-B

— NOTE —

1. Les rapports entre le droit et l'équité laissent parfois à désirer, lorsque les attentes semblant légitimes des parties sont déçues par l'application rigoureuse de la loi. Deux arrêts concernant la révocation d'un directeur général de SAS insistent un peu de cette amertume : dans l'un (CA Rennes, 8^e ch., 7 oct. 2022, n° 19/02108), la société doit indemniser le directeur général pour la rupture du contrat de travail qu'il s'était fait octroyer dans des conditions discutables ; dans l'autre (Cass. com., 12 oct. 2022, n° 21-15382), le directeur général ne peut se faire payer une indemnité de révocation qui avait été convenue sans respecter le formalisme nécessaire.

Le contentieux toujours nourri de la révocation des dirigeants de SAS¹ invite ainsi à revenir sur les thèmes des contrats de travail (I) et des conventions d'indemnisation (II) des dirigeants.

I. Contrat de travail du dirigeant et procédure des conventions réglementées

2. La chambre sociale de la cour d'appel de Rennes rend une décision qui fait toute sa place au droit du travail en écartant

les allégations de fautes commises par un dirigeant au titre de son contrat de travail et en lui octroyant une indemnité de 175 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, ainsi que 30 000 euros pour licenciement vexatoire. Cela fait cher pour un contrat de travail dont la conclusion semble entachée d'irrégularités au titre du droit des sociétés.

Ce contrat de travail préexistait au mandat social de directeur général. Ce qui est en cause est l'avenant conclu entre la SAS et ce directeur général en octobre 2016, et qui est invoqué par la société pour justifier le licenciement intervenu en juillet 2017. Deux points attirent l'attention : la représentation de la SAS par sa DRH (A) et le non-respect de la procédure des conventions réglementées (B).

A. La signature du contrat avec un dirigeant, par une subordonnée de ce dirigeant

3. L'avenant au contrat de travail a été signé pour le compte de la SAS par sa DRH. La cour d'appel constate que cette DRH avait tous pouvoirs pour engager la société dans ce domaine et qu'elle n'a pas dépassé les limites de son mandat. Il est exact que les délégations de pouvoir à un DRH de

¹ V. pour un panorama de la jurisprudence récente, P.-L. Périn, note ss CA Paris, 7 sept. 2021, n° 19/18733, Rev. sociétés 2022, p. 37.

SAS ont été très largement validées par la jurisprudence². La question est de savoir si cette délégation peut aller jusqu'à engager la SAS à l'égard du propre supérieur hiérarchique du délégué. Les juges considèrent qu'il n'est pas démontré que la DRH se trouvait placée sous la subordination du directeur général. Si cette subordination avait été démontrée, les juges auraient eu à examiner si la délégation s'en trouvait privée d'effet. On conçoit mal qu'un délégué puisse s'augmenter par l'intermédiaire de son délégué. Plus largement, un DRH de filiale peut-il interférer dans la politique de rémunération des dirigeants, sans sortir des limites de sa délégation ? Enfin, les relations entre le directeur général et la DRH pourraient révéler des pressions ou une collusion frauduleuses. Toutes ces questions sont laissées de côté par l'arrêt.

B. Le défaut d'approbation du contrat de travail a-t-il des conséquences ?

4. Le contrat de travail conclu entre une SAS et son dirigeant est une convention réglementée, soumise à l'obligation légale de présentation à l'approbation des associés, statuant sur le rapport du commissaire aux comptes ou du président ; s'il s'agit d'une SAS unipersonnelle, il est seulement fait mention de cette convention dans le registre des décisions des associés (C. com., art. L. 227-10). La simplification de procédure applicable aux SAS unipersonnelles évite l'intervention du commissaire aux comptes, mais ne prive pas l'associé de son pouvoir d'approbation et des conséquences d'un refus d'auto-risation³.

Dans notre arrêt, les juges considèrent que le défaut d'approbation selon la procédure de l'article L. 227-10 n'a pas eu de conséquences dommageables pour la société. Cela est pour le moins curieux, puisque la SAS doit ainsi payer l'augmentation octroyée par l'avenant au contrat de travail. Surtout, en ne reconnaissant aucun manquement du directeur général dans cette affaire, les juges invalident le licenciement décidé sans cause réelle et sérieuse et octroient une indemnisation de plus de 200 000 euros. Voilà un avenant sans conséquences dommageables mais bien coûteux.

5. Tout ceci pourrait trouver une justification dans la certitude qu'à la cour qu'il a été rendu compte de ces opérations au COMEX de la société : il semble en résulter dans l'esprit des juges qu'il n'y a eu ni dissimulation, ni défaut de consentement de la société. La solution tranche cependant avec la sévé-

rité rencontrée dans une autre affaire récente, où le contrat de travail conclu entre une SAS et sa présidente et signé par la seule présidente a été écarté pour n'avoir pas été soumis à la procédure des conventions réglementées⁴. Il a également été jugé que le non-respect délibéré de cette procédure pour l'octroi d'un avantage à un dirigeant constitue un abus de biens sociaux⁵.

Il manque à l'arrêt ici commenté une analyse de la gouvernance de la société : on ne sait pas si les statuts donnaient aux associés, ou à un autre organe qui pourrait être le président ou un éventuel organe collégial (mais sans doute pas le COMEX, organe informel et non-décisionnaire dans la majorité des cas), le pouvoir de déterminer la rémunération du directeur général. Si tel était le cas, il serait difficile de maintenir que la DRH n'a pas dépassé son mandat en empiétant sur une matière à compétence réservée, ou que le directeur général n'a pas violé une disposition statutaire pouvant invalider son augmentation salariale.

II. Conventions d'indemnisation : bien documenter les exceptions aux règles statutaires

6. Dans l'arrêt de la Cour de cassation, confirmant un arrêt de la cour d'appel de Paris⁶, il est rappelé que ce sont les statuts de la SAS qui fixent les modalités de révocation du dirigeant. Au cas présent, les statuts excluaient toute indemnité, dans une formule très classique de révocation *ad nutum*, qui a été validée à maintes reprises par la jurisprudence propre aux SAS⁷. La convention d'indemnisation consentie au dirigeant est écartée pour contrariété à cette disposition statutaire.

L'iniquité vient du comportement fautif de la société et de son associé unique, relevé par l'arrêt d'appel bien qu'il n'ait pas été soulevé par le dirigeant. Lors de la nomination du directeur général, une lettre signée par un représentant de l'associé unique lui avait promis une indemnité forfaitaire de six mois de sa rémunération (soit 43 860 euros) en cas de révocation sans juste motif. Les intéressés avaient fait figurer dans le procès-verbal de la décision de nomination un renvoi à ce courrier pour « les modalités de sa rémunération et de sa

2 Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10095 et n° 10-30215 : Bull. civ. ch. mixte, n° 1 et 2 ; BJS déc. 2010, n° 214, p. 981, note M. Germain et P.-L. Périn ; BRDA 2010/22, inf. 1 ; JCP E 2010, 2049, note A. Couret et B. Dondero - Cass. soc., 26 janv. 2011, n° 08-43475 : Bull. civ. V, n° 34 ; D. 2011, p. 375, obs. A. Lienhard ; Dr. sociétés 2011, comm. 73, obs. D. Gallois-Cochet - Cass. soc., 5 juill. 2011, n° 10-21161 : JCP E 2011, 1683 - Cass. soc., 23 nov. 2011, n° 10-20288 : RJDA 2012/3, n° 305, 2^e esp. - Cass. soc., 13 déc. 2011, n° 10-27175 : RJDA 2012/3, n° 305, 4^e esp.

3 M. Germain et P.-L. Périn, *SAS - La société par actions simplifiée. Études - Formules*, 6^e éd., 2016, Joly éditions, n° 631, 642 et 643, EAN : 9782306000519.

4 CA Grenoble, 16 juin 2022, n° 19/05117 : BJS oct. 2022, n° BJS201i8, note B. Dondero.

5 Cass. crim., 25 sept. 2019, n° 18-83113 : BJS janv. 2020, n° BJS120k1, note J.-F. Barbiéri ; JCP E 2019, 1502, note B. Dondero : l'arrêt révèle, selon le professeur Barbiéri « l'approbation de la haute formation pénale de la Cour de cassation [aux sanctions] des stratégies d'auto-rémunération assorties d'un contournement des règles applicables au contrôle ».

6 CA Paris, 18 févr. 2021, n° 20/00654.

7 Cass. com., 8 avr. 2014, n° 13-11650 : BJS juill. 2014, n° BJS112d6, note P.-L. Périn ; Rev. sociétés 2014, p. 725, note C. Tabouror-Hyest ; Dr. sociétés 2014, comm. 104, obs. M. R. - Cass. com., 9 mars 2022, n° 19-25795 : BJS mai 2022, n° BJS200y7, note J.-F. Barbiéri ; BJT avr. 2022, n° BJT201s9, note S. Riancho ; Dr. soc. 2022, comm. 52, obs. J.-F. Hamelin : en présence d'une clause des statuts ne précisant pas les conditions d'une révocation, il ne doit pas y être ajoutée l'exigence de justes motifs, si bien que le silence des statuts sur ce point doit être interprété comme permettant la révocation des dirigeants *ad nutum*.

collaboration de manière générale avec la société ». L'intention des parties semblait donc bien établie, mais les juges d'appel et de cassation ont considéré que leur accord n'a pu valablement déroger à la disposition statutaire.

7. La solution est rigoureuse et appelle les praticiens à une double vigilance. D'une part, il aurait suffi que la décision d'associé unique ajoute la précision qu'elle valait modification des statuts, ou qu'elle était prise dans les conditions requises pour une modification des statuts, pour qu'elle porte les effets voulus. Il faut pour cela un peu de formalisme, quand les statuts distinguent selon les catégories bien connues des décisions ordinaires (ici la rémunération d'un dirigeant) et extraordinaires (habituelle pour une modification des statuts). Ces catégories n'existent pas toujours dans les SAS, et elles n'ont guère d'importance lorsque la majorité est la même comme c'est nécessairement le cas dans une filiale de groupe à associé unique. Ce formalisme a pour seul intérêt d'attirer l'attention de l'associé sur l'exception faite aux statuts.

8. D'autre part, cette décision rappelle que les juges font une application pleine et entière de l'article L. 227-5 du Code de commerce, selon lequel « Les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée » : ce sont les statuts qui fixent la règle, et une simple convention ne peut y déroger.

Les implications peuvent être destructrices pour les clauses des pactes d'associés qui stipulent parfois leur prévalence sur les statuts. Cette formule, issue de la pratique des pactes depuis qu'il en existe dans les sociétés anonymes, n'est pas forcément dénuée de portée ; mais elle est limitée dans la SAS par le risque que la contradiction éventuelle entre pacte et statuts ne puisse se résoudre que par la prévalence statutaire. Le rai-

onnement strict suivi dans cet arrêt de la haute juridiction pourrait s'appliquer chaque fois que la loi sur les SAS opère une délégation claire aux statuts, c'est-à-dire principalement concernant les conditions d'organisation de la direction (C. com., art. L. 227-5) et des décisions collectives (C. com., art. L. 227-9). Lorsque la loi prescrit une organisation, par exemple pour la représentation de la société (C. com., art. L. 227-6) ou la responsabilité des dirigeants (C. com., art. L. 227-8), ni les statuts ni un pacte ne peuvent y déroger. Enfin, lorsque la loi indique que les statuts « peuvent prévoir », comme c'est le cas pour les clauses de maîtrise du capital (C. com., art. L. 227-13 et s.), le choix entre les statuts et le pacte est libre, avec les conséquences juridiques différentes attachées à ces deux instruments⁸.

9. L'arrêt de la haute juridiction fixe, avec rigueur, l'exigence de formalisme dans l'adoption des décisions sociétaires venant déroger aux statuts.

La situation paraît beaucoup plus incertaine concernant la conclusion d'un contrat de travail avec un dirigeant : deux arrêts d'appel contemporains⁹, l'un souple et l'autre sévère pour le dirigeant, soulèvent des interrogations sur les conséquences du non-respect de la procédure d'approbation des conventions réglementées, que la Cour de cassation devra éclairer prochainement.

8 V. M. Germain et P.-L. Périn, *SAS - La société par actions simplifiée. Études - Formules*, 6^e éd., 2016, Joly éditions, n° 152 et s, EAN : 9782306000519.

9 CA Rennes, 8^e ch., 7 oct. 2022, n° 19/02108 ci-dessus - CA Grenoble, 16 juin 2022, n° 19/05117 : BJS oct. 2022, n° BJS20118, note B. Dondero.

Expertise de gestion : l'expert peut-il enquêter auprès de tiers ? BJS201m3

Bruno DONDERO

Professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1)
Avocat associé, CMS Francis Lefebvre

L'ESSENTIEL

Est confirmée l'ordonnance qui a accepté la désignation d'un expert chargé d'une mission très large, lui permettant notamment d'enquêter sur toute convention conclue et tout flux financier existant entre la société et toute société contrôlée par l'un de ses actionnaires. La cour d'appel de Paris conforte une appréciation très large de l'expertise de gestion visée à l'article L. 225-231 du Code de commerce.

CA Paris, 1-2, 15 sept. 2022, n° 22/00769