

► Le droit de se prévaloir des condamnations prononcées au profit de la société absorbée

11. La société absorbante bénéficie des condamnations prononcées au profit de son auteur à compter de la fusion. On remarquera que le moment où se réalise l'opération n'influe pas sur l'étendue des droits transmis; il permet seulement de déterminer la date à partir de laquelle la société absorbée peut les revendiquer. À preuve, la formulation employée par la Cour de cassation embrasse deux situations possibles: celle de l'arrêt, où la société absorbante se prévaut d'une condamnation prononcée au profit de la société disparue, d'une part, et celle où la société absorbée existait encore au jour du jugement, d'autre part.

En outre, même si l'arrêt commenté ne vise que les condamnations prononcées « au profit » de la société absorbante, il n'est pas douteux que la transmission du droit judiciairement reconnu joue en faveur, comme en défaveur de celle-ci. La société Aon peut exciper de la compensation et faire échec à la saisie-attribution pratiquée par M. X. devenu — par le hasard des fusions successives! — son débiteur. Si le jugement lui avait été défavorable, elle se serait certainement vu opposer la chose jugée à l'égard de son auteur, comme l'a déjà admis la Cour de cassation à propos d'une condamnation prononcée à l'encontre de la société absorbée²⁷. D'autant que sa négligence lui aurait probablement fermé toute voie de recours.

12. Demeure enfin un dernier point d'interrogation. Le jugement, rendu au profit d'une personne disparue, comporte nécessairement un vice dans sa rédaction. Quelle en est la portée? L'article 454 du code de procédure civile fait du nom ou de la dénomination des parties une mention obligatoire du jugement. La jurisprudence a cependant décidé que l'article 458 du même code, qui énumère les causes de nullité du jugement, ne vise pas les éléments d'identification des parties au titre des indications prescrites à peine de nullité²⁸. Dès lors, la décision condamnant M. X. ne pouvait être contestée sur ce terrain, sachant en outre qu'une telle contestation s'exerce par voie de recours normale²⁹ dont l'exercice n'était plus possible ici en raison du caractère définitif du jugement. ■

(27) Com. 18 févr. 2004, Bull. civ. IV, n° 39; Dr. sociétés 2004, comm. n° 84, obs. H. Hovasse; JCP E 2004, 739, note F.-G. Trébutlé; Bull. July 2004, 671, note A. Constantin.

(28) Civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 1986, Bull. civ. I, n° 190; Gaz. Pal. 1986, 2, p. 218.

(29) C. pr. civ., art. 460.

◆ Sociétés anonymes

La fixation de la rémunération des membres du directoire : pas de réduction rétroactive sans leur accord

Note sous Cour de cassation (com.) 10 février 2009,
Mathhey c/ Sté NRJ Group

Jean-Pierre Mattout

Avocat au barreau de Paris, Cabinet Kramer Levin;
Professeur associé à l'Université de Paris II, Panthéon-Assas

RÉMUNÉRATION DU PRÉSIDENT DU DIRECTOIRE - PRIME DE RÉSULTAT -
ANNULATION UNILATÉRALE PAR LE CONSEIL DE SURVEILLANCE AVANT
VERSEMENT - NÉCESSITÉ D'UN ACCORD DE L'INTÉRESSÉ

Le conseil de surveillance ne peut réduire rétroactivement la rémunération des membres du directoire sans l'accord de ceux-ci et il n'aient pas encore été payés.

LA COUR,

Sur le moyen unique, pris en sa seconde branche:

Vu l'article L. 225-63 du code de commerce;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que par décision du 2 décembre 2005, le conseil de surveillance de la société NRJ Group a révoqué M. Mathhey de ses fonctions de président du directoire de cette société et décidé d'attribuer aux membres du directoire, y compris M. Mathhey, une prime de résultat au titre des mois d'octobre à décembre 2005; que le conseil de surveillance ayant, par une nouvelle décision du 26 avril 2006, annulé l'attribution de cette prime à M. Mathhey, celui-ci a demandé que la société NRJ Group soit condamnée à lui en payer le montant;

Attendu que pour rejeter cette demande, l'arrêt retient que la décision d'octroi comme d'annulation d'une prime de résultat, partie de la rémunération des membres du directoire, relève du pouvoir propre du conseil de surveillance et ne nécessite pas l'accord du bénéficiaire, que la décision d'annulation peut être prise, sans qu'elle ait d'effet rétroactif, tant que la prime n'a pas été payée, que la prime relative aux mois d'octobre à décembre 2005 n'avait pas encore été payée le 26 avril 2006 lors de la décision d'annulation et que, sauf abus du droit non invoqué en l'espèce, la décision unilatérale du conseil de surveillance est fondée sur les dispositions de l'article L. 225-63 du code de commerce et n'a pas à être spécialement motivée;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le conseil de surveillance ne peut réduire rétroactivement la rémunération des membres du directoire sans l'accord de ceux-ci et qu'il importe peu

à cet égard que les sommes dues au titre de cette rémunération n'aient pas encore été payées, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la première branche :

CASSE ET ANNULE

M^{me} Favre, prés. ; M. Petit, cons. rapp. ; M^{me} Tric, cons. doyen ; M. Reysséguier, 1^{er} av. gén. ; SCP Richard, SCP Boutet, av.

NOTE 1

1. En ces temps incertains pour les dirigeants d'entreprises, particulièrement en ce qui touche leur rémunération, cette décision leur offrira un certain réconfort.
2. Lors de sa séance du 2 décembre 2005, le conseil de surveillance de la société NRJ Group décidait d'attribuer aux membres du directoire une prime de résultat au titre des mois d'octobre à décembre 2005. Dans la même séance, il révoquait le président du directoire de ses fonctions présidentielles, celui-ci redevenant alors simple membre du directoire, fonction dont il devait être ensuite également révoqué par un vote quasi unanime de l'assemblée générale de février 2006 qui devait refuser sa démission de cette fonction du fait de très graves suspicions de malversations pesant sur lui. Bien que des difficultés couvaient, de toute évidence, cela n'avait pas empêché le conseil de l'inclure dans les bénéficiaires de la prime de résultat octroyée en début du mois de décembre précédent.
3. Le conseil devait toutefois se raviser, lors de sa séance du 26 avril 2006, et annuler l'attribution de cette prime à l'ancien président. Il pensait pouvoir agir de la sorte car cette prime n'avait pas encore été versée à l'intéressé.
4. Celui-ci contesta cette dernière décision. La cour d'appel de Paris² ne l'entendit guère, estimant que le conseil avait tout à la fois le pouvoir de décider ainsi et qu'il pouvait le faire sans effet rétroactif, ce qui était le cas selon elle, du fait que le verbe n'avait pas encore eu lieu à la date d'annulation. La Cour de cassation, au visa de l'article L. 225-63 du code de commerce, allait casser la décision et estimer qu'il y avait bel et bien rétroactivité, celle-ci ne s'appréciant pas en fonction de la date de versement mais de celle de la décision initiale d'allocation³.

5. L'article L. 225-63 du code de commerce n'entre guère dans ces conditions d'application. Il se limite à indiquer que « L'acte de nomination fixe le mode et le montant de la rémunération de chacun des membres du directoire ».

S'agissant d'une prime de résultat, elle était nécessairement intervenue en cours de mandat et non lors de « l'acte de nomination ». Dès lors, le visa de cet article concerne

(1) Arrêt déjà publié : D. 2009. 498, obs. A. Lienhard.

(2) Paris, 3^e ch. B, 11 déc. 2007, n° 06/20511.

(3) Banque et Droit mars-avr. 2009. 57, obs. Q. Urban.

davantage la désignation de la compétence du conseil de surveillance pour fixer les éléments de rémunération des membres du directoire, point qui ne fait guère de doute et ne soulève pas de contestation. Mais la désignation de l'organe compétent ne vide pas nécessairement le débat de la nature de la décision du conseil, décision unilatérale ou bien décision négociée avec l'intéressé ? Elle n'épuise pas davantage le point de savoir les effets devant s'attacher à une annulation décidée unilatéralement.

6. La simple lecture de l'article L. 225-63 donne l'impression que le conseil fixant et le montant et le mode de rémunération, il s'agit bien d'une décision unilatérale de celui-ci que l'intéressé y consente ou non. La cour d'appel dans cette même affaire avait d'ailleurs affirmé « il n'est pas contesté que la décision d'octroi comme d'annulation d'une prime de résultat, partie de la rémunération des membres du directoire, relève du pouvoir propre du conseil de surveillance et ne nécessite pas l'accord du bénéficiaire ».
7. La réalité des choses oblige à reconnaître qu'il n'en va pas toujours réellement ainsi. La rémunération des dirigeants d'entreprises est le plus souvent l'objet d'une véritable négociation en amont entre la société et celui-ci et ce n'est qu'une fois ces choses « convenues » que la décision de fixation par le conseil intervient officiellement. Prenant la forme d'une décision unilatérale, elle est bien souvent en réalité la formalisation officielle d'un processus largement précédé par une négociation contractuelle. On pourrait en dire de même de nombreuses décisions d'apparence unilatérale, comme par exemple les augmentations de capital réservées.
8. La compétence du conseil de surveillance dans ce domaine est une compétence exclusive qui ne se partage pas et ne se délègue pas, au directoire naturellement, mais pas davantage à l'assemblée générale des actionnaires ou bien encore au pouvoir judiciaire⁴. Tout au plus revient-il, aujourd'hui, dans les grandes sociétés, au comité du conseil en charge des nominations et des rémunérations, de préparer la décision du conseil lui-même, auquel il ne peut se substituer⁵.
9. Cette compétence pour la fixation de la rémunération et sa structure s'accompagne juridiquement d'une grande liberté d'appréciation laissée au conseil qui peut ainsi proportionner librement la part fixe et la part variable ou encore les avantages en nature consentis et le faire de façon différenciée pour chaque membre du directoire. De fait, cette liberté du conseil est de plus en plus sous surveillance des tiers, les actionnaires, mais aussi le grand public, à qui la presse se fait un devoir d'exposer ces questions par le menu quand elle entend pointer du doigt des pratiques excessives.
10. Malgré la lettre de l'article L. 225-63, la jurisprudence a admis que le conseil pouvait tout aussi bien fixer la rémunération des membres du directoire postérieurement à leur nomination et lui donner ainsi un effet rétroactif⁶. Tout aussi, naturellement, elle a accepté que le conseil puisse modifier, en cours d'exécution du mandat de membre du directoire, la rémunération préalablement fixée⁷. Cette modification

(4) Com. 12 déc. 1995, Bull. Joly 1996. 206, note P. Le Camu.

(5) Pour un exemple, Com. 26 mars 2008, n° 07-10-572, Bull. Joly août-sept. 2008. 674, note P. Le Camu.

(6) Versailles, 26 oct. 2006, JCP E 2007. 4147 ; Com. 26 mars 2008, préc.

n'est pas laissée pour autant à l'arbitraire de l'organe compétent mais doit s'appuyer sur des considérations précises et susceptibles d'être objectivement contrôlées par le juge. Elle est cohérente avec la prescription légale qui sanctionne par l'allocation éventuelle de dommages intérêts la révocation des membres du directoire lorsqu'elle ne s'appuie pas sur un juste motif (art. L. 225-61, al. 1^{er}). Cependant, la généralité des motifs acceptés, par exemple la situation économique de la société ou le contexte des affaires ou encore les performances du dirigeant concerné, laisse en fait aux tribunaux non malicieuses de bonnes chances d'être considérées comme justifiées.

11. Le caractère le plus souvent négocié de la rémunération des dirigeants n'aboutit pas pour la jurisprudence à devoir remettre en cause la compétence exclusive du conseil à décider unilatéralement et surtout à modifier aussi unilatéralement la rémunération. Par le contrôle *a posteriori* que le juge se réserve, il parvient à protéger efficacement le membre du directoire d'une décision qui lui ferait grief, notamment par son caractère rétroactif et lorsque cette rétroactivité lui porte préjudice, ce qui sera le cas lorsqu'une rémunération préalablement décidée est diminuée, voire supprimée.

12. Ainsi ce n'est pas tant le caractère unilatéral de la décision de modifier la rémunération que la Cour de cassation entend remettre en cause, que son caractère rétroactif et encore à la condition que cette rétroactivité porte atteinte aux droits de l'intéressé, droits qui résultent de la décision prise par l'organe compétent et non de sa mise en œuvre effective. Il est vrai que si la jurisprudence reconnaissait un caractère pleinement contractuel à la rémunération des membres du directoire, elle devrait en conclure à l'impossibilité pour le conseil de la modifier en cours de mandat, sans l'accord du bénéficiaire, tant à la hausse qu'à la baisse, la jurisprudence montrant qu'une augmentation moindre que celle attendue par le dirigeant pouvait aussi aboutir à la naissance d'un contentieux!

13. Ainsi, la décision consacre-t-elle l'effet obligatoire des décisions valablement prises par le conseil dans son domaine de compétence et le prive du pouvoir de se contredire au détriment d'autrui. La solution est, en l'espèce, similaire à celle à laquelle le juge aurait abouti si un fondement contractuel avait été reconnu à la rémunération des dirigeants. D'ordinaire, ce n'est pas la compétence de l'organe habilité à décider qui doit déterminer si sa décision constitue une décision unilatérale ou bien la conclusion d'une convention.

14. Gageons que les débats en cours sur la rémunération des dirigeants en général ne favoriseront guère la reconnaissance d'un caractère contractuel à un processus qui pourtant lui emprunte bien des caractéristiques. Pourtant les conséquences n'en seraient pas nécessairement contraires à l'intérêt social, notamment quant à la possibilité d'y appliquer, le cas échéant, les causes de nullité pour vice du consentement, lorsque la décision du conseil a pu être surprise par une connaissance largement imparfaite de la réalité de la situation du dirigeant concerné dans ses rapports avec la société.

(7) Com. 16 juill. 1985. Bull. Joly 1985. 865; Rev. sociétés 1985. 842, note J. Guyenot; Com. 12 déc. 1995. Bull. Joly 1996. 207, note P. Le Cannu.

15. En retenant le caractère d'une décision unilatérale, la jurisprudence contraint par là même les conseils à exercer toute leur vigilance en amont de leur décision de fixation de la rémunération, aucun droit de repentir ne leur étant reconnu s'il a vocation à contrarier les intérêts du dirigeant concerné. ▣

◆ Sociétés coopératives

Opposabilité du règlement intérieur d'une société coopérative au dirigeant d'une société associée

Note sous Cour de cassation (1^{re} civ.) 22 octobre 2008, Société coop. Système U c/ X

Bernard Saintourens

Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV
Directeur du Centre d'études et de recherches en droit des affaires et des contrats

RÈGLEMENT INTÉRIEUR - DIRIGEANT D'UNE SOCIÉTÉ ASSOCIÉE - OPPOSABILITÉ

En application de l'article 3 du règlement intérieur d'une société coopérative, selon lequel la personnalité et l'activité d'une société associée, personne morale, se confondent avec la personnalité et l'activité de celui ou de ceux qui la contrôlent directement ou indirectement et la dirigent, le dirigeant concerné avait nécessairement adhéré à titre personnel à ce règlement et accepté d'être lié par les clauses le concernant directement en tant que dirigeant social, particulièrement la clause d'arbitrage et celle relative au droit de préemption.

LA COUR,

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article 1484, alinéa 2-1, du code de procédure civile;

Attendu que le recours en annulation est ouvert si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée;

Attendu qu'adhérente de la société coopérative Système U centrale régionale Sud (Système U), la société Codisal, dont M. Médard était un dirigeant, en a démissionné le 31 décembre 1995; qu'en 1999, M. Médard a quitté ses fonctions et a vendu la totalité des actions représentant le capital social à la société Pro-Jus; que la société Système U a mis en œuvre la procédure d'arbitrage prévue au contrat, prétendant que le droit de préemption qui lui était conféré était opposable à M. Médard;