

Tribune libre

Le long fleuve tourmenté de la vie du dirigeant de société



Par Isabelle Schmeltz, avocat au barreau de Nice, spécialiste en droit des sociétés, membre du réseau GESICA, vice-présidente de l'ADA (secteur Nice).

Les dirigeants des TPE/PME régionales ne font certes pas la Une des journaux pour des incivilités fiscales, avérées ou supposées, mais ils font l'objet d'une attention toute particulière des textes et des tribunaux chargés de réguler les pratiques des sociétés et de leurs dirigeants. A travers quelques décisions récentes, quels sont les écueils auxquels il est possible d'échapper avec un peu d'attention ?

La rémunération doit être appréhendée avec soin. En ce qui concerne les parachutes dorés, il ne faut pas croire que cette faculté est réservée à l'élite du CAC 40... Elle peut être prévue dans une PME, à condition que le montant de l'indemnité soit en corrélation avec le chiffre d'affaires de l'entreprise, ce que vient de rappeler la Cour de Cassation (arrêt de la ch. comm. le 6/11/2012 N° 11-20582) qui considère qu'est «nulle toute stipulation allouant au gérant d'une SARL, en cas de révocation, une indemnité, qui, par son montant, est de nature à dissuader les associés de prononcer celle-ci». Ici, la somme allouée par l'entreprise était de 66.000€, soit une année de rémunération.

Il faut aussi savoir rédiger avec soin les fameuses conventions de direction à titre onéreux entre deux sociétés. De plus en plus souvent dans un groupe de sociétés, fut-il un «mini-groupe» familial, il est prévu que la société holding qui détient les titres des sociétés d'exploitation soit liée avec elles par une convention dite de direction ou de gestion. La holding réalise des prestations pour ses filles (gestion de trésorerie, marketing, étude des coûts, gestion du personnel, direction administrative...).

Comment appréhender dès lors la mission qui reste dévolue aux dirigeants des sociétés filles et leur rémunération ? Ce n'est pas toujours simple et la Cour de cassation (arrêt de la ch. comm. du 23/10/2012 N° 11-23376) rappelle avec force qu'il faut prendre garde au «double emploi» : ainsi la société d'exploitation avait confié à la holding par convention les missions de création et développement de filiales à l'étranger, de participation à des salons, de définition des stratégies de vente.... La Cour de cassation devait considérer «qu'une partie des fonctions de décision, de stratégie et de représentation incombait normalement au dirigeant en sa qualité de directeur général de la société et qu'elle fait double emploi, à titre onéreux pour cette société, avec les fonctions sociales, les obligations stipulées à la charge de la holding étaient par conséquent dépourvues de contreparties réelles». Conséquence : l'annulation de la convention. Il est donc très important de soigner la rédaction de ces conventions et des délégations qu'elles mettent en œuvre, comme de vérifier la répartition des rôles.

Le dirigeant qui est défaillant dans sa mission sera souvent la cible de poursuites et parfois remercié. Ainsi, le dirigeant d'une SARL, SA ou encore SAS qui se porte caution doit avoir conscience de la gravité de son engagement. En cas de défaillance de l'entreprise, débiteur principal, il devra payer. Il pourra néanmoins se défendre : un des moyens consiste à soulever le soutien abusif dont a bénéficié la société débiteur principal. Attention, l'exercice a ses limites (Cass, arrêt de la ch. comm. du 2/10/2012 N° 11-22829) : le gérant d'une société en liquidation judiciaire, pour s'exonérer de son engagement caution, soulevait le soutien abusif dont avait bénéficié la société qu'il dirigeait par une centrale d'achats. La Cour, pour rejeter ses prétentions, a retenu que le gérant avait lui-même négocié les protocoles



de ré-échelonnement du passif et qu'il n'était pas démontré que le bénéficiaire de la caution eût dénué des informations ignorées du gérant. Depuis, l'article 650-1 du code de commerce est venu conforter les créanciers de bonne foi : en cas de sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire, cet article dispose que «les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées.»

Baucoup plus originale, la décision qui crée une obligation naturelle pour le dirigeant d'une société d'indemniser un client : un dirigeant avait prononcé des mots malheureux en parlant de son client («effectivement, nous lui devons la somme de 11.500€, et j'ai dit au liquidateur et au tribunal de commerce que je dédommagerai personnellement le client, le plus rapidement possible») : la Cour d'appel retenait dans un premier temps de façon classique que le client insatisfait détenait une créance non pas à l'égard du gérant, mais bien de la société qu'il dirigeait ; que lors de son audition par les services de police, le dirigeant avait réaffirmé son intention de dédommager «personnellement» le plaignant, ce qui ne constituait pas une «obligation naturelle» dont le gérant se serait reconnu débiteur... La Cour de cassation (arrêt de la 1ère ch. civile du 17/10/2012 N° 11-20124), contre toute attente, retient, au contraire, qu'il y aurait obligation naturelle pour le dirigeant à indemniser le client. Comme l'écrit le Professeur Bruno Dondero, la Cour, «en maniant la notion d'obligation naturelle, entrouvre la porte sur des engagements du dirigeant dont la formation apparaît moins encadrée, plus floue et en cela plus dangereuse». Il sera par conséquent recommandé aux dirigeants de sociétés, dans le droit fil de cette décision qui restera probablement à confirmer dans l'avenir, de rester très réservés dans leurs propos à l'égard des tiers. La bonne volonté

initiale et avouée du dirigeant l'ayant au cas d'es-pèce perdu.

Malheureux dirigeant qui peut aussi, quoique rarement, être révoqué : la Cour de cassation (arrêt de la ch. comm. du 10/07/2012 N° 11) retient que l'administrateur qui s'est abstenu de se rendre au conseil d'administration ayant précédé l'assemblée générale, à laquelle il n'a pas assisté non plus, au cours de laquelle son éviction a été décidée, s'est lui-même exclu des débats, et ne peut dès lors se plaindre d'une violation de ses droits. Il faut donc «courageusement» que le dirigeant qui va être révoqué assiste à la pénible réunion qui constate son éviction. A défaut, il perdra une partie de ses droits à se défendre.

Pour finir ce tour des méandres dans lesquels se débattent nos dirigeants, il sera évoqué un arrêt qui concerne les dirigeants de sociétés qui sont magistrats consulaires. Cour d'appel de Metz (arrêt du 27/11/2012 N° 12/00303) : la société que dirige un juge consulaire fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire, le demandeur l'assigne devant une juridiction limitrophe sur le fondement de l'article 47 du CPC qui permet aux magistrats et auxiliaires de justice de ne pas être jugés devant la juridiction à laquelle ils sont rattachés. Le débiteur fait contredit, arguant de ce qu'il n'est plus juge consulaire au moment du jugement... La Cour retient que la situation du débiteur, magistrat consulaire, doit s'apprécier au moment de l'assignation. Le bon sens l'a emporté semble-t-il dans cette décision. Alors sans redouter de créer, d'avoir des projets, de mobiliser les énergies bien nécessaires à notre croissance, le dirigeant, l'entrepreneur, devront être vigilants et attentifs aux chausse-trappes qui les entourent. «Pour agir avec prudence il faut savoir écouter» a dit Sophocle. Permettons-nous de rajouter : savoir écouter son avocat...

www.avocats-droit-affaires.com



Rencontres Chiffres et Droit,
organisées par l'Association AvEC
en partenariat avec
Tribune Bulletin
La Tribune des Entreprises et du Commerce - Normandie - Metz

Matinée d'information-débat
sur le thème :
**«Employeur, avez-vous réellement
une chance devant
le Conseil de Prud'hommes ?»**

Invité : Monsieur Yves ROSOLIN
Président du Conseil de Prud'hommes de Nice

Vendredi 22 mars 2013
à l'hôtel NOVOTEL CAP 3000
à Saint-Laurent du Var, de 8h30 à 11h00.

Intervenants : Medhi CAUSSANEL, avocat
Thomas CARTOSIO, expert-comptable
et Commissaire aux comptes

► Inscription : contact@association-avec.net