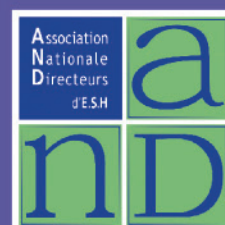


Association nationale des directeurs d'ESH

# Le guide des dirigeantes et des dirigeants d'ESH

Étude réalisée par le cabinet *Seban & associés* pour l'AND



**Le guide  
des dirigeantes  
et  
des dirigeants  
d'ESH**

Étude réalisée par le cabinet *Seban & associés* pour l'AND

# LE MOT DU PRÉSIDENT

---

Notre association, née en 1967, a pour principale mission d'être un appui à ses adhérents dans l'exercice de leurs responsabilités.

Depuis cette date de création, notre métier a bien changé ainsi que le contexte juridique, économique et social dans lequel évolue le dirigeant.

Il nous a donc semblé nécessaire d'avoir un éclairage, le plus exhaustif possible, sur le statut de dirigeant, statut qui peut prendre des formes très variables : directeur général, directeur salarié, président du directoire, mandataire social, postes multiples dans le cadre de groupes de sociétés.

Aussi, ce document a été édité spécialement à l'attention des membres de l'association nationale des directeurs d'entreprises sociales pour l'habitat afin que vous puissiez évoluer au mieux dans des arcanes juridiques de plus en plus complexes.

Je remercie tout particulièrement le groupe de travail qui a oeuvré à l'élaboration de ce document, messieurs Jean-Christophe Pichon, Alain Benoiston et Stéphane Sar ainsi que notre prestataire, le cabinet d'avocats *Seban & associés*.

J'espère que vous trouverez dans cet ouvrage réponse à vos interrogations et matière à réfléchir sur votre situation personnelle ou celle de vos collaborateurs.

Je vous en souhaite bonne et riche lecture.

**Daniel Palmaro**  
*Président de l'AND*

---

# PRINCIPAUX TEXTES DE RÉFÉRENCE

---

- > Code de commerce (C.Com.)
  - > Code civil (C.Civ.)
  - > Code de la construction et de l'habitation (CCH)
  - > Code du travail (C.Trav.)
  - > Code pénal
  - > Code des assurances
  - > Rapports de l'ANCOLS (ex-Miilos)
  - > Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération
  - > Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit
  - > Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové
  - > Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques
-



# SOMMAIRE

	<b>Je deviens/je suis dirigeant(e) - Quelles questions dois-je me poser ?</b>	<b>7</b>
<hr/>		
<b>I.</b>	<b>LES ORGANES DE DIRECTION</b>	<b>8</b>
I.1.	DÉSIGNATION	10
I.2.	MISSIONS	20
I.3.	CESSATION DES FONCTIONS	28
<hr/>		
<b>II.</b>	<b>LE RÉGIME DES CUMULS</b>	<b>34</b>
II.1.	CUMUL DES MANDATS SOCIAUX	36
II.2.	RÉGIME DES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES ET DES CONVENTIONS INTERDITES	45
II.3.	CONDITIONS DE CUMUL D'UN CONTRAT DE TRAVAIL ET D'UN MANDAT SOCIAL	49
<hr/>		
<b>III.</b>	<b>LE RÉGIME FINANCIER - RÉMUNERATION ET AVANTAGES DIVERS</b>	<b>68</b>
III.1.	DANS LES ENTREPRISES SOCIALES POUR L'HABITAT	70
III.2.	DANS LES ASSOCIATIONS	80
III.3.	DANS LES GIE	82
<hr/>		
<b>IV.</b>	<b>LE RÉGIME DES RESPONSABILITÉS</b>	<b>84</b>
IV.1.	LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES DIRIGEANT(E)S	87
IV.2.	ASSURANCE RESPONSABILITE CIVILE	97
IV.3.	RESPONSABILITÉ PÉNALE DES DIRIGEANT(E)S SOCIAUX	102
IV.4.	LES DÉLÉGATIONS DE POUVOIRS	112
<hr/>		
<b>V.</b>	<b>ESH ET GROUPE DE SOCIÉTÉS</b>	<b>120</b>
V.1.	LA NOTION DE GROUPE	122
V.2.	LE RÉGIME DES CUMULS DES MANDATS SOCIAUX	127
V.3.	LES DÉLÉGATIONS DE POUVOIRS AU SEIN DES GROUPES DE SOCIÉTÉS	129
V.4.	LES GROUPEMENTS D'EMPLOYEURS	131
<hr/>		
	<b>ANNEXES</b>	<b>134</b>



# Je deviens / je suis dirigeant(e).

## Quelles questions dois-je me poser ?

### AVANT L'ENTRÉE EN FONCTIONS

- > Qui est chargé de ma nomination ?
- > Quelle rémunération je peux exiger ?
- > Combien de mandats sociaux (voire électifs) suis-je en droit de cumuler ?
- > Quels seront mes pouvoirs ?
- > Quelle sera ma responsabilité personnelle ?
- > Est-ce que je peux avoir une assurance responsabilité civile ?

### DURANT L'EXERCICE DES FONCTIONS

- > De quelle protection sociale puis-je bénéficier ?
- > Quelles sont les conditions d'imposition de ma rémunération, si j'en ai une ?
- > Quelles clauses puis-je négocier au sein de mon mandat social ?

Clauses liées à la rémunération :

- Rémunération
- Avantages en nature (véhicule de fonction...)
- Régime de retraite complémentaire
- Souscription à une assurance chômage
- Bénéfice des accords d'entreprise
- Bénéfice de l'accord d'intéressement
- Clause expresse dans l'acte de nomination précisant :
  - Assimilation du dirigeant au salarié au sens de la sécurité sociale ;
  - Bénéfice des régimes complémentaires d'assurance maladie.

Clauses éventuelles à négocier lors de la nomination en cas de contrat de travail antérieur à cette nomination :

- Clause de réintégration à l'issue du mandat social
  - Clause de garantie d'emploi
  - Clause de reprise d'ancienneté
- > Quels pouvoirs puis-je déléguer ?

*La présente étude tente d'apporter des éléments de réponse à toutes ces interrogations.*



# PARTIE I

---

# LES ORGANES DE DIRECTION

---

## I.1 DÉSIGNATION 10

<b>I.1.1. Au sein de la société anonyme</b>	<b>10</b>
A. La société anonyme à Conseil d'administration	10
A.1. Membres du Conseil d'administration	10
A.2. Président du Conseil d'administration	10
A.3. Directeur Général	11
A.4. Directeurs Généraux Délégués	11
B. La société anonyme à Conseil de surveillance	13
B.1. Le Conseil de surveillance	13
B.2. Le directoire	13
B.3. Le Président du directoire et les Directeurs Généraux	13
<b>I.1.2. Au sein de l'entreprise sociale pour l'habitat</b>	<b>15</b>
A. Actionnariat	15
B. Composition du Conseil d'Administration et du Conseil de surveillance	15
<b>I.1.3. Au sein d'un groupement d'intérêt économique</b>	<b>16</b>
<b>I.1.4. Au sein des offices publics de l'habitat</b>	<b>18</b>
<b>I.1.5. Au sein des coopératives HLM</b>	<b>18</b>

## I.2 MISSIONS 20

<b>I.2.1. Au sein de la société anonyme</b>	<b>20</b>
A. La société anonyme à Conseil d'administration	20
A.1. Membres du Conseil d'administration	20
A.2. Président du Conseil d'administration	20
A.3. Directeur Général	21
A.4. Directeurs Généraux Délégués	21
B. La société anonyme à Conseil de surveillance	21
B.1. Le Conseil de surveillance	21
B.2. Le directoire/le DGU	22
B.3. Le Président et les Directeurs généraux	23
C. Les comités d'études	23
<b>I.2.2. Au sein d'un groupement d'intérêt économique</b>	<b>24</b>
<b>I.2.3. Au sein d'un office public de l'habitat</b>	<b>27</b>
<b>I.2.4. Au sein des coopératives HLM</b>	<b>27</b>
<b>I.2.5. Au sein des SA HLM de coordination</b>	<b>27</b>

## I.3 CESSATION DES FONCTIONS 28

<b>I.3.1. La démission</b>	<b>28</b>
A. Régime juridique	28
B. Types de démissions	29
<b>I.3.2. La révocation</b>	<b>29</b>
A. La révocation pour juste motif	29
B. La révocation « ad nutum »	31
C. La révocation des dirigeants de société anonyme	31
C.1. Dans la société anonyme d'HLM à Conseil d'administration	31
C.2. Dans la société anonyme d'HLM à Conseil de surveillance	32
D. Tableau récapitulatif relatif à la révocation des dirigeants	33
E. Les effets de la révocation	33
E.1. Restitution véhicule de fonction, téléphone, restitution des clés	33
E.2. Quid des délégations de pouvoirs ?	33

---

# I.1

# DÉSIGNATION

---

## I.1.1. Au sein de la société anonyme

### A. La société anonyme à Conseil d'administration

#### A.1. Membres du Conseil d'administration

En principe, le Conseil d'administration doit être composé de **3 membres au moins et 18 membres au plus** (c.com., art. L. 225-17, al.1) ; exceptionnellement, ce maximum peut être de 24 en cas de fusion, pendant une période de trois ans (c.com., art. L.225-95).

Toutefois, nous verrons que cette règle du plafond minimal ne peut être appliquée à la Société Anonyme HLM.

À la création de la société, les premiers administrateurs sont nommés dans les statuts. Au cours de la vie sociale, ils le sont par l'assemblée générale ordinaire.

La durée du mandat des premiers administrateurs est fixée par les statuts, sans pouvoir excéder 6 ans (c. com., art. L.225-18). Toute nomination intervenue pour une durée supérieure est nulle (c. com., art. L.225-18 alinéa 3).

**Une personne morale peut être nommée administrateur** (c.com. art. L.225-20). **Lors de sa nomination comme administrateur, la personne morale est tenue de désigner une personne physique appelée « représentant permanent »** (c.com. art. L.225-20).

#### A.2. Président du Conseil d'administration

- *Le Président est un membre du Conseil d'administration.*

Avant qu'il ne devienne Président, il est tout d'abord administrateur.

**Le Président est nommé par le Conseil d'administration** pour une durée qui ne peut excéder celle de son mandat d'administrateur et il est rééligible.

- *Les statuts doivent prévoir, pour l'exercice des fonctions de Président, une limite d'âge.*

À défaut d'une disposition expresse dans les statuts, la limite d'âge est fixée à 65 ans (c. com., art. L.225-48 alinéa 1er).

Lorsqu'il atteint l'âge limite légal ou statutaire, il est réputé démissionnaire d'office (c. com, art. L.225-48 alinéa 2).

- *La nomination du Président doit être publiée.*

- Insertion dans un Journal d'annonces légales du lieu du siège social
- Dépôt du dossier d'inscription modificative au centre des formalités des entreprises (avec 1 exemplaire de la décision de nomination / révocation, l'imprimé de la demande d'inscription modificative dûment complétée, les pièces justificatives concernant le nouveau dirigeant, une attestation de parution dans un journal d'annonces légales)
- Insertion au BODACC

### A.3. Directeur Général

Aux termes de l'article L.225-51 du Code de Commerce, la direction générale de la société est assumée, sous sa responsabilité, soit par un Président du Conseil d'administration, soit par une autre personne physique nommée par le Conseil d'administration et portant le titre de Directeur Général.

**Il ne peut être nommé qu'un seul Directeur Général dans la société** (c. com. art. L.225-51 alinéa 1).

Le Directeur Général doit être une personne physique (c. com. art. L.225-51 alinéa 1er).

- *Les statuts doivent prévoir pour l'exercice des fonctions de Directeur Général une limite d'âge qui, à défaut d'une disposition expresse est fixée à 65 ans* (c. com. art. L.225-54).

La loi est muette quant à la durée des fonctions du Directeur Général. Il appartient au Conseil d'administration, sous réserve des dispositions des statuts, de fixer cette durée lors de la nomination.

- *La nomination comme la cessation de fonction du Directeur Général doit être portée à la connaissance des tiers :*
  - Insertion dans un journal d'annonces légales
  - Dépôt au centre des formalités des entreprises
  - Insertion au BODACC

### A.4. Directeurs Généraux Délégués

**Sur proposition du Directeur Général, le Conseil d'administration a la possibilité de nommer une ou plusieurs personnes physiques chargées d'assister le Directeur Général, avec le titre de Directeur Général Délégué** (c. com. art. L.225-53).

Les Directeurs généraux délégués doivent obligatoirement être des personnes physiques.

Le nombre de Directeurs généraux délégués est fixé par les statuts. Toutefois, il ne peut dépasser 5 (c. com. art. L.225-53).

- *Les statuts doivent prévoir pour l'exercice des fonctions de Directeur général délégué une limite d'âge qui, à défaut d'une disposition expresse est limitée à 65 ans* (c. com. art. L.225-54).

La durée des fonctions des Directeurs généraux délégués est fixée par le Conseil d'administration qui les nomme en accord avec le Directeur Général (c.com. art. L.225-56 II).

Il faut souligner que la durée du mandat des Directeurs généraux délégués est indépendante de celle du Directeur Général qu'ils assistent.

- *La nomination comme la cessation des fonctions du Directeur général délégué doit être portée à la connaissance du tiers :*
  - Insertion dans un journal d'annonces légales
  - Dépôt au centre des formalités des entreprises
  - Insertion au BODACC

TABLEAU RÉCAPITULATIF **SA À CONSEIL D'ADMINISTRATION**

SA à Conseil d'administration	NOMINATION	MISSION	COMPOSITION	POUVOIRS
<b>Conseil d'administration (CA)</b>	<p>Les premiers administrateurs sont nommés dans les statuts.</p> <p>Pendant la vie sociale ils sont nommés par l'AGO.</p>	<p>Détermination des orientations stratégiques de l'activité.</p> <p>Gestion courante de la société.</p>	3 à 18 membres (jusqu'à 24 en cas de fusion pendant 3 ans).	<p>Convocation des AG.</p> <p>Nomination et révocation du Président et du DG.</p> <p>Établissement des comptes sociaux...</p>
<b>Président</b>	Nommé par le CA parmi les administrateurs.	<p>Organisation et direction des travaux du CA.</p> <p>Compte rendu à l'AG.</p>	Président unique.	<p>Organise, dirige les CA et assure :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- la régularité des convocations</li> <li>- l'information des actionnaires</li> <li>- la remise des documents sociaux au commissaire aux comptes...</li> </ul>
<b>Directeur général (DG)</b>	Nomination par le CA parmi les administrateurs ou en dehors d'eux.	Pouvoirs les plus larges pour agir au nom de la société.	DG unique.	Direction générale des services.
<b>Directeurs généraux délégués (DGD)</b>	Nomination par le CA sur proposition du DG.	Assistance du DG.	1 à 5 DGD.	<p>Pouvoirs déterminés par le CA.</p> <p>Les DGD peuvent avoir les mêmes pouvoirs que le DG.</p>

---

## B. La société anonyme à Conseil de surveillance

### B.1. Le Conseil de surveillance

En principe, le Conseil de surveillance est composé de **3 membres au moins et 18 membres au plus** (c.com. art. L.225-69), auxquels s'ajoutent, le cas échéant, d'une part, les membres élus par les salariés, le nombre de ceux-ci ne pouvant être supérieur à 4 ni excéder le tiers du nombre des autres membres du Conseil (c.com. art. L. 225-79), et, d'autre part, le ou les représentants des salariés actionnaires.

Exceptionnellement, le Conseil de surveillance peut comporter jusqu'à 24 membre en cas de fusion pendant une période de trois ans (c.com., art. L.225-95).

Toutefois, nous verrons que cette règle du plafond minimal ne peut être appliquée à la Société Anonyme HLM.

Comme les administrateurs, les membres du Conseil de surveillance ne doivent être propriétaires d'actions que si les statuts le prévoient.

Dans les sociétés constituées sans offre au public, **les premiers membres du Conseil de surveillance sont nommés dans les statuts** (c.com. art. L. 225-71 al.1).

**Au cours de la vie sociale, la nomination des membres du Conseil de surveillance relève de la compétence de l'assemblée générale ordinaire** (c.com. art. L. 225-75 al.1).

- *Toute nomination de membres du Conseil de surveillance est soumise à publicité :*
  - Insertion dans un journal d'annonces légales
  - Dépôt au centre des formalités des entreprises
  - Insertion au BODACC

---

### B.2. Le directoire

**Aucun membre du directoire ne peut faire partie du Conseil de surveillance** (c.com. art. L. 225-74).

Le Conseil de surveillance est seul habilité à nommer les membres du directoire. Il en désigne le Président (c. com. art. L.225-59 alinéa 1er).

Le nombre des membres du directoire est déterminé par les statuts ou à défaut par le Conseil de surveillance.

Il ne saurait dépasser le nombre de 5 (c. com. art. L.225-58 alinéa 1er).

**Lorsque le capital social est inférieur à 150.000 euros, une seule personne peut exercer les fonctions dévolues au directoire : elle prend alors le titre de Directeur Général unique.**

A contrario, si la société détient un capital supérieur à 150.000 euros, le directoire doit comprendre au moins deux membres.

Les membres du directoire ou, le cas échéant, le Directeur Général unique, sont obligatoirement des personnes physiques, à peine de nullité de leur nomination. Ils peuvent être pris en dehors des actionnaires.

---

### B.3. Le Président du directoire et les Directeurs Généraux

**Le Président** est nommé par le Conseil de surveillance qui confère ce titre à l'un des membres du directoire.

- *Les statuts doivent prévoir pour l'exercice des fonctions de membre du directoire ou de Directeur Général unique une limite d'âge qui, à défaut de stipulation statutaire expresse est de 65 ans.*

**Le Code de Commerce ne dote le Président du directoire et, le cas échéant, les Directeurs Généraux, d'aucun pouvoir propre autre que la représentation.**

Les statuts peuvent ainsi habilitier le Conseil de surveillance à conférer le pouvoir de représentation à un ou plusieurs autres membres du directoire que le Président qui portent alors le titre de « Directeurs généraux » (c. com. art. L.225-66 alinéa 2).

Cette désignation peut se faire sans l'accord du Président du directoire et même contre son gré.

- La nomination (et la cession des fonctions) des membres du directoire et du Directeur Général unique doit faire l'objet des formalités de publicité suivantes :
  - Un avis relatif à la nomination doit être inséré dans un journal d'annonces légales,
  - Sur justification de cette publication (ou de la demande d'insertion adressée au journal) une inscription modificative doit être effectuée auprès du RCS par l'intermédiaire du centre des formalités,
  - Une publicité est également effectuée, à l'initiative du greffier au BODACC (c. com. art. R.210-3).

TABLEAU RÉCAPITULATIF **SA À CONSEIL DE SURVEILLANCE**

SA à Conseil de surveillance	NOMINATION	MISSION	COMPOSITION	POUVOIRS
<b>Conseil de surveillance</b>	Les premiers membres sont nommés dans les statuts.  Pendant la vie sociale, nomination par l'AGO.	Contrôle de la gestion du directoire.	3 à 18 membres (jusqu'à 24 en cas de fusion pendant 3 ans).	Nomination des Directeurs, du Président et des DG.  Vérifications opportunes sur le directoire.  Se fait communiquer un rapport du directoire une fois par trimestre.
<b>Directoire</b>	Nomination par le Conseil de surveillance.	Pouvoirs les plus larges pour agir au nom de la société.	2 à 5 Directeurs.  Directeur général unique si capital inférieur à 150 000 €.	Pouvoirs exécutifs de direction générale de la société.  Il convoque les AG.
<b>Président</b>	Nomination par le Conseil de surveillance parmi les membres du directoire.	Pouvoir de représentation de la société.	Président unique.	Présidence du directoire .  Exercice en pratique des pouvoirs exécutifs : représentation légale de la société.
<b>Directeurs généraux</b>	Nomination par le Conseil de surveillance parmi les membres du directoire.	Pouvoir de représentation aux côtés du Président.	Quelques membres du directoire.	Partage du pouvoir de représentation du Président.

## I.1.2. Au sein de l'entreprise sociale pour l'habitat

### A. Actionnariat

Les ESH sont administrées par des Conseils d'administration ou des directoires et Conseils de surveillance (CCH, art. L. 422-5-1) dont les membres sont nommés par l'assemblée générale sur proposition de chaque catégorie d'actionnaires, à l'exception des trois administrateurs représentant les locataires (CCH, art. L. 422-2-1-IV).

**Les ESH voient leur capital réparti entre quatre catégories d'actionnaires :**

- **Catégorie 1 :** L'actionnariat de référence, un ou les actionnaires constituant l'actionnariat de référence, qui détient la majorité du capital : collectivités territoriales et leurs établissements publics (autres que ceux de la catégorie 2), collecteurs du 1 % patronal, organismes financiers, bailleurs sociaux, sociétés de droit commun et autres, à l'exclusion des personnes physiques ;
- **Catégorie 2 :** Les collectivités territoriales et leurs établissements publics, qui n'ont pas la qualité d'actionnaires de référence, limitativement listées : communautés de communes de plus de 50 000 habitants comprenant au moins une commune de plus de 15 000 habitants, communautés urbaines et d'agglomération, les métropoles, les syndicats d'agglomération nouvelle, départements et régions sur le territoire desquels la SA d'HLM possède des logements ;
- **Catégorie 3 :** Les représentants des locataires, personnes physiques élues sur des listes de candidats présentés par des associations œuvrant dans le domaine du logement ;
- **Catégorie 4 :** Les autres actionnaires. Éventuellement, les personnes morales autres que l'actionnaire de référence et les personnes physiques, ces dernières ne pouvant détenir au total plus de 5 % du capital.

**Chaque catégorie d'actionnaires au sein des ESH est représentée aux assemblées générales des actionnaires, sans qu'il y ait proportionnalité entre la quotité de capital détenu et le nombre de droits de vote.**

La répartition des droits de vote, entre les différentes catégories d'actionnaires, au sein des assemblées d'une ESH est fixée par les articles L. 422-2-1 et R. 422-1-1 du Code de la construction et de l'habitation. Cette répartition est en effet déconnectée de la proportion de capital détenue par chacune des catégories d'actionnaires et suit les règles suivantes :

- **La catégorie 1** (l'actionnariat de référence) doit détenir un nombre de voix qui ne peut être inférieur à la moitié plus une du total des voix.
- **La catégorie 2** (les collectivités territoriales et les EPCI) doit détenir au minimum 10 % des droits de vote.
- **La catégorie 3** (les représentants des locataires) doit détenir au minimum 10 % des droits de vote.
- Le total des droits de vote de **la catégorie 2** et de **la catégorie 3** doit être égal au tiers des voix plus une.
- **La catégorie 1 et la catégorie 4** (personnes morales qui ne sont pas actionnaires de référence et les personnes physiques) doivent détenir ensemble les deux tiers des voix moins une.

### B. Composition du Conseil d'Administration et du Conseil de surveillance

Trois administrateurs sont nommés sur proposition des établissements publics et collectivités territoriales de la catégorie 2.

L'un ou l'autre de ces Conseils doit également comprendre en son sein trois administrateurs représentant des locataires élus par ces derniers. Les représentants des locataires sont désignés au terme d'élections organisées par l'ESH auprès des locataires, élections se déroulant tous les quatre ans au plan national.

Si la durée du mandat des administrateurs autres que les administrateurs représentant des locataires est de 6 ans maximum (c.com., art. L. 225-18), la durée des mandats des administrateurs représentant des locataires au sein du Conseil d'administration ou du Conseil de surveillance est nécessairement de 4 ans (CCH, art. R. 422-2-1).



Les douze autres postes (administrateurs ou membres du Conseils de surveillance) doivent être répartis entre les catégories 1 et 4 ci-dessus mentionnés.

TABLEAU RÉCAPITULATIF **GOVERNANCE ESH**

	ENTREPRISE SOCIALE POUR L'HABITAT
<b>Structure</b>	Les ESH sont des sociétés anonymes.
<b>Administration</b>	Elles sont administrées par un Conseil d'administration ou un directoire et un Conseil de surveillance.
<b>Nomination</b>	Les membres du Conseil d'administration ou du Conseil de surveillance sont nommés par l'assemblée générale sur proposition de chaque catégorie d'actionnaires. Trois de ces membres sont nommés sur proposition des établissements publics et des collectivités territoriales. Les Conseils doivent comprendre trois représentants des locataires élus par leur collège.
<b>Composition</b>	Les assemblées d'actionnaires des ESH sont composées de quatre catégories d'actionnaires : - un actionnaire de référence détenant la majorité du capital - les collectivités territoriales et leurs établissements publics qui n'ont pas la qualité d'actionnaires de référence (au moins 10% des droits de vote) - les représentants des locataires (au moins 10% des droits de vote) - les personnes morales autres que l'actionnaire de référence et les personnes physiques (maximum 5% des droits de vote pour ces dernières)

### I.1.3. Au sein d'un groupement d'intérêt économique

- **Création du GIE**

Les articles L. 251-1 et suivants du code de commerce encadrent la création et le fonctionnement des GIE.

L'acte fondateur du GIE est contractuel. Pour disposer de la personnalité juridique, le groupement doit en outre être inscrit au registre du commerce et des sociétés.

- **Désignation des administrateurs**

**Le GIE est administré par une ou plusieurs personnes désignées par le contrat constitutif ou les statuts du groupement, ou à défaut, par l'assemblée des membres qui les nomme, détermine leurs attributions, leurs pouvoirs et les conditions de leur révocation.**

Les administrateurs du groupement peuvent être choisis en dehors des membres qui le composent.

**Dans les rapports avec les tiers, un administrateur engage le groupement par tout acte entrant dans l'objet de celui-ci.**

**Une personne morale peut être nommée administrateur, sous réserve qu'elle désigne un représentant permanent, personne physique (c.com. art. L. 251-11).**

Le mode de gouvernance d'un GIE est librement déterminé par ses membres.

En principe, les organismes HLM membres pourraient donc décider que le GIE serait administré par un gérant.

Cependant, et afin de pouvoir justifier du contrôle analogue conjoint des GIE constitués entre pouvoirs adjudicateurs, il convient de placer ce dirigeant sous le contrôle d'un organe collégial constitué de représentants issus de ses membres en nombre égal.

Les membres du GIE peuvent limiter ou non la durée du mandat de l'administrateur et prévoir les modalités de renouvellement de son mandat ou encore de sa révocation.

Il s'agira de déterminer dans les statuts du GIE les modalités de sa gouvernance, les conditions de nomination des administrateurs, la durée de leur mandat, les modalités de leur renouvellement, les motifs et la procédure de leur révocation.

- Pour les administrateurs désignés lors de la constitution, la publicité se fait au moment de l'immatriculation du GIE.

Les désignations ultérieures doivent être publiées dans le mois (dépôt au greffe du tribunal de commerce, inscription modificative au registre du commerce et des sociétés, insertion du BODACC par les soins du greffier).

### TABLEAU RÉCAPITULATIF **GOVERNANCE GIE**

	GROUPEMENT D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE
<b>Création</b>	<p>L'acte fondateur du GIE est contractuel.</p> <p>Pour disposer de la personnalité juridique, le groupement doit en outre être inscrit au registre du commerce et des sociétés.</p> <p>Un GIE peut disposer d'un patrimoine propre mais un GIE créé entre plusieurs ESH ne saurait disposer d'un capital (article R. 423-75-1 du CCH).</p>
<b>Convention constitutive</b>	<p>Une convention doit être conclue entre le GIE et chacune des ESH parties au groupement.</p> <p>Cette convention fixera notamment « les modalités de la mise en commun des moyens » au sein du GIE (art. L. 423-6 du CCH).</p> <p>Seuls peuvent être membres d'un GIE, créé entre bailleurs sociaux (art. L. 423-6 du CCH) :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- des organismes HLM et leurs filiales</li> <li>- des sociétés d'économie mixte de construction et de gestion de logements sociaux</li> <li>- des organismes collecteurs du 1 % patronal et leurs filiales</li> <li>- les organismes bénéficiant de l'agrément délivré au titre de l'article L. 365-1 du CCH.</li> </ul>
<b>Composition et nomination</b>	<p>Minimum 2 associés.</p> <p>Les organes de gestion sont déterminés par les statuts. La nomination est :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- soit organisée par les statuts</li> <li>- soit effectuée par décision des assemblées.</li> </ul>
<b>Administration</b>	<p>Le GIE est administré par une ou plusieurs personnes désignées :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- par le contrat constitutif du groupement</li> <li>- ou à défaut, par l'assemblée des membres qui les nomme, détermine leurs attributions, leurs pouvoirs et les conditions de leur révocation.</li> </ul> <p>Les statuts du GIE détermineront :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- les modalités de sa gouvernance</li> <li>- les conditions de nomination des administrateurs</li> <li>- la durée de leur mandat</li> <li>- les modalités de leur renouvellement, les motifs et la procédure de leur révocation.</li> </ul> <p>Les administrateurs peuvent être choisis en dehors des membres qui le composent.</p>

### I.1.4. Au sein des offices publics de l'habitat

Le Directeur Général de l'Office dirige l'activité de l'Office dans le cadre des orientations générales fixées par le Conseil d'administration.

Lorsque le Directeur Général est recruté par contrat à durée indéterminée (et lorsqu'il n'est pas fonctionnaire), en application de la jurisprudence, il s'agit d'un contrat de droit public.

Si le Directeur Général est recruté par la voie du détachement, la durée du contrat est liée à celle du détachement.

Par ailleurs, le **Directeur Général peut être** :

- soit un fonctionnaire en activité dans l'établissement,
- soit placé en position de détachement dans l'emploi de Directeur Général,
- soit un fonctionnaire qui n'était pas précédemment en poste dans l'établissement et qui sera recruté par détachement dans l'emploi de Directeur Général.

Dans les deux derniers cas, le fonctionnaire signe un contrat dont la durée suit celle du détachement.

TABLEAU RÉCAPITULATIF **GOVERNANCE OPH**

	ENTREPRISE SOCIALE POUR L'HABITAT
<b>Statut</b>	Établissement public industriel et commercial.
<b>Conseil d'administration</b>	Fixe les orientations générales de l'OPH.
<b>Directeur général</b>	<p>Il est nommé par le CA. Il dirige l'activité de l'OPH dans le cadre des orientations fixées par le CA. Il peut être recruté à durée indéterminée sous contrat de droit public.</p> <p>Si le Directeur Général est recruté par la voie du détachement, la durée du contrat est liée à celle du détachement.</p> <p>Le Directeur peut être :</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- soit un fonctionnaire en activité dans l'établissement</li><li>- soit placé en position de détachement dans l'emploi de Directeur Général</li><li>- soit un fonctionnaire qui n'était pas précédemment en poste dans l'établissement et qui sera recruté par détachement dans l'emploi de Directeur Général</li></ul>

### I.1.5. Au sein des coopératives HLM

Il existe **deux types de sociétés coopératives HLM, toutes deux sociétés anonymes de droit particulier** :

- les sociétés anonymes coopératives de production HLM (SCP d'HLM) ;
- les sociétés coopératives d'intérêts collectifs HLM (SCIC HLM).

Sauf dérogations expressément prévues, elles sont soumises au régime général des dispositions de la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération mais également aux dispositions dérogatoires des articles L. 422-3 du Code la construction et de l'habitation, aux articles R. 422-6 et suivants du même code et aux dispositions de leurs statuts types annexés.

Si les missions de ces deux types de sociétés sont comparables, elles se distinguent principalement par la composition de leur sociétariat.

• **Les assemblées des coopératives HLM**

Dans la SCP d’HLM, les droits de vote des associés sont attribués en fonction de leur catégorie :

- le collège des utilisateurs ; il dispose d’au moins 51% des droits de vote au sein de l’Assemblée (catégorie A),
- le collège des investisseurs ; il peut se subdiviser en deux catégories : investisseurs sociétés d’habitations à loyer modéré et coopératifs (catégorie C) et les autres investisseurs (catégorie B). Il dispose au maximum 35% des droits de vote, ce plafond pouvant être porté à 49% si des investisseurs HLM ou coopératifs composant le collège C figurent parmi les associés.

Dans la SCIC HLM, l’organisation du sociétariat est plus souple.

Trois collèges sont obligatoires :

- celui des salariés (titulaires d’un contrat de travail avec la SCIC HLM) ;
- celui des utilisateurs (personnes physiques bénéficiant des services de la SCIC HLM) ;
- celui des collectivités.

Les statuts peuvent prévoir d’autres collèges.

Les statuts fixent librement les droits de vote de chacun des collèges, chaque collège ne pouvant cependant détenir moins de 10% des droits de vote ni plus de 50%. Le droit de vote des salariés est par ailleurs plafonné à 15%.

• **Les administrateurs des coopératives HLM**

À l’instar des autres sociétés anonymes, les coopératives sont administrées par des mandataires nommés pour **six ans au plus** par l’assemblée générale des membres et révocables par elle (L. no 47-1775, 10 sept. 1947, art. 6). **Ils sont toujours révocables.** Les administrateurs sont pris parmi les associés.

Lorsque la coopérative HLM dispose d’un patrimoine locatif, son Conseil d’administration comprend au moins un administrateur locataire, nommé par l’assemblée générale.

TABLEAU RÉCAPITULATIF **COOPÉRATIVE HLM**

	COOPÉRATIVE HLM
<b>Constitution</b>	Constitution du capital par les associés. Deux types de sociétés : SCP d’HLM et SCIC HLM.
<b>Assemblées d’associés</b>	SCP d’HLM, associés répartis en deux collèges : - collège des utilisateurs - Au moins 51% des droits de vote - collège des investisseurs - 35% ou 49% des droits de vote au maximum  SCIC HLM, trois collèges obligatoires : - salariés - utilisateurs - collectivités  Droits de vote librement fixés dans les statuts, dans la limite des plafonnements légalement prévus.
<b>Administrateurs</b>	L’administration est assurée par des mandataires nommés pour six ans au plus par l’assemblée générale des membres et révocables par elle. Les statuts déterminent les pouvoirs de ces « administrateurs ou gérants ».  Ils exercent leurs fonctions gratuitement.

---

# I.2

## MISSIONS

---

### I.2.1. Au sein de la société anonyme

#### A. La société anonyme à Conseil d'administration

##### A.1. Membres du Conseil d'administration

Le Conseil d'administration a pour mission de déterminer les orientations de l'activité de la société et de veiller à leur mise en œuvre.

Sous réserve des pouvoirs attribués aux assemblées générales et dans la limite de l'objet social, il peut se saisir de toutes les questions intéressant la bonne marche de la société et régler les affaires qui la concernent (c.com. art. L. 225-35 al.1). Ainsi, il dispose de pouvoirs très larges qui recouvrent les orientations stratégiques de la société, mais aussi son fonctionnement quotidien.

Il détient également des pouvoirs propres dont notamment :

- convocation des assemblées générales,
- dissociation des fonctions Président/ Directeur général,
- établissement des comptes sociaux et du rapport annuel de gestion,
- autorisation préalable des conventions réglementées,
- nomination et révocation du Président du Conseil d'administration,
- définition de la politique des loyers,
- définition de la politique de vente,
- plan Stratégique de Patrimoine, Convention d'Utilité Sociale,
- politique d'attribution,
- détermination de la composition des CALS et des CAO,
- règlement de ces commissions,
- examen annuel des rapports (rapports des commissaires aux comptes, rapports d'activités et de gestion, rapports des CALS et des CAO...)
- délibération sur le rapport de contrôle effectué par l'ANCOLS,
- délibération annuelle sur la politique de la société en matière d'égalité professionnelle et salariale.

##### A.2. Président du Conseil d'administration

Aux termes de l'article L.225-51 du Code de Commerce, le Président du Conseil d'administration organise et dirige les travaux dont il rend compte à l'assemblée générale.

Il veille au bon fonctionnement des organes de la société et s'assure que les administrateurs sont en mesure de remplir leur mission.

Il lui appartient ainsi d'organiser et de diriger les travaux du Conseil d'Administration dans sa mission générale d'orientation de l'activité et de bonne marche de la société.

Ainsi, le Président doit veiller à la régularité de la convocation, de la tenue du Conseil d'administration, à l'information des actionnaires en ce qui concerne l'exercice de leur droit et à la remise des documents sociaux au commissaire aux comptes.

### A.3. Directeur Général

Le Directeur Général assume les fonctions dites exécutives de la société.

Il est le représentant légal de la société (c.com. art. L.225-56).

Il est investi des plus larges pouvoirs pour agir en toute circonstance au nom de la société, sous réserve que l'acte accompli relève de l'objet social et ne soit pas expressément dévolu aux assemblées d'actionnaires ou au Conseil d'administration (c. com. art. L.225-56 I alinéa 1er).

La société est valablement engagée par les actes de son Directeur général qui excèdent l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer eu égard aux circonstances.

Le Directeur Général au niveau interne assure la direction générale des services avec les pleins pouvoirs hiérarchiques et disciplinaires.

### A.4. Directeurs Généraux Délégués

Les pouvoirs des Directeurs Généraux Délégués sont fixés par le Conseil d'administration en accord avec le Directeur Général (c. com. art. L.225-56).

Ils ne peuvent être modifiés que dans les mêmes conditions.

La loi ne fixe aucune limite à l'étendue des pouvoirs du Directeur Général Délégué.

Ainsi, en accord avec le Directeur général, le Conseil d'administration détermine l'étendue et la durée des pouvoirs conférés aux Directeurs généraux délégués (c. com. art. L.225-56 II, alinéa 1er).

**En outre, le Conseil d'administration peut répartir les compétences entre les divers Directeurs généraux délégués.**

Vis-à-vis des tiers : les Directeurs Généraux Délégués disposent des mêmes pouvoirs que le Directeur Général (c. com. art. L.225-56 II alinéa 2).

Il résulte de cette disposition que les Directeurs généraux délégués, comme le Directeur général, peuvent agir vis-à-vis des tiers au nom de la société et que celle-ci est valablement engagée.

## B. La société anonyme à Conseil de surveillance

### B.1. Le Conseil de surveillance

Le statut du Conseil de surveillance emprunte largement à celui du Conseil d'administration en dépit de la différence des fonctions confiées. Ainsi, le Conseil de surveillance a seulement pour mission de contrôler les organes de direction de la société et ne peut pas s'immiscer dans la gestion.

Le Conseil de surveillance exerce un contrôle permanent de la gestion du directoire (c.com. art. L 225-68 al.1).

À ce titre, **le Conseil est doté des pouvoirs suivants :**

- Nomination des membres du Directoire ou du Directeur général unique ;
- Choix du Président du Directoire ;
- Choix des Directeurs généraux ;
- Attribution du pouvoir de représentation à un ou plusieurs membres du Directoire, si les statuts le permettent ;
- Il peut, à toute époque de l'année, opérer les vérifications et contrôles qu'il juge opportuns et se faire communiquer les documents qu'il estime nécessaires à l'accomplissement de sa mission (c.com. art. L 225-68 al.3) ;
- Toutefois, le pouvoir de contrôle ne s'étend pas aux filiales de la société (CA Paris, 30 août 2005, n°04-1208) ;
- Le directoire doit présenter un rapport au Conseil de surveillance une fois par trimestre au moins. Ce rapport est destiné à informer le Conseil de surveillance le plus complètement possible sur la marche des affaires sociales. En pratique, cela signifie que le Conseil de surveillance doit se réunir au moins quatre fois par an ;
- Le Conseil de surveillance doit avoir communication dans les huit jours de leur établissement, des documents prévisionnels et de gestion et des rapports d'analyse établis par le directoire ;
- Le Conseil de surveillance nomme les membres du directoire, fixe leur rémunération, désigne le Président, attribue le pouvoir de représentation à un ou plusieurs membres, si les statuts le permettent et autorise les conventions réglementées. Il a par ailleurs la faculté de convoquer les assemblées.

Il convient enfin de noter que le Conseil de surveillance, contrairement au Conseil d'administration, doit nécessairement autoriser (article L.225-68 du Code de commerce) :

- La cession d'immeubles ;
- La cession des participations détenues dans le capital d'autres sociétés,
- La constitution de sûretés.

## **B. 2. Le directoire / le DGU**

Le directoire est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société, il les exerce dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux expressément attribués par la loi au Conseil de surveillance et ceux, attribués aux assemblées d'actionnaires (c. com. art. L.225-64 alinéa 1er).

Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du directoire qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet et qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffit à constituer cette preuve (c. com. art. L.225-64 alinéa 2).

**Le directoire se voit ainsi reconnaître des pouvoirs dits exécutifs qui lui permettent d'assurer la direction générale de la société.**

**Le directoire assure la gestion de la société sous le contrôle permanent du Conseil de surveillance** (c. com. art. L.225-68 alinéa 1er).

Il a pour autres missions particulières notamment :

- la convocation des assemblées générales,
- sur délégation de l'AGE : la décision d'augmenter ou de réduire le capital social.

Le directoire prend ses décisions dans les conditions fixées par les statuts. Les statuts vont donc déterminer : la périodicité des réunions, le quorum, la majorité, etc.

En principe, les membres du directoire doivent agir collégalement mais, pour éviter une trop grande lourdeur, ils peuvent, avec l'autorisation du Conseil de surveillance, et sauf clause contraire des statuts, répartir les tâches de direction entre eux. En revanche, les actes individuels de chaque membre engagent l'ensemble des membres du directoire, compte-tenu de son caractère collégial.

- **Focus sur le Directeur Général Unique**

Il convient de noter que dans les sociétés dont le capital est inférieur à 150 000 €, « les fonctions dévolues au Directoire peuvent être exercées par une seule personne » (C. com., art. L. 225-58, al. 2). « Lorsqu'une seule personne exerce les fonctions dévolues au Directoire, elle prend alors le titre de Directeur général unique » (C. com., art. L. 225-59, al. 2).

Lorsque le directoire est dirigé par un Directeur général unique, il cumule les fonctions de direction et de représentation.

### B. 3. Le Président et les Directeurs généraux

La mission du Président du directoire est double, il préside l'organe collégial qui est le directoire et il est le représentant légal de la société dans ses rapports avec les tiers (c. com. art. L.225-66 alinéa 1er).

Toutefois, il n'a pas plus de pouvoirs que les autres membres du directoire.

Le pouvoir de représentation de la société peut être partagé sous réserve d'une stipulation statutaire le prévoyant, le Conseil de surveillance peut attribuer le même pouvoir de représentation à un ou plusieurs autres membres du directoire qui portent alors le titre de Directeur Général (c. com. art. L.225-66 alinéa 2).

Le Code de Commerce ne dote le Président et le cas échéant les Directeurs généraux d'aucun pouvoir propre autre que la représentation de la société.

### C. Les comités d'études

L'article R.225-29 du Code de commerce dispose que « Le Conseil d'administration peut conférer à un ou plusieurs de ses membres ou à des tiers, actionnaires ou non, tous mandats spéciaux pour un ou plusieurs objets déterminés.

Il peut décider la création de comités chargés d'étudier les questions que lui-même ou son Président soumet, pour avis, à leur examen. Il fixe la composition et les attributions des comités qui exercent leur activité sous sa responsabilité. »

Ces comités d'études ont un caractère purement interne à la société et ne disposent d'aucun pouvoir propre à l'égard des tiers.

En effet, les missions confiées à ces comités sont purement consultatives et sont essentiellement destinées à recueillir des avis, lesquels ne peuvent lier la Société.

Leurs conclusions servent généralement de support aux projets soumis aux organes décisionnels auxquels ils ne peuvent se substituer.

Ainsi, se sont développés ces dernières années au sein des Conseils d'administration, des comités d'audit, des nominations, des rémunérations ou stratégiques, ce conformément aux recommandations du code Afep-Medef.

- **Focus sur le Comité de Direction**

Le Comité de Direction n'est pas un comité d'études créé dans le cadre des dispositions de l'article R.225-29 du Code de commerce mais constitue un lieu d'échange et de concertation entre les membres de la Direction, auquel sont intégrés les membres des directions opérationnelles de l'ESH.

Le Comité de Direction ne dispose pas de pouvoirs propres mais sert souvent à préparer les décisions en amont.

- **Focus sur les Comités d'Engagement et les Comités d'Investissement**

Les Comités d'Engagement et les Comités d'Investissement peuvent aussi bien émaner du Conseil d'Administration ou résulter de la pratique des sociétés.



Souvent, ils ont pour rôle d'examiner et sélectionner des projets d'investissement avant qu'ils ne soient présentés au Conseil d'Administration, ce afin de permettre aux membres du Conseil d'Administration de bénéficier de l'expertise des membres desdits Comités.

Ces Comités, qu'ils soient créés dans le cadre des prérogatives du Conseil d'Administration ou qu'ils résultent de la pratique, émettent seulement des avis consultatifs.

## 1.2.2. Au sein d'un groupement d'intérêt économique

Un GIE, doté de la personnalité morale, dispose d'un patrimoine propre. Ses membres sont solidairement et indéfiniment responsables de ses dettes.

Le GIE ne figurant pas parmi les entreprises au sein desquelles les organismes d'habitations à loyer modéré peuvent prendre des participations en application de l'article R. 423-75-1 du CCH, les GIE constitués par de tels organismes ne peuvent donc avoir de capital social.

Destiné à faciliter ou à développer l'activité de ses membres, le GIE ne peut avoir pour objet que le prolongement de l'activité économique de ses membres. Son activité doit rester auxiliaire par rapport à celle de ses membres. Dès lors, il ne peut en aucun cas se substituer à ces membres pour exercer leur activité.

Le GIE est souvent utilisé pour porter des moyens mis en commun par ses membres et constitue un outil de mutualisation fréquemment utilisé par les opérateurs du logement social.

Doté de la personnalité juridique, le GIE intervient donc en qualité de prestataire de services pour chacun des membres et ce, quand bien même ces prestations ne seraient rémunérées qu'à prix coûtant. C'est pourquoi il est recommandé notamment par les dispositions de l'article L.423-6 du CCH qu'une convention soit établie entre les membres et le GIE définissant les conditions d'intervention du GIE en sa qualité de prestataire ainsi que ses modalités de rémunération.

Enfin, il pourrait apparaître opportun soit de soumettre ces conventions à la procédure des conventions réglementées, soit de les lister en application des dispositions de l'article L.423-11-1 du CCH au titre des conventions libres mais significatives, si le GIE et les membres ont des dirigeants communs et si les montants engagés apparaissent significatifs.

### • Fonctionnement

L'assemblée des membres du groupement est habilitée à prendre toute décision, y compris de dissolution anticipée ou de prorogation dans les conditions déterminées par le contrat.

Celui-ci peut prévoir que toutes les décisions ou certaines d'entre elles seront prises aux conditions de quorum et de majorité qu'il fixe. Dans le silence du contrat, les décisions sont prises à l'unanimité.

Le représentant permanent d'un administrateur personne morale encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était administrateur en son nom propre.

### Les administrateurs devront en tout état de cause exercer leur fonction au sein du GIE à titre gratuit.

En effet, l'ANGOLS (ex-Miilos) a rappelé à plusieurs reprises que la constitution d'une structure de coopération entre organismes HLM ne devait pas conduire à un contournement de la règle de la gratuité du mandat des administrateurs des organismes HLM.

Il s'agira également de **prévenir** (notamment lors de la création du GIE ou lors de la passation de contrats entre le GIE et les ESH) **tout conflit d'intérêt entre, d'une part, les administrateurs du GIE et, d'autre part, les dirigeants et / ou administrateurs des deux ESH.**

### • Répartition des activités entre le GIE et les ESH membres

Le but d'un GIE, tel que défini par le code de commerce, est le suivant :

« Le but du groupement est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité. Il n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même. Son activité doit se rattacher à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère **auxiliaire** par rapport à celle-ci. » (c.com. art. L.251-1).

Par ailleurs, les ESH exercent des missions de service public qui sont fixées statutairement par le CCH.

Il en résulte :

*« Qu'un organisme d'HLM ne peut adhérer à une structure de coopération dont l'objet serait en tout ou partie sans lien avec les activités des organismes d'HLM. »*

Les sociétés HLM doivent être en capacité de pouvoir exercer les missions qui leur ont été spécialement dévolues et disposer, pour ce faire, de moyens propres leur permettant, a minima, de conserver une autonomie de décision et un pouvoir de contrôle. Pour l'ANCOLS, lorsqu'elles n'exercent pas directement les compétences essentielles qui leur ont été confiées, elles ne respectent pas les obligations légales et réglementaires s'attachant à leur statut.

L'absence de moyens propres, dans des sociétés appartenant à des groupes, a souvent pour corollaire le recours à des GIE qui assurent l'ensemble des fonctions d'une société.

Cette situation est irrégulière, car en contradiction avec la règle du caractère nécessairement « auxiliaire » des GIE, selon les règles du Code de commerce : dans le cas où un GIE rassemble la totalité du personnel d'un organisme HLM, le caractère auxiliaire du GIE n'est évidemment plus respecté. Dans ce cas de figure, les sociétés du groupe ne disposent plus d'aucun moyen propre (rapport public 2013).

À la lecture du CCH, il est difficile de déterminer précisément ce qui relève du « cœur de métier » des organismes HLM et des bailleurs sociaux. La détermination des missions relevant du « cœur de métier » et celles qui sont accessoires est en effet, dans une certaine mesure, subjective.

Il apparaît cependant que les missions de maîtrise d'ouvrage (construction, aménagement, assainissement, réparation et réhabilitation), ainsi que celles afférentes à la gestion locative font partie du « cœur de métier » des organismes HLM (en ce sens : rapport du Conseiller d'Etat Loloum, en date du 25 juillet 2005 ; rapports publics 2005, 2006 et 2008 de la MIILOS).

Ainsi, en matière de maîtrise d'ouvrage ou de gestion locative, seules des missions qui ne transfèrent pas au groupement un pouvoir de décision pourraient être confiées au GIE.

- **La condition de l'activité du GIE**

Le GIE devra déployer son activité « à titre quasi-exclusif » en direction de ses membres.

Si le GIE était toutefois amené lors de son fonctionnement à fournir des prestations à des tiers, ces prestations, pour pouvoir être considérées comme étant « marginales » ne sauraient dépasser 20 % de son chiffre d'affaires, tel que cela ressort de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

- **Concurrence**

Par ailleurs, la question de la mise en concurrence des prestations réalisées par le GIE s'est posée pendant de nombreuses années au regard du droit de la commande publique qui s'applique notamment aux organismes d'habitations à loyer modéré et donc aux ESH.

Transposant la Directive européenne 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics unifie les régimes du code des marchés publics et de l'ordonnance du 6 juin 2005.

L'exception de quasi-régie (ou « in house ») traitée à l'article 17 de ladite ordonnance permet l'attribution d'un marché sans mise en concurrence par un pouvoir adjudicateur à une personne morale contrôlée conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs (« contrôle analogue conjoint »).

Le contrôle exercé doit répondre aux caractéristiques suivantes :

- le contrôle doit revêtir un caractère analogue à celui exercé par chaque entité contrôlante sur ses propres services, incluant une influence décisive à la fois sur les décisions stratégiques mais également sur toutes les décisions importantes de l'entité contrôlée ;
- la personne morale contrôlée doit réaliser plus de 80% de ses activités (calculé en chiffre total d'affaires moyen) pour les pouvoirs adjudicateurs de contrôle ou d'autres personnes morales que ceux-ci contrôlent ;

- la personne morale contrôlée ne saurait comporter à son capital des capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi ne permettant pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Dès lors et sous les conditions sus-énoncées, un GIE constitué exclusivement entre pouvoirs adjudicateurs et contrôlé conjointement, tant en droit qu'en fait, par ses membres, n'a pas désormais légalement à être mis en concurrence pour les prestations fournies à ses membres. La présence de membres dans le GIE qui n'ont pas la qualité de pouvoirs adjudicateurs ne devrait théoriquement pas remettre en cause cette exception. Néanmoins, elle est susceptible de fragiliser le contrôle analogue conjoint au regard des conditions visées ci-dessus.

La justification du contrôle conjoint devra donc notamment résulter des dispositions statutaires organisant ledit contrôle par les membres.

- **Personnel du GIE**

Le GIE pourrait disposer d'un personnel propre.

Les contrats de travail de certains des salariés des ESH pourraient être transférés au GIE, de manière conventionnelle, sous réserve de recueillir l'accord des salariés concernés.

Des salariés des ESH membres du GIE pourraient également être mis à disposition du groupement.

*Nous attirons également votre attention sur le fait qu'il conviendrait de s'assurer que les éventuelles mises à disposition de personnel, effectuées au profit du GIE, ne tomberont pas sous le champ d'application du délit de prêt de main d'œuvre illicite ou du délit de marchandage.*

- **Point sur le délit de prêt de main d'œuvre illicite**

Le prêt de main-d'œuvre est très encadré par la loi qui limite strictement cette opération si elle est faite dans un but lucratif.

Il résulte ainsi de l'article L. 8241-1 du code du travail que « toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre est interdite ». Ce délit est sanctionné d'une peine maximale de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 30 000 euros.

La constitution de ce délit nécessite la réunion de deux conditions **cumulatives**. Pour être constitué, le délit implique que :

- L'opération ait « pour but exclusif le prêt de main d'œuvre ».  
Ce sera le cas, si les salariés des ESH membres du GIE sont mis à la disposition de celui-ci pour réaliser une mission qui relève de l'activité normale et permanente du groupement, ou de son « domaine de compétence » (CA Paris, 24 février 2009, SAS Broadcasting Network, n° S 07/00569).

Ce premier élément constitutif pourrait donc être constitué en l'espèce si des salariés étaient mis à la disposition du GIE.

- L'opération soit réalisée dans un « but lucratif ».  
Cet élément ne sera pas constitué si l'opération ne vise pas à « l'obtention d'un gain » mais « à rationaliser les moyens de fonctionnement » des membres du groupement (Cass. soc., 1er avril 2003, La Croix rouge française, n° 02-14680).

**Si des mises à disposition de personnel étaient effectuées au profit du GIE, il conviendrait de prévoir que ces mises à disposition seront facturées au GIE à prix coûtant.**

- **Point sur le délit de marchandage**

Ce délit ne sera pas constitué si l'opération n'a pas pour effet de causer un préjudice aux salariés (art. L. 8231-1 du code de travail). Sous réserve que les salariés conservent tous leurs avantages contractuels et conventionnels, cette incrimination devrait donc être écartée.

Afin d'éviter que le GIE ne puisse être regardé comme une coquille vide ayant pour seul objet de permettre aux ESH membres de se fournir entre elles des prestations, en dehors de toute mise en concurrence, il serait toutefois

nécessaire que le GIE dispose, en tout état de cause, d'un minimum de personnel propre.

En effet, l'ANCOLS, ex-Miilos, considère que :

- le regroupement de la totalité des moyens en personnel au sein d'une entité unique peut s'accompagner de nombreuses irrégularités collatérales ;
- l'absence de personnel se double de l'absence de tout dispositif autonome et organisé de contrôle des prestations par leur commanditaire.

### **I.2.3. Au sein d'un office public de l'habitat**

En vertu de l'article L.421-12 du Code de la Construction et de l'Habitation, **le Directeur Général de l'OPH « dirige l'activité de l'office », dans le respect des orientations générales fixées par le Conseil d'administration.**

Le Directeur Général est également « l'autorité territoriale » à l'égard des personnels fonctionnaires au sens de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984. A ce titre, il est leur chef hiérarchique.

En outre, pour les OPH gérés selon les règles de la comptabilité publique, il est l'ordonnateur des recettes et des dépenses de l'Office.

### **I.2.4. Au sein des coopératives HLM**

**La direction générale d'une coopérative d'HLM** est exercée dans les mêmes conditions que celles d'une ESH, ces deux sociétés étant des sociétés anonymes.

### **I.2.5. Au sein des SA HLM de coordination**

La direction générale d'une SA HLM de coordination est exercée dans les mêmes conditions que celles d'une société anonyme.

---

# I.3

## CESSATION

### DES FONCTIONS

---

Le dirigeant peut cesser ses fonctions pour diverses raisons : démission, révocation, décès, incapacité, interdiction de gérer, faillite personnelle, déchéance ou limite d'âge.

Seront envisagés dans cette partie les cas opportuns de cessation des fonctions : la démission et la révocation.

#### I.3.1. La démission

##### A. Régime juridique

###### Notion

La démission est l'acte par lequel le dirigeant renonce à l'exercice de ses fonctions, que ce renoncement soit spontané ou « contraint ».

Le dirigeant dispose de la liberté de démissionner. En revanche, les statuts peuvent déterminer des conditions qui l'encadrent.

###### Forme

**La démission doit être expresse** et les statuts peuvent en prévoir la forme. Si les statuts sont silencieux sur ce point, la forme est libre. En pratique, le dirigeant enverra une lettre recommandée avec avis de réception adressée à l'organe compétent pour sa révocation, afin d'éviter toute contestation quant à un éventuel caractère abusif de sa démission.

La société, quant à elle, n'a pas à donner son aval (C.Cass., Ch. Com., 22 février 2005, n°03-12902). La démission prend donc effet à la date de la notification ou à la date d'effet fixée dans ladite notification.

Toutefois, cette démission peut être qualifiée d'abusive.

En effet, si la démission du dirigeant est abusive, la société peut s'exposer au paiement de dommages-intérêts.

La jurisprudence a pu décider ainsi qu'aucune faute ne peut être retenue contre un dirigeant dans la mesure où il était en désaccord sur un point important concernant la gestion financière de la société et que celui-ci a respecté un délai de préavis raisonnable de deux mois (CA Paris, 12 mai 1993, RJDA « /94, n°298).

**Le dirigeant démissionnaire devra donc respecter la double condition suivante :**

- un motif légitime,
- un délai de préavis raisonnable.

#### **Publicité**

Pour que la démission soit opposable aux tiers, celle-ci doit faire l'objet d'une publicité par le dirigeant démissionnaire. Elle se fera par l'envoi d'un exemplaire de la lettre de démission au greffe du tribunal de commerce. Les modalités pratiques d'une telle publicité peuvent toutefois différer selon les greffes concernés. C'est pourquoi il est recommandé de se rapprocher de ces greffes afin de pouvoir produire les documents nécessaires à la réalisation de formalités.

---

## **B. Types de démissions**

La démission peut prendre plusieurs formes :

### **1. La démission volontaire**

La démission du dirigeant est par nature libre, bien que ses conditions puissent être encadrées dans les statuts. Le code de commerce ne l'encadre pas par ailleurs.

### **2. La démission d'office**

Certaines démissions se présentent d'office. C'est le cas lorsque :

- une mesure de déchéance ou d'interdiction est prononcée,
- le dirigeant est frappé d'incapacité ou d'incompatibilité,
- l'administrateur ne détient plus le nombre d'actions fixé par les statuts,
- le dirigeant a atteint la limite d'âge légale ou statutaire,
- le dirigeant ne satisfait pas les règles en matière de cumul de mandats.

### **3. La démission déguisée**

La démission peut parfois masquer une révocation. Dans ce cas, elle pourra être requalifiée en révocation, ce qui permettrait le cas échéant au dirigeant d'obtenir des dommages et intérêts pour révocation sans justes motifs.

---

## **I.3.2. La révocation**

En principe, la révocation des dirigeants est libre, sous réserve d'en respecter les conditions et modalités, lesquelles diffèrent selon le mandat social et le type de société anonyme (moniste ou dualiste).

**Sont ainsi nulles les conventions ayant pour objet de faire obstacle à la libre révocabilité des dirigeants.**

En revanche, même si elle est libre, cette révocation ne doit jamais être abusive et peut donner lieu à des dommages-intérêts si elle est décidée sans juste motif.

Deux régimes de révocation ont été mis en place par le législateur : la révocation pour juste motif et la révocation ad nutum.

---

### **A. La révocation pour juste motif**

Le régime de la révocation pour juste motif est le régime protecteur qui suppose que la révocation doit être effectuée pour juste motif si la société veut éviter d'être condamnée à verser des dommages-intérêts.

#### **Notion de juste motif**

En l'absence de définition légale, la notion de juste motif a été précisée par la doctrine et la jurisprudence. **Elle consiste essentiellement dans le fait pour le dirigeant de commettre une faute ainsi que dans un acte contraire à l'intérêt social.**

- **La faute de gestion**

Les fautes retenues doivent comporter une certaine gravité, la faute légère n'étant pas suffisante. Sera ainsi injustifiée une révocation consistant en une simple volonté de se séparer du dirigeant révoqué.

Ainsi, le juste motif retenu fréquemment est la faute de gestion commise par le dirigeant, **en sa qualité de dirigeant de la société** (et non en sa qualité de salarié qu'il pourrait exercer dans les sociétés du groupe). Cette faute de gestion peut prendre l'apparence de :

- agissements frauduleux,
- irrégularités graves et répétées,
- actes de concurrence déloyale,
- désintérêt pour ses fonctions,
- des achats massifs de marchandises dont l'utilité n'était pas démontrée et qui ont mis la société en difficultés financières (CA Paris, 23 avr. 1992 : JurisData n° 1992-021674),
- la gestion ruineuse d'un gérant accompagnée de spéculations chimériques auxquelles s'était livré celui-ci sur la possibilité d'un prompt redressement de la société (Cass. com., 17 déc. 1974, n° 73-14.003 : JurisData n° 1974-097331),
- des achats faits dans un but d'intérêts personnels et supportés par la société (CA Limoges, 1re ch. civ., 13 mars 1989 : JurisData n° 1989-040853) ou des remboursements de frais précipités et indus (CA Versailles, 12e ch., sect. 2, 14 sept. 2006 : JurisData n° 2006-321093).

**Par ailleurs, la révocation du dirigeant de la société mère ne constitue pas un juste motif de révocation du mandat social exercé dans une société fille.**

#### • Intérêt social

Le juste motif est apprécié de plus en plus en fonction de « l'intérêt social, réel et certain » (CA Paris 20 nov. 1980, Rev. Sociétés 1981, 583, note P. Le Cannu).

Ainsi, peut être retenu comme juste motif d'une révocation :

- un désaccord grave sur l'organisation ou la politique générale de la société,
- l'incapacité notoire du dirigeant,
- une mésentente de nature à compromettre l'intérêt social (Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-15.803 : JurisData n° 2006-036647,
- une divergence de vue avec l'actionnaire largement majoritaire (CA Paris, 17 janv. 2003 : JCP E 2003, 1333, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker). Un simple changement de majorité semble, en lui-même, insuffisant : pour qu'il devienne un juste motif, il faut qu'il conduise à une divergence de vue ayant des répercussions sur le fonctionnement de la société ; s'il n'y a que la volonté de modifier la direction à la suite du changement de majorité, il a été jugé, pour les membres du directoire, que cela ne constituait pas un juste motif et même que l'acharnement à révoquer le dirigeant faisait disparaître l'apparence de juste motif qui avait été invoqué (Cass. com., 23 juin 1975, n° 73-10.570, SA Noirclerc Affichage et publicité c/ Rocher : Bull. civ. 1975, IV, n° 177),
- la perte de confiance des associés, à condition qu'elle paralyse le fonctionnement de la société (Cass. Com., 4 mai 1999, n° 96-19.503).

#### Conséquences de l'absence de juste motif

Même en l'absence de juste motif, les associés peuvent révoquer le dirigeant sans qu'il ne puisse obtenir la nullité de sa révocation.

En revanche, **l'absence de juste motif sera sanctionnée par l'allocation de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi par le dirigeant.** Ce préjudice devra être prouvé par le dirigeant évincé et pourrait être : le fait d'avoir été conduit à rechercher un emploi ou à accepter un emploi moins bien rémunéré, le fait d'avoir vendu ses parts dans des conditions défavorables.

### Révocation dans des conditions abusives

La révocation ne doit pas comporter d'abus de droit :

- elle ne doit pas se dérouler dans des conditions brusques et vexatoires,
- elle ne doit pas conduire à l'irrespect du contradictoire (principe consistant à permettre au dirigeant de présenter sa défense avant la révocation).

L'abus de droit pourra donner lieu à l'indemnisation du dirigeant, indépendamment de l'absence de juste motif.

---

## B. La révocation « ad nutum »

### Principe

La révocation ad nutum n'a pas à comporter un juste motif, elle peut être prise de façon discrétionnaire, sans préavis et sans indemnité.

Ainsi, aucune condition de quorum ou de majorité n'est exigée pour la révocation ad nutum.

Le dirigeant évincé ne pourra donc prétendre ni à sa réintégration, ni à l'allocation de dommages et intérêts, toute convention contraire étant nulle.

### Limites

Au gré de la jurisprudence, s'est renforcée la protection du dirigeant révoqué ad nutum. Ainsi le juge opère une vérification quant :

- **au respect du principe du contradictoire** : le dirigeant pouvant subir un préjudice du fait de ne pas avoir pu s'exprimer et de ne pas avoir été averti en temps utiles des motivations exposées au soutien de la proposition de révocation.
- **au contrôle des circonstances de la révocation** : le dirigeant pouvant obtenir indemnisation lorsque sa révocation est accompagnée de propos ou de comportements qui ont porté atteinte à son honorabilité ou lorsque cette révocation est entourée de circonstances abusives créant un préjudice moral.

---

## C. La révocation des dirigeants de société anonyme

Dans les sociétés anonymes d'HLM, le principe général est celui de la révocation ad nutum des dirigeants : administrateurs, Président du Conseil d'administration, membres du Conseil d'administration, membres du Conseil de surveillance, à l'exception du Directeur général et des Directeurs généraux délégués auxquels s'applique le principe de la révocation pour juste motif.

---

### C.1. Dans la société anonyme d'HLM à Conseil d'administration

#### C.1.1. Les administrateurs

Les administrateurs sont révocables *ad nutum*.

En effet, l'article L. 225-18 alinéa 2 prévoit que les administrateurs peuvent être révoqués à tout moment **par l'assemblée générale ordinaire**.

L'assemblée devra alors prendre la décision dans les conditions de quorum et de majorité fixées par la loi :

- le quorum : l'AGO ne peut valablement délibérer sur première convocation que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le cinquième des actions ayant droit de vote (ou quorum plus élevé prévu par les statuts de la société non cotée). Sur deuxième convocation, aucun quorum n'est requis (c.com. art. L. 225-98, al.2) ;
- la majorité : l'AGO statue à la majorité des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés (c.com. art. L. 225-98 al.3).



### C.1.2. Le Président du Conseil d'administration

Le Président du Conseil d'administration est révocable *ad nutum*.

L'article L. 225-47 alinéa 3 prévoit que **le Conseil d'administration** peut le révoquer de ses fonctions de Président (et non d'administrateur) à tout moment et que toute disposition contraire est réputée non écrite.

### C.1.3. Le Directeur général et les Directeurs généraux délégués

Le Directeur général et les Directeurs généraux délégués sont révocables **à tout moment par le Conseil d'administration** (sur proposition du Directeur général en ce qui concerne les Directeurs généraux délégués).

Ainsi, l'article L. 225-55 prévoit que si leur révocation est décidée sans juste motif, elle peut donner lieu à dommages-intérêts.

### C.1.4. Le Président Directeur général (cumul des deux fonctions)

Lorsque le Directeur général est également Président du Conseil d'administration, il reste soumis au principe de la révocation *ad nutum*. La révocation peut donc être décidée sans juste motif **par le Conseil d'administration**.

## C.2. Dans la société anonyme d'HLM à Conseil de surveillance

### C.2.1. Membres du directoire, Président du directoire et Directeurs généraux

En revanche, les membres du directoire et le Directeur général unique peuvent être révoqués pour juste motif :

- par l'assemblée générale (la proposition du Conseil de surveillance n'étant pas nécessaire),
- si les statuts le prévoient, par le Conseil de surveillance.

Si la révocation est décidée sans juste motif, elle peut donner lieu à des dommages et intérêts (c.com. art. L. 225-61).

En revanche, si le dirigeant avait conclu un contrat de travail avec la société, sa révocation ne donne pas lieu à la résiliation de ce contrat. Il conviendra donc de procéder à son licenciement.

### C.2.2. Membres du Conseil de surveillance

Les membres du Conseil de surveillance sont révocables *ad nutum*.

L'article L. 225-75 alinéa 2 prévoit qu'ils peuvent être révoqués à tout moment par **l'assemblée générale ordinaire**. Le directoire ne peut pas proposer la révocation d'un membre du Conseil de surveillance.

## D. TABLEAU RÉCAPITULATIF RELATIF À LA RÉVOCATION DES DIRIGEANTS

	MANDAT SOCIAL	TYPE DE RÉVOCATION	ORGANE DE LIBÉRANT
<b>SA à Conseil d'administration</b>	Administrateurs.	<i>Ad nutum.</i>	Assemblée générale ordinaire.
	Président du Conseil d'administration.	<i>Ad nutum.</i>	Conseil d'administration.
	Directeur général et Directeurs Généraux Délégués.	<i>À tout moment pour juste motif (si absence de juste motif, possibilité de dommages-intérêts).</i>	Conseil d'administration.
	Président Directeur général.	<i>Ad nutum.</i>	Conseil d'administration.
<b>SA à Conseil de surveillance</b>	Membres du directoire et Directeur général unique.	<i>À tout moment pour juste motif.</i>	Conseil de surveillance si les statuts le prévoient.
	Membres du Conseil de surveillance.	<i>Ad nutum.</i>	Assemblée générale ordinaire.

## E. Les effets de la révocation

### E.1. Restitution véhicule de fonction, téléphone, restitution des clés

La Cour de cassation exerce un contrôle sévère sur le contenu de certaines conventions destinées à apporter un frein à l'application du principe de révocation *ad nutum*.

Elle considère ainsi que l'engagement pris par la société de verser à un Directeur général une indemnité pour toute révocation porte atteinte à la libre révocabilité des dirigeants, dès lors que cette indemnité aurait des conséquences financières importantes pour la société, en raison de son montant élevé qui aurait eu pour effet de dissuader les actionnaires d'exercer leur libre choix de révocation des mandataires sociaux (Cass. com., 26 mai 2004, n° 01-03,569 : JurisData n° 2004-024063).

Néanmoins, la simple organisation des conditions de départ, telles que le délai pour restituer le véhicule de fonction, le téléphone portable (exemple : transfert de ligne) lors de la négociation du mandat social est possible puisqu'il ne s'agit alors pas d'un obstacle à une révocation *ad nutum*.

Une telle négociation peut a fortiori intervenir si le mandat exercé nécessite une révocation pour juste motif.

### E.2. Quid des délégations de pouvoirs ?

Nous vous invitons à vous reporter à la partie « IV LES DÉLÉGATIONS DE POUVOIRS » du présent guide.

# PARTIE II

---

## LE RÉGIME DES CUMULS

---

<b>II.1.1. Cumul des mandats sociaux au sein des sociétés anonymes</b>	<b>36</b>
A. Tous mandats confondus	36
A.1. Principe général	36
A.2. Drogations au principe général	37
B. Administrateur ou membre du Conseil de surveillance	37
B.1. Administrateur	37
B.2. Président du Conseil d'administration	38
B.3. Membres du Conseil de surveillance	38
C. Directeur général, membre du directoire ou Directeur général unique	39
C.1. Directeur général	39
C.2. Membre du directoire et Directeur général unique	40
D. Directeur général délégué	40
E. Sanction de l'inobservation des règles limitant le nombre de mandats	40
Tableau récapitulatif : Cumul des mandats sociaux au sein des sociétés anonymes	41
<b>II.1.2. Cas particuliers de cumul de mandats sociaux</b>	<b>41</b>
A. Au sein d'une ESH	41
A.1. Président / Directeur général	41
A.2. Président Directeur général / Directeur général délégué	41
A.3. Directeur général / administrateur	42
B. Au sein d'un groupement d'intérêt économique	42
B.1. Administrateur d'un GIE / Directeur général d'une entreprise sociale de l'habitat (membre ou pas du GIE)	42
B.2. Administrateur d'un GIE / Directeur général délégué d'une entreprise sociale de l'habitat (membre ou pas du GIE)	42
C. Autres structures	43
C.1. L'association : DG d'ESH membre d'une association loi 1901 / Président de l'association loi 1901 / Directeur salarié d'une société chargée de la stratégie de l'ESH	43
C.2. La société coopérative : Président d'ESH à directoire / Directeur général d'une coopérative HLM	43
C.3. Cumul de divers mandats sociaux : ESH, association, coopérative HLM	44

## II.2 RÉGIME DES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES ET DES CONVENTIONS INTERDITES

II.2.1. Les conventions interdites	46
II.2.2. Les conventions réglementées	46
II.2.3. Les conventions courantes	47

## II.3 CONDITIONS DE CUMUL D'UN CONTRAT DE TRAVAIL ET D'UN MANDAT SOCIAL

<b>II.3.1. Les principes du cumul mandat social/contrat de travail</b>	<b>50</b>
A. Dans les sociétés anonymes de type moniste	50
B. Dans les sociétés anonymes de type dualiste	51
C. Dans les sociétés coopératives	52
<b>II.3.2. Les critères jurisprudentiels d'appréciation du cumul</b>	<b>52</b>
A. La notion d'emploi effectif	53
A.1. La spécificité des attributions	53
A.2. L'étendue des pouvoirs du dirigeant social	54
A.3. La dimension de la société	54
B. La rémunération distincte	55
C. Le lien de subordination	55
<b>II.3.3. Les solutions envisageables</b>	<b>56</b>
A. La répartition des pouvoirs : une solution difficile à mettre en œuvre en pratique dans les SA d'HLM	56
B. La suspension du contrat de travail	58
<b>II.3.4. Le cumul de fonctions au sein de sociétés distinctes</b>	<b>59</b>
A. Le cumul de fonction au sein d'un groupe de sociétés	59
B. Le cumul de fonctions dans le cadre d'un groupement d'intérêt économique (GIE)	63
C. Le cumul de fonctions dans le cadre d'une association	64

Dans ce cadre seront étudiés les différents cas de cumul :

- > Le cumul de mandats sociaux (II . 1)
- > Le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail (II . 2)
- > Le cumul des fonctions suite à une délégation de pouvoirs (II . 3)

---

# II . 1

## CUMUL

### DES MANDATS SOCIAUX

---

#### II . 1 . 1. Cumul des mandats sociaux au sein des sociétés anonymes

La loi n'interdit pas le cumul des mandats sociaux dans les sociétés anonymes, mais elle le régleme, tant pour les sociétés à Conseil d'administration, que pour les sociétés à directoire, dans le but de permettre à leurs dirigeants d'avoir plus de temps à consacrer à leurs fonctions.

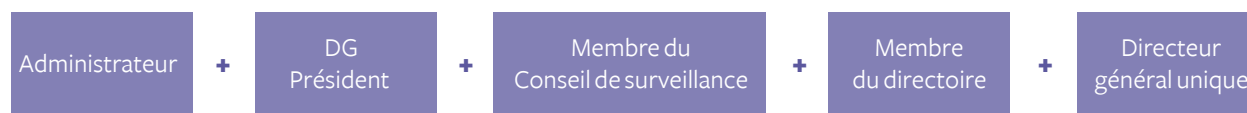
##### A. Tous mandats confondus

###### A . 1. Principe général

Le cumul de cinq mandats sociaux est possible, l'exercice des fonctions de Directeur général par un administrateur ne comptant que pour un seul mandat.

**Une personne physique ne peut pas exercer plus de cinq mandats de Directeur général, de membre du directoire, de Directeur général unique, d'administrateur ou de membre du Conseil de surveillance de SA ayant leur siège social sur le territoire français** (c.com. art. L225-94-1 al.1).

*Ainsi, un Directeur général, titulaire dans la société d'un mandat d'administrateur, peut détenir, par ailleurs, quatre autres mandats d'administrateur ou de membre du Conseil de surveillance.*

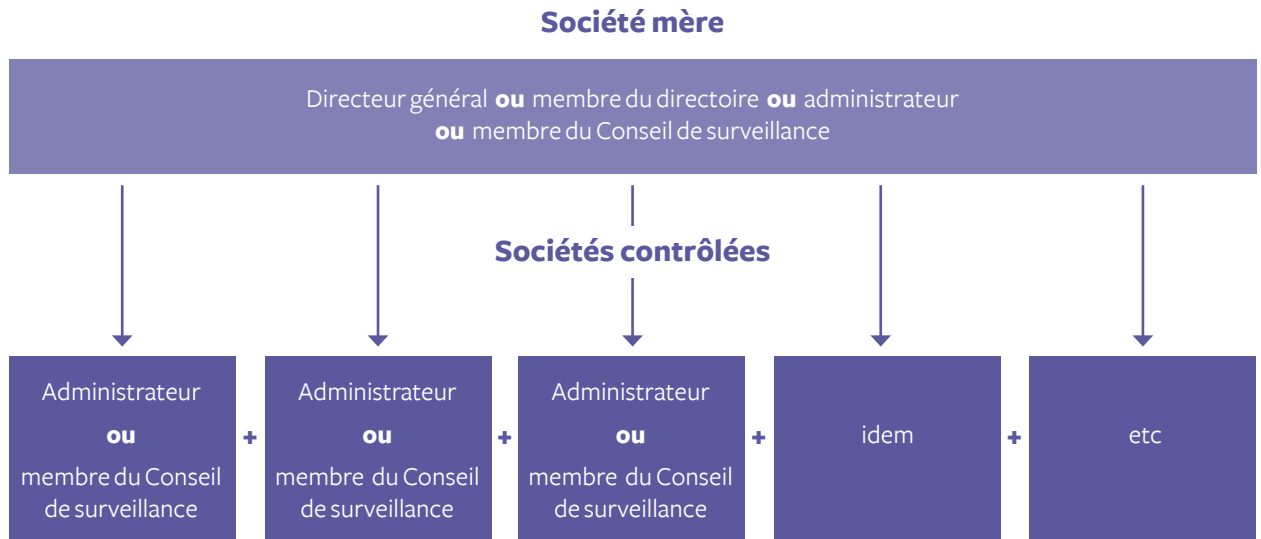


## A.2. Dérogations au principe général

Le principe admet deux dérogations :

- **pas de prise en compte des mandats d'administrateur ou de membre du Conseil de surveillance détenus dans des sociétés contrôlées** (cotées ou non).

*Ainsi, la société mère d'un groupe peut être administrateur d'un nombre illimité de filiales constituées sous forme de société anonyme.*



- **en cas de détention de cinq mandats d'administrateur ou de membre du Conseil de surveillance au plus dans des sociétés sœurs non cotées, ces mandats ne comptent que pour un.**

*Ainsi, dans ce cadre, un administrateur pourrait occuper vingt-cinq mandats sociaux au plus dans des sociétés sœurs non cotées (cinq mandats par société sœurs).*

$$\text{Administrateur} + \text{Administrateur} + \text{Administrateur} + \text{Administrateur} + \text{Administrateur} = 1$$

La limitation ne concerne que les personnes physiques (même représentant les personnes morales) mais pas les personnes morales en tant que telles. Elles peuvent donc être titulaires d'un nombre illimité de sièges d'administrateurs ou de membres du Conseil de surveillance.

## B. Administrateur ou membre du Conseil de surveillance

### B.1. Administrateur

#### B.1.1. Principe relatif aux administrateurs

**Une personne physique ne peut exercer simultanément plus de cinq mandats d'administrateur de sociétés anonymes ayant leur siège social sur le territoire français** (c. com. art. 225-21, al. 1er).

Cette limitation concerne également le cumul de mandats d'administrateur et de membre du Conseil de surveillance.

*Il en résulte :*

- *qu'une personne titulaire de trois mandats de membre de Conseil de surveillance ne peut détenir que deux mandats d'administrateur ;*

- que les personnes morales peuvent être titulaires d'un nombre illimité de sièges d'administrateurs ou de membre du Conseil de surveillance. C'est le cas d'une société mère d'un groupe qui peut occuper autant de mandats d'administrateur qu'elle a de filiales constituées en SA.

### B.1.2. Dérogations

La limitation de cumul comporte deux dérogations :

- **pour la société mère** : afin de faciliter le contrôle de ses filiales par les dirigeants, il est permis à **un administrateur ou à un membre du Conseil de surveillance de la société-mère**, d'exercer un nombre illimité de mandats d'administrateurs ou de membre du Conseil de surveillance dans les sociétés contrôlées par celle-ci (c.com. art. L 225-21 al. 2, L 225-77 al.2 et L 225-94 al. 1)
- **pour les sociétés sœurs** : les fonctions d'administrateurs ou de membre du Conseil de surveillance exercées dans des sociétés sœurs (sociétés contrôlées par une même société) ne comptent que pour un seul mandat, sous réserve que le nombre de mandats détenus à ce titre n'excède pas cinq (c.com. art. L.225-21 al. 3 et L.225-61 al.3). Ainsi, au sein d'un même groupe, on ne peut pas détenir plus de 5 mandats d'administrateur de sociétés sœurs.

### B.1.3. Les règles de cumul de mandats sociaux applicables à toutes les sociétés à l'exclusion des sociétés anonymes (et donc des SA HLM)

Il n'est pas interdit à une personne physique administrateur déjà titulaire de cinq mandats d'exercer les fonctions de gérant d'une SNC, d'une SARL ou d'une société en commandite, ou d'être nommée Directeur général délégué d'une ou de plusieurs autres SA.

La loi ne s'oppose pas à ce qu'il cumule ces mandats avec ceux de membre du Conseil de surveillance d'une ou plusieurs sociétés en commandite par actions et Président ou autre dirigeant d'une ou plusieurs SAS.

## B.2. Président du Conseil d'administration

Il est également assujéti aux **limites de cumul de mandats applicables aux administrateurs**.

**Il ne peut exercer simultanément plus de cinq mandats de Président de SA** ayant leur siège sur le territoire français **et bénéficie des mêmes dérogations applicables aux administrateurs**.

## B.3. Membres du Conseil de surveillance

### B.3.1 Principe relatif aux membres du Conseil de surveillance

Ils ne peuvent cumuler simultanément plus de cinq mandats de membre de Conseil de surveillance dans les SA ayant leur siège social sur le territoire français (c. com.art. L. 225-77, al. 1er).

En conséquence, en cas d'un nouveau mandat excédentaire, la personne est tenue, dans les trois mois de sa nomination, de se démettre de ses mandats, sinon elle sera réputée de s'en être démise et devrait restituer les rémunérations perçues.

*Ainsi, une personne titulaire de trois mandats de membre de Conseil de surveillance ne peut détenir que deux mandats d'administrateur.*

### B.3.2 Dérogations

Les membres du Conseil de surveillance bénéficient des mêmes dérogations que les administrateurs :

- **à l'intérieur d'un groupe de sociétés** : **un membre du Conseil de surveillance de la société mère** peut exercer un nombre illimité de mandats de membre du Conseil de surveillance dans des sociétés contrôlées par celle-ci ;
- **entre sociétés sœurs** : les fonctions de membre du Conseil de surveillance exercées dans des sociétés sœurs

et non cotées ne comptent que pour un seul mandat, sans que cependant, le nombre de mandats détenus ne puisse dépasser cinq mandats.

*Ainsi, une personne qui est administrateur ou membre du Conseil de surveillance de cinq sociétés sœurs non cotées peut exercer un nombre illimité de mandats dans les sociétés contrôlées par l'une de ces sociétés sœurs.*

## C. Directeur général, membre du directoire ou Directeur général unique

### C.1. Directeur général

#### C.1.1. Principe relatif au Directeur général

La loi limite à **un seul mandat la fonction de Directeur général de société anonyme** ayant son siège social sur le territoire français (c.com. art. L.225-54-1 et L.225-67, al. 1).

#### C.1.2. Dérogations sur le cumul de mandats de direction

Un Directeur général ou, dans les SA à directoire, un membre du directoire (ou le Directeur général unique) peut exercer **un second mandat de direction (Directeur général, membre du directoire ou Directeur général unique) dans une société contrôlée** (c.com. art. L.225-54-1).



Par ailleurs, le Directeur général peut occuper **un autre mandat de direction dans une autre société, dès lors que cette dernière n'est pas cotée.**



Ils pourront donc exercer **au maximum trois mandats de membre du directoire, de Directeur général ou de Directeur général unique.**

*À titre d'exemple, un Directeur général d'une société anonyme pourrait occuper un mandat de Directeur général de filiale et un autre mandat dans une société non cotée.*

#### C.1.3. Dérogations sur le cumul des mandats de direction et d'administrateur

Pour le calcul du plafond global, ne sont pas pris en compte les mandats d'administrateur ou de membre du Conseil de surveillance qu'une personne exerce dans les sociétés contrôlées par celle dont elle est déjà **Directeur général, membre du directoire, Directeur général unique, administrateur ou membre du Conseil de surveillance** (c.com. art. L.225-94-1 al.2).

*Ainsi, en application de cette règle, un Directeur général peut posséder un nombre illimité de mandats d'administrateur ou de membre du Conseil de surveillance dans les sociétés contrôlées par celle dans laquelle il exerce son mandat.*

En outre, **les mandats d'administrateur ou de membre du Conseil de surveillance exercés dans cinq sociétés sœurs non cotées au plus ne comptent que pour un seul mandat.**



*Ainsi, par exemple, une personne exerçant un mandat de Directeur général et deux mandats d'administrateur dans une autre société ne peut occuper que deux sièges de membres du Conseil de surveillance.*

*En revanche, si l'administrateur est Directeur général au sein d'une même société, il pourra cumuler par ailleurs quatre autres mandats sociaux.*

## C.2. Membre du directoire et Directeur général unique

### C.2.1. Principe

Les membres du directoire, composé de personnes physiques, actionnaires ou non, **ne peuvent pas exercer plus d'un mandat de Directeur général, de membre du directoire ou de Directeur général unique de SA** dont le siège est situé sur le territoire français (c.com. art. L.225-54-1 et L.225-67, al. 1).

### C.2.2. Dérogations sur le cumul des mandats de direction

Cependant, un membre du directoire ou le Directeur général unique peut cumuler :

- **un second mandat de direction**, soit de Directeur général, soit membre du directoire ou Directeur général unique, **dans une société contrôlée** par celle dont il exerce déjà ses fonctions ;
- **un second mandat de la même catégorie peut être exercé par la même personne dans les sociétés qui ne sont pas cotées** ;
- **pour le calcul de ce plafond, le deuxième et, en cas de dérogations, troisième mandat doivent être décomptés pour un mandat.**

### C.2.3. Dérogations sur le cumul des mandats de direction et de membres du Conseil de surveillance

**Pour le calcul du plafond global, ne sont pas pris en compte les mandats d'administrateur ou de membre du Conseil de surveillance qu'une personne exerce dans les sociétés contrôlées par celle dont elle est déjà Directeur général, membre du directoire, Directeur général unique, administrateur ou membre du Conseil de surveillance** (c.com. art. L. 225-94-1 al.2).

En outre, **les mandats d'administrateur ou de membre du Conseil de surveillance exercés dans cinq sociétés sœurs non cotées au plus ne comptent que pour un seul mandat.**

## D. Directeur général délégué

En l'absence de dispositions légales contraires, une même personne peut, contrairement au Directeur général, cumuler plusieurs mandats de Directeur général délégué, sans limitation.

## E. Sanction de l'inobservation des règles limitant le nombre de mandats

L'inobservation des limitations portant sur le cumul des fonctions n'est pas sanctionnée par la nullité de la nomination en surnombre.

L'intéressé dispose d'un délai de trois mois pour régulariser sa situation en démissionnant d'un de ses mandats.

À défaut de régularisation dans ce délai, l'intéressé est réputé soit, démissionnaire du nouveau mandat soit, si le mandat excédentaire ne répond plus à une des conditions de la dérogation, démissionnaire de ce mandat.

Enfin, l'intéressé doit restituer les rémunérations perçues (semble-t-il après l'expiration du délai).

TABLEAU RÉCAPITULATIF :  
**CUMUL DES MANDATS SOCIAUX AU SEIN DES SOCIÉTÉS ANONYMES**

CATÉGORIE DE MANDAT	PRINCIPE	DÉROGATIONS (CUMULABLES)
<b>Administrateur ou membre du Conseil de surveillance</b>	Cinq mandats	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Nombre illimité de mandats dans des sociétés contrôlées.</li> <li>2. En cas de détention de cinq mandats au plus dans des sociétés sœurs non cotées, ces mandats ne comptent que pour un.</li> </ol>
<b>Directeur général, membre du directoire ou Directeur général unique</b>	Un mandat	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Un mandat supplémentaire dans une seconde société contrôlée.</li> <li>2. Un mandat supplémentaire dans une autre société dès lors qu'aucune des deux sociétés n'est cotée.</li> </ol>
<b>Tous mandats confondus</b>	Cinq mandats, l'exercice des fonctions de Directeur général par un administrateur ne comptant que pour un seul mandat	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Pas de prise en compte des mandats d'administrateur ou de membre du Conseil de surveillance détenus dans des sociétés contrôlées.</li> <li>2. En cas de détention de cinq mandats d'administrateur ou de membre du Conseil de surveillance au plus dans des sociétés sœurs non cotées, ces mandats ne comptent que pour un.</li> </ol>

## II.1.2. Cas particuliers de cumul de mandats sociaux

### A. Au sein d'une ESH

#### A.1. Président / Directeur général

Le Président du Conseil d'administration peut cumuler son mandat avec celui de Directeur général. Dans ce cas, il ne pourra cependant pas percevoir de rémunération, conformément au principe de gratuité des fonctions d'administrateur de société d'HLM.

#### A.2. Président Directeur général / Directeur général délégué

##### Au sein d'une société

Le cumul est difficilement envisageable car, d'une part, le Directeur général délégué a pour mission d'assister le Directeur général. Le Directeur général n'a donc aucun intérêt à cumuler les deux mandats.

Par ailleurs, si le Président cumulait son mandat avec celui de Directeur général délégué, il se retrouverait subordonné

aux ordres du Directeur général, ce qui est contraire à l'esprit de la répartition des pouvoirs au sein d'une société anonyme.

Cette hypothèse est légalement possible mais n'est pas applicable en fait.

### Au sein d'un groupe

En revanche, a priori, rien ne s'oppose à un cumul illimité des mandats de Directeur général délégué dans des sociétés différentes.

#### A.3. Directeur général / administrateur

Le Directeur général peut cumuler son mandat avec celui d'administrateur, dans la limite de cinq mandats.

À ce titre, pour le calcul du plafond :

- l'exercice du mandat d'administrateur et de celui de Directeur général au sein d'une même société, ne compte que pour un seul mandat ;
- ne sont pas pris en compte les mandats d'administrateur qu'une personne exerce dans les sociétés contrôlées par celle dont elle est déjà **Directeur général**.

Ainsi, un Directeur général peut posséder un nombre illimité de mandats d'administrateur dans les sociétés contrôlées par celle dans laquelle il exerce son mandat.

**Exemple :** Ainsi, un Directeur général et administrateur de la même société, pourrait occuper quatre autres mandats sociaux (membre du directoire, du Conseil de surveillance etc.) dans les sociétés contrôlées ou dans d'autres structures. Par ailleurs, il pourra exercer un nombre illimité de mandats d'administrateur dans les sociétés contrôlées.

## B. Au sein d'un groupement d'intérêt économique

### B.1. Administrateur d'un GIE / Directeur général d'une entreprise sociale de l'habitat (membre ou pas du GIE)

Le cumul des deux mandats est possible puisque les organes de gestion du GIE et les modalités de nomination sont déterminés par les statuts.

Par ailleurs, si la règle impose que le Directeur général n'exerce qu'un seul mandat à ce titre, il peut exercer un deuxième mandat de Directeur général dans une société non cotée dans la mesure où la règle de cumul des mandats sociaux n'est pas applicable aux GIE.

Par ailleurs, il s'agira d'attirer votre attention sur tous les points ci-dessus énoncés et surtout sur le fait que **les administrateurs devront exercer leur fonction au sein du GIE à titre gratuit**, étant toutefois précisé qu'il est autorisé d'allouer trois sortes d'indemnisation : indemnité compensatrice de perte de salaire, indemnité de déplacement et remboursement des frais de transport.

En effet, il s'agira d'être d'autant plus prudent que le Directeur général exerce la fonction d'administrateur au sein de l'ESH.

**Il s'agira également de prévenir (notamment lors de la création du GIE ou lors de la passation de contrats entre le GIE et les ESH) tout conflit d'intérêt entre, d'une part, les administrateurs du GIE et, d'autre part, les dirigeants et / ou administrateurs des deux ESH.**

### B.2. Administrateur d'un GIE / Directeur général délégué d'une entreprise sociale de l'habitat (membre ou pas du GIE)

Tout comme pour le Directeur général, le Directeur général délégué d'une ESH peut être également administrateur d'un GIE.

Le cas du cumul de mandats de Directeur général délégué n'a pas été envisagé par le législateur. Il peut donc cumuler ces mandats sans limitation.

Par ailleurs, comme il a été précédemment rappelé, il s'agira d'attirer votre attention sur le fait que **les administrateurs devront exercer leur fonction au sein du GIE à titre gratuit.**

En effet, il s'agira d'être d'autant plus prudent que le Directeur général délégué exerce la fonction d'administrateur au sein de l'ESH.

Il convient également de prévenir tout conflit d'intérêt entre, d'une part, les administrateurs du GIE et, d'autre part, les dirigeants et / ou administrateurs des deux ESH.

---

## C. Autres structures

### C.1. L'association : DG d'ESH membre d'une association loi 1901 / Président de l'association loi 1901 / Directeur salarié d'une société chargée de la stratégie de l'ESH

Les membres de l'association sont les parties au contrat d'association. Ils ont adhéré à l'association, sont personnellement titulaires du droit de participer aux assemblées générales et sont éligibles au Conseil d'administration, et ont souscrit une adhésion présentant réellement un caractère de permanence (Instruction 4 H-5-98 du 15 septembre 1998).

Les membres du Conseil d'administration, administrateurs, sont soit désignés par les statuts, soit nommés par l'assemblée générale. Peuvent être désignés administrateurs des personnes physiques ou des personnes morales membres de l'association ou tiers à celle-ci.

Le Président est un des administrateurs élu Président par le Conseil d'administration. Il peut être celui qui représente l'association, mais cela n'est pas une obligation. Les statuts doivent donc préciser quelle est la personne qui a le pouvoir de représenter l'association.

Il peut exister des incompatibilités. Ainsi, une association de taekwondo, représentée par son Président, et membre de la Fédération française de taekwondo, a assigné cette dernière en invalidation de la désignation de son Président à compter de sa nomination en qualité de gérant d'une SARL Boutique du taekwondo. La cour d'appel, par adoption des motifs des premiers juges, n'a pas anéanti la désignation du Président de la fédération, mais a seulement, par stricte application des statuts de la fédération, constaté l'incompatibilité de cette fonction avec la nomination ultérieure en qualité de gérant, et son effet au jour où celle-ci est intervenue (Cass. 1re civ., 7 nov. 2006).

**Il n'y a donc pas d'incompatibilité de principe pour le Directeur général d'une ESH d'être Président d'une association loi 1901, dans la mesure où il n'y a pas de conflit d'intérêts.**

**S'agissant de la possibilité pour le Directeur général d'ESH d'être également Directeur technique salarié d'une société prestataire de l'ESH dont il est Directeur.**

**Il conviendra toutefois d'attirer une attention toute particulière aux risques encourus en cas de cumul, au vu de la prise illégale d'intérêts et du délit de favoritisme (cf partie IV-3, B.4).**

---

### C.2. La société coopérative : Président d'ESH à directoire / Directeur général d'une coopérative HLM

Les membres du directoire, composé de personnes physiques, actionnaires ou non, ne peuvent pas exercer plus d'un mandat de Directeur général, de membre du directoire ou de Directeur général unique de SA dont le siège est situé sur le territoire français (c.com. art. L225-54-1 et L.225-67, al. 1).

Cependant, un membre du directoire ou le Directeur général unique peut cumuler un second mandat de la même catégorie dans les sociétés qui ne sont pas cotées.

Ainsi, rien n'interdit pour le Président d'une ESH à directoire d'être également Directeur d'une société coopérative, qui est une société anonyme.

### C.3. Cumul de divers mandats sociaux : ESH, association, coopérative HLM

**Président d'Association loi 1901/ DG et administrateur d'ESH à CA / PDG de coopérative HLM à Conseil d'administration (filiale ou pas de l'ESH)**

Le cumul de mandats par le Directeur général est limité par un plafond (c.com. art. L225-94-1 al.1) :

- Il ne peut pas exercer plus de cinq mandats de Directeur général, de membre du directoire, de Directeur général unique, d'administrateur ou de membre du Conseil de surveillance de SA ayant leur siège social sur le territoire français.
- L'exercice par un administrateur, Président ou non, des fonctions de Directeur général dans la même société ne compte que pour un seul et même mandat.

- **Ainsi, les mandats de Directeur général et d'administrateur au sein de l'ESH comptent pour un seul et même mandat, cette situation interdisant cependant toute perception de rémunération.**

**De plus, si le Directeur général administrateur n'est pas salarié, il n'a pas à respecter les conditions afférentes au cumul d'un mandat social avec un contrat de travail.**

- **Il a été par ailleurs démontré que le Directeur général d'ESH peut être Président d'une association, sous réserve de ne pas s'exposer à un conflit d'intérêts.**
- **Par ailleurs, le Directeur général de l'ESH peut cumuler son mandat avec un deuxième mandat de Directeur général dans une autre société anonyme, telle que la SA d'HLM. Le deuxième mandat de Directeur général peut s'exercer dans une société contrôlée ou pas.**
- **Enfin, puisqu'il n'y a pas de contre-indication au cumul de ces mandats, pris séparément, ils peuvent les cumuler tous ensemble, selon la règle de la limitation à cinq mandats.**

Ainsi, rien ne paraît aller à l'encontre du cumul d'un mandat de Président d'association loi 1901, de Directeur général et administrateur d'une ESH et Président Directeur général d'une coopérative HLM à Conseil d'administration (filiale ou pas de l'ESH).

---

## II.2

# RÉGIME DES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES ET DES CONVENTIONS INTERDITES

---

Les conventions entre la société et certains de ses mandataires sociaux ou actionnaires sont soumises à un contrôle dont le régime est fixé aux articles L.225-38 à L.225-43 pour les SA à Conseil d'administration et par les articles L.225-86 à L.225-91 par les SA à directoire et Conseil de surveillance.

L'article L.423-11 du Code de l'habitation instaure également un régime particulier s'agissant des SA HLM et des organisme d'habitations à loyer modéré.

En effet, les sociétés d'habitations à loyer modéré soumettent à l'autorisation préalable de leur Conseil d'administration ou de leur Conseil de surveillance les conventions visées aux articles L.225-38 à L.225-42 ou aux articles L. 225-86 à L. 225-90 du code de commerce, dans les conditions prévues par ces articles.

Ainsi, toute convention intervenant directement ou par personne interposée entre un organisme d'habitations à loyer modéré et son Directeur général, l'un de ses Directeurs ou l'un de ses administrateurs doit être soumise à l'autorisation préalable du Conseil d'administration.

Les conventions auxquelles une des personnes visées est indirectement intéressée sont également soumises à autorisation préalable.

Enfin, et contrairement au Code de commerce qui n'impose aucune contrainte particulière, le CCH prévoit une obligation d'information s'agissant des conventions courantes conclues à des conditions normales.

## II.2.1. Les conventions interdites

Il est ainsi interdit de :

- contracter sous quelque forme que ce soit des emprunts auprès de la société ;
- se faire consentir par elle un découvert, en compte-courant ou autrement ;
- de faire cautionner ou avaliser par elle ses engagements envers des tiers.

**S'agissant des sociétés anonymes à Conseil d'administration**, l'interdiction de conclure les conventions susvisées s'applique :

- aux administrateurs, autres que les personnes morales ;
- au Directeur général ;
- aux Directeurs généraux délégués ;
- aux représentants permanents des personnes morales administrateurs ;
- aux conjoints, ascendants et descendants de ces personnes ;
- et d'une manière générale, à toute personne interposée.

Il y a aussi interposition lorsque l'une des personnes citées ci-dessus est le réel bénéficiaire du prêt ou de la garantie accordée par la société à un tiers.

L'interdiction ne s'applique que si les mandataires sociaux sont en fonction au jour de la conclusion du contrat ou de la garantie.

**S'agissant des sociétés anonymes à Conseil de surveillance**, l'article L.225-91 du Code de Commerce interdit :

- aux membres du directoire ;
- aux membres du Conseil de surveillance autres que les personnes morales ;
- aux représentants permanents des personnes morales membre du Conseil de surveillance ;
- aux conjoints, ascendants et descendants de ces personnes ;
- à toute personne interposée.

Cette interdiction n'est applicable qu'aux administrateurs ou dirigeants qui occupent leurs fonctions à la date de la conclusion du contrat interdit.

L'interdiction s'applique également aux personnes interposées.

## II.2.2. Les conventions réglementées

### 1. La loi vise toutes les conventions sans aucune distinction, à l'exception de celles qui sont interdites ou au contraire libres.

Le champ d'application est très vaste : vente, bail, concession de licence.

S'y ajoutent les rémunérations exceptionnelles allouées par des missions ou des mandats confiés à des administrateurs ou à des membres du Conseil de surveillance.

Les conventions qui, en raison de leur objet ou de leurs implications financières, ne sont significatives pour aucune des parties ne sont pas soumises à autorisation préalable (article L. L423-11-1 du Code de la construction et de l'habitation).

Par ailleurs, la loi n°2014-863 du 31 juillet 2014 prévoit désormais que les conventions conclues entre une société-mère et sa filiale détenue à 100%, toutes deux sociétés anonymes, sont exclues du champ d'application des conventions réglementées.

**Constituent ainsi des opérations soumises à autorisation préalable :**

- la conclusion ou le renouvellement d'un bail commercial ;
- les conventions d'ouverture de compte-courant ;
- la modification du contrat d'un administrateur.

## 2. La procédure

**L'intéressé doit informer le Conseil d'administration dès qu'il a connaissance d'une convention dite réglementée.**

**Le Conseil d'administration ou de surveillance doit statuer sur l'autorisation qui est nécessairement antérieure à la conclusion.**

L'intéressé ne peut participer au vote. Si tel devait être le cas, la délibération serait nulle.

Cette interdiction peut poser d'importantes difficultés liées aux règles de majorité et de quorum.

Si le Conseil ne peut délibérer, il appartient à l'assemblée de voter pour couvrir la nullité : le Président du Conseil doit informer le commissaire aux comptes des conventions qui ont été autorisées dans le délai d'un mois à compter de leur conclusion.

Le commissaire aux comptes établit ensuite un rapport spécial destiné à l'assemblée qui doit se prononcer sur les comptes de l'exercice au cours duquel les conventions ont été conclues.

**L'assemblée des actionnaires est appelée ensuite à statuer sur les conventions.**

Les articles L.225-41 et L.225-89 du Code de Commerce disposent que les conventions, qu'elles soient approuvées ou non par l'assemblée, produisent leurs effets à l'égard des tiers. Elles sont toutefois susceptibles d'annulation en cas de fraude.

**En matière de sociétés d'habitation à loyer modéré**, le Code de la construction et de l'habitation confirme cette obligation de soumettre « à l'autorisation préalable de leur Conseil d'administration ou de leur Conseil de surveillance les conventions visées aux articles L. 225-38 à L. 225-42 ou aux articles L. 225-86 à L. 225-90 du code de commerce, dans les conditions prévues par ces articles » (CCH, art. L. 423-10).

En outre, il est fait obligation aux Conseils d'administration et aux Conseils de surveillance de motiver les décisions autorisant la conclusion de conventions notamment en justifiant de l'intérêt de la convention pour la société et en précisant les modalités et conditions financières (articles L.225-38 et L.225-56 du Code de commerce).

Enfin, les Conseils d'administration et les Conseils de surveillance doivent procéder au réexamen annuel des conventions antérieurement autorisées et s'étant poursuivies au cours du dernier exercice, et d'inclure dans le rapport de gestion les informations relatives aux conventions conclues entre une filiale et un dirigeant.

### II.2.3. Les conventions courantes

Les conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales ne sont pas soumises au dispositif prévu par les articles L. 225-38 (SA à Conseil d'administration), L. 225-86 (SA à Conseil de surveillance), L. 226-10 (SCA), L. 227-10 (SAS), L. 223-19 (SARL) du code de commerce.

Il convient en conséquence de préciser ce qu'il faut entendre par « opérations courantes » et par « conditions normales », étant précisé que l'appréciation judiciaire des notions d'opération courante et des conditions normales demeure évidemment très liée aux circonstances de chaque espèce.

Les conventions courantes sont également appelées conventions libres, car elles ne sont soumises à aucune procédure particulière.

On appelle convention courante toutes les conventions passées avec la société portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales.

Il s'agit ainsi des conventions que la société passe habituellement dans le cadre de son activité.

C'est ainsi que peuvent être prises en considération :

- l'activité ordinaire de la société (ex. vente des produits fabriqués par la société) ;



- des pratiques usuelles pour des sociétés placées dans une situation similaire (location d'immeuble, obtention de financements).

La répétition est une présomption du caractère courant. C'est en ce sens que la Cour de cassation s'est prononcée par un arrêt du 11 mars 2003, en considérant que du caractère unique d'une convention découle son caractère exceptionnel, exclusif de la qualification d'opération courante (Cass. com. 11 mars 2003, Bull. Joly 2003, p. 684, note D. Vidal).

Mais le critère d'habitude n'est pas à lui seul déterminant, il convient de prendre également en considération les circonstances qui ont entouré la conclusion de la convention, de même que sa nature et son importance juridique ou ses conséquences économiques, voire sa durée (même si celle-ci est conforme à celle pratiquée pour des conventions identiques).

Il ressort de la jurisprudence que la qualification d'opération courante ne devrait pas être retenue pour la convention de crédit-bail, la cession d'immeuble ou celle d'un matériel important, ou encore le transfert d'actif, même si l'objet des sociétés en présence prévoit ce type d'opérations, y compris dans un groupe de sociétés, dès lors que l'opération concernée apparaît isolée ou « lourde ».

Ainsi, a-t-il été jugé que le renouvellement d'un bail commercial qui engage la société pour neuf ans, même avec faculté de résiliation triennale, ne peut être considéré comme une opération courante (Nancy, 10 février 1988, Dr sociétés n° 178, p. 9).

En revanche, constituent des opérations courantes (sauf conditions particulières) :

- achat ou vente habituel entrant dans l'objet social ;
- prestation de services accompagnant habituellement le processus de production ou de distribution ;
- renouvellement courant de matériel.

Ont été également considérées comme opérations courantes :

- la conclusion d'un contrat de pigiste passé par une personne avec une société d'édition (Paris 25e ch., 1er février 1979 : Juris-Data, n° 0080) dont cette personne est administrateur ;
- la vente par le Président Directeur général à la société de bungalows lui appartenant, dès l'instant où il s'agit d'une opération semblable à celle effectuée par la société d'une manière habituelle dans le cadre de son activité (Paris 3e ch., 27 janvier 1982 : Juris-Data n° 024111) ;
- la cession de brevets (Paris, 1e ch. 4 juin 2003, BRDA 2003, n° 22 p. 3), par une personne, à une société dont cette personne est administrateur.

L'application du dispositif de contrôle des conventions réglementées concerne très fréquemment des hypothèses de conventions conclues entre sociétés appartenant à un même groupe (conventions de trésorerie par exemple).

Le caractère courant de la convention doit s'apprécier au regard de l'objet et de la pratique de la société concluant ladite convention, et non au regard du caractère courant de la conclusion de conventions du même type.

Pour apprécier le caractère normal de ces conditions, le commissaire aux comptes s'attache à l'analyse du marché, mais également aux conséquences internes de l'opération (réalisation ou non d'une marge), ainsi qu'aux contreparties éventuelles liées à l'intérêt de la société.

---

## II.3

# CONDITIONS DE CUMUL D'UN CONTRAT DE TRAVAIL ET D'UN MANDAT SOCIAL

---

Les mandataires sociaux, qui ne sont pas titulaires d'un contrat de travail, ne bénéficient pas du statut protecteur lié au salariat.

La notion de mandataire social est caractérisée par la précarité.

En effet, le dirigeant social est toujours révocable qu'il faille pour le révoquer, alléguer un juste motif (Directeur général, Directeur général délégué et membre du directoire de société anonyme), ou qu'on puisse le destituer ad nutum, c'est-à-dire sans avoir besoin d'invoquer un quelconque motif (administrateurs, Président du Conseil d'administration ou du directoire de société anonyme).

La fonction de Directeur salarié est celle d'un technicien lié à la société par un contrat de travail, en raison de ses compétences particulières. Ce peut être, par exemple, un juriste, un économiste, un professeur de marchés ou un ingénieur.

Dans la mesure où le Directeur technique est nommé par le Directeur général et non par le Conseil d'administration, son titre n'est donc pas celui d'un mandataire social, mais d'un simple salarié.

Le statut de salarié ressort du code du travail : dès lors, la fin de la relation contractuelle du fait de l'employeur constitue une mesure de licenciement qui ne peut être mise en œuvre que dans le cadre d'une procédure garantissant les droits du salarié évincé (préavis, cause réelle et sérieuse, indemnité de licenciement...).

Cette différence tend à pousser le dirigeant à contracter une relation de travail avec sa société afin de bénéficier des avantages inhérents au statut de salarié.

Cependant, la notion de salariat implique un lien de subordination entre l'employé et l'entreprise qui n'existe pas en principe à propos du dirigeant.

Or, a priori, dirigeant et salarié sont deux concepts naturellement marqués par leur antinomie.

En effet, il paraît difficile qu'au sein d'une société, une seule personne occupe simultanément une situation directoriale et une situation contractuelle subordonnée : le salarié en effet est placé dans une situation de subordination juridique.

Les textes ne paraissent cependant pas s'opposer foncièrement au cumul de fonction au sein d'une même société.

Ainsi, dans une société anonyme :

- L'article L 225-22 du Code de Commerce rappelle qu'« un salarié de la société ne peut être nommé administrateur que si son contrat de travail correspond à un emploi effectif ».
- L'article L 225-61 du Code de Commerce précise que « Au cas où l'intéressé aurait conclu avec la société un contrat de travail, la révocation de ses fonctions de membre du directoire n'a pas pour effet de résilier ce contrat ».

Il ressort de ces dispositions que le cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social au sein d'une même société n'est pas en soi interdit sous réserve dans certains cas du respect de l'antériorité du contrat de travail mais est soumis à certaines conditions.

Il sera rappelé à titre liminaire les principes afférents au cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail (I-2-1) avant d'analyser les critères jurisprudentiels retenus pour autoriser le cumul (I-2-2) avant d'étudier les solutions qui peuvent être envisagées (I-2-3).

## II.3.1. Les principes du cumul mandat social / contrat de travail

Il sera évoqué successivement chaque type de mandat social.

### A. Dans les sociétés anonymes de type moniste

#### A.1. Sur le Conseil d'administration et ses membres : administrateurs et Président du Conseil d'administration

Il convient à titre liminaire de rappeler que le nombre d'administrateurs liés à la société par un contrat de travail ne doit pas en application de l'article L 225-22 du Code de Commerce dépasser le tiers des salariés en fonctions. Cette disposition ne s'applique cependant pas dans les coopératives HLM.

##### A.1.1. Impossibilité pour un administrateur ou le Président du Conseil d'administration de conclure un contrat de travail avec la société dans laquelle il exerce son mandat social.

Le contrat de travail conclu par un administrateur ou le Président du Conseil d'administration en fonction avec sa société est frappé de nullité absolue (Cass. Soc. 25 juin 1996 n° 94-19.992) ce qui a pour conséquences :

- d'entraîner la restitution des rémunérations perçues (Cass. Soc. 2 février 2006 n° 04-46.058),
- la chambre sociale de la Cour de Cassation (contrairement à la chambre commerciale) estime alors que l'administrateur dont le contrat a été frappé de nullité peut néanmoins prétendre à une indemnité en raison de l'activité qu'il a exercé au profit de la société (Cass. Soc. 22 novembre 1979).

##### A.1.2. Un salarié peut par contre devenir administrateur de sa société sous une double condition :

- L'antériorité du contrat de travail.
- Le contrat de travail doit correspondre à un emploi effectif.

Le contrat de travail doit apparaître comme suffisamment distinct et indépendant du mandat social pour qu'il puisse être valablement cumulé avec ce dernier et entraîner toutes les conséquences qui s'attachent à un contrat de cette nature.

Il doit correspondre à « un emploi subordonné effectif en contrepartie duquel il est versé un salaire » (Cass. soc., 5 févr. 1981, no 79-14.798, Bull. civ. V, no 105 ; cf. aussi Cass. soc., 16 févr. 1987, no 84-40.385).

L'exigence des attributions salariales déterminées distinctes du mandat social est plus facilement remplie par le Président du Conseil d'administration qui n'exerce pas par ailleurs de fonctions de direction générale. En effet, dans ce cas, son rôle est limité à l'organisation des travaux du Conseil d'administration et à la vérification du bon fonctionnement des organes sociaux.

La preuve d'un lien de subordination à l'égard de la société employeur sera alors plus facilement apportée.

---

## **A. 2. Sur les organes de direction : le Directeur général et le Directeur général délégué**

S'ils sont choisis parmi les administrateurs, ils ne pourront conclure de contrat de travail et ce conformément aux règles ci-dessus énoncées afférentes au mandat d'administrateur.

S'ils ne sont pas choisis parmi les administrateurs, ils peuvent être liés à la société par un contrat de travail sous réserve que ce contrat soit réel et sérieux c'est-à-dire qu'il corresponde à un emploi effectif.

Le contrat de travail, sous peine de nullité doit être soumis à l'autorisation du Conseil d'administration, lorsqu'il est conclu pendant le mandat de direction générale.

À défaut de cette autorisation, la nullité est facultative ; elle est subordonnée à la constatation de conséquences dommageables pour la société.

La rémunération du Directeur général et du Directeur général délégué est déterminée par le Conseil d'administration.

Le Conseil a une compétence exclusive pour fixer à la hausse ou à la baisse la rémunération, ses modes de calcul et définir tout accessoire à la rémunération du Directeur général et du Directeur général délégué.

La fixation de la rémunération du Directeur général et du Directeur général délégué échappe à la procédure de contrôle des conventions réglementées.

---

## **B. Dans les sociétés anonymes de type dualiste**

---

### **B. 1. Sur les membres du directoire**

Les membres du directoire ou le Directeur général unique peuvent être salariés de la société.

Le contrat de travail conclu avec un membre du directoire en fonction entre dans le champ d'application des dispositions des articles L 225-86 et suivants du Code de Commerce : il s'agit d'une convention réglementée qui doit être autorisée par le Conseil de surveillance.

Le ministre du Travail considère que la nomination aux fonctions de membre du directoire peut précéder la conclusion du contrat de travail comme lui être postérieure (Rép. min. à QE no 22644, JO Sénat Q. 22 juin 1977, p. 1599).

Pour que le cumul soit admis, le contrat de travail doit correspondre à l'exercice de fonctions techniques distinctes du mandat social exercées effectivement dans un lien de subordination.

La révocation des fonctions d'un membre du directoire lié à la société par un contrat de travail n'a pas pour effet de résilier ce contrat.

De même, le juste motif de révocation d'un membre du directoire ne peut être recherché dans un manquement aux obligations contractuelles inhérentes à un contrat de travail qui lie le mandataire social à la société (Cass. com., 20 juin 2006, no 05-14.168, BRDA 2006, nos 15/16, p. 3).

## B. 2. Sur les membres du Conseil de surveillance

Les membres du Conseil de surveillance peuvent, dans la limite du tiers des membres en fonction, cumuler leur mandat avec un contrat de travail dans la société (article L. 225-85 alinéa du Code de Commerce).

Par ailleurs, le contrat de travail doit correspondre à **un emploi effectif tel que défini ci-après (I-2-2) c'est-à-dire l'exercice de fonctions :**

- distinctes de celles relevant du mandat ;
- subordonnées ;
- rémunérées distinctement.

## C. Dans les sociétés coopératives

Au terme de l'article 19 undecies de la loi du 10 septembre 1947 régissant les sociétés coopératives d'intérêt collectif « tout associé peut être nommé en qualité de Directeur (...), membre du Conseil d'administration, du directoire ou du Conseil de surveillance, sans perdre, le cas échéant, le bénéfice de son contrat de travail. Les dispositions des articles L. 225-22 et L. 225-85 du Code de commerce ne sont pas applicables aux sociétés coopératives d'intérêt collectif. »

Ce texte ne doit pas être interprété comme une autorisation pour les membres du Conseil d'administration ou de surveillance à bénéficier, parallèlement à leur mandat social, d'un contrat de travail, même si celui-ci ne correspondait pas à un emploi effectif.

En effet, les règles applicables au cumul contrat de travail/ mandat social telles qu'énoncées ci-dessus restent applicables.

La jurisprudence reste par contre incertaine sur la possibilité pour un administrateur de SCOP de devenir postérieurement à son mandat, salarié de la SCOP.

En effet, si par arrêt en date du 8 janv. 1992 (Bull. Joly 1993, § 137, p. 479), la cour d'appel de Versailles a estimé qu'un administrateur de SCOP ne peut se voir attribuer un contrat de travail postérieurement à son mandat social, cette décision paraît antinomique avec l'article 15 de la loi du 19 juillet 1978 qui indique que les deux tiers des administrateurs doivent être des salariés.

Ainsi, au sein d'une SCOP comme dans toutes les autres situations, le cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social n'est pas en soi interdit dans l'hypothèse où :

- le contrat de travail est constitué par l'exercice de fonctions techniques distinctes des fonctions effectuées dans le cadre du mandat social ;
- il y a versement d'une rémunération distincte correspondant à l'exercice des fonctions techniques ;
- il existe un lien de subordination juridique à l'égard de la société.

## II. 3. 2. Les critères jurisprudentiels d'appréciation du cumul

En droit des sociétés, le mandat social se définit comme le pouvoir de représentation, de direction et de gestion de la société vis-à-vis des tiers.

La mission des dirigeants sociaux est ainsi exercée en dehors de tout lien de subordination.

Elle se distingue du contrat de travail dont les principales caractéristiques sont l'existence d'un lien de subordination et le versement d'une rémunération en contrepartie de la prestation.

C'est le caractère réel et sérieux de l'emploi qui est la condition essentielle de validité du cumul.

Le contrat de travail dont se prévaut le mandataire social doit en effet correspondre à un emploi effectif.

Pour admettre la juxtaposition issue d'une telle situation, la Cour de cassation exige depuis de nombreuses années que l'intéressé dispose d'un contrat de travail effectif dénué de toute fraude, c'est-à-dire de fonctions distinctes de celles de son mandat social sous l'emprise d'un lien de subordination et en contrepartie d'une rémunération.

Pour que le cumul soit régulier, le contrat de travail ne doit pas avoir été conclu dans le seul but de frauder la loi.

Sont en conséquence illicites les contrats de travail conclus dans le but de détourner la règle de révocabilité ad nutum des dirigeants ainsi que ceux tendant à garantir au mandataire social les avantages inhérents au statut du salarié.

L'appréciation de l'existence d'une fraude à la loi relève de l'appréciation souveraine des juges du fond qui ne sont tenus ni par la qualification donnée par les parties à leur convention, ni par une délibération du Conseil d'administration ou de l'assemblée des associés mentionnant l'existence d'un contrat de travail (Cass ; soc., 31 mars 1981, n° 79-16946).

Le cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social conduit ainsi à une appréciation factuelle particulièrement importante des magistrats qui ont fixé un certain nombre de critères permettant de déterminer le caractère effectif de l'emploi :

- le contrat de travail doit correspondre à l'exercice de fonctions techniques distinctes des fonctions effectuées dans le cadre du mandat social (A) ;
- le versement d'une rémunération distincte correspondant à l'exercice des fonctions techniques (B) ;
- l'existence d'un lien de subordination juridique à l'égard de la société (C).

**Enfin, il convient de préciser que la conclusion d'un contrat de travail avec un mandataire social, entre dans le champ des dispositions de l'article L. 423-11 du CCH et doit avoir été précédée de la procédure prévue pour les conventions réglementées.**

## A. La notion d'emploi effectif

L'existence d'un emploi effectif s'apprécie au regard de trois paramètres :

- la spécificité des attributions (1),
- l'étendue des pouvoirs des dirigeants sociaux (2),
- la dimension de la société (3).

### A . 1. La spécificité des attributions

Cette condition suppose l'exercice simultané d'activités dans des cadres juridiques distincts : d'une part, la direction, l'administration ou la gestion de la société constitutives d'une activité centralisée et générale de décision, d'autre part, des fonctions décentralisées, techniques, spécialisées et de production destinées à réaliser les objectifs fixés par les organes de gestion de la société.

Il en découle la nécessité de déterminer et de délimiter les attributions du contrat de travail qui exigent une technicité particulière permettant de les distinguer du mandat social.

En effet, en l'absence de toute définition précise des fonctions techniques, de l'absence de formation, de connaissance ou de compétence professionnelle du salarié, des suspensions peuvent naître relatives à l'existence d'activités salariées à caractère technique distinct du mandat social.

**Ainsi, le contrat de travail souscrit par un dirigeant postérieurement à son accession aux fonctions sociales et qui ne fait état d'aucune tâche technique spécifique, supplémentaire de ses attributions de mandataire, est considéré comme fictif et donc nul.**

Il sera bien entendu plus difficile d'établir la technicité du travail d'un cadre administratif dont l'activité se confond plus aisément avec les fonctions sociales.

C'est la raison pour laquelle, la particularité salariée devra également découler de la spécialisation de la formation, de la compétence professionnelle par exemple.

En effet, les juges du fond tirent argument du défaut de spécificité et de technicité de l'activité salariée pour en déduire sa confusion avec la fonction de mandataire social et, par conséquent, l'absence d'emploi effectif.

L'antériorité du contrat de travail et la technicité des fonctions exercées par le salarié/ mandataire social seront des éléments importants permettant d'apprécier l'effectivité de la fonction salariale.

La reconnaissance d'un contrat de travail suppose l'existence de fonctions techniques correspondant à des attributions spécifiques, qui se différencient des fonctions de représentation et de gestion découlant du mandat social.

Cette distinction est parfois difficile à opérer et l'aptitude à combiner la fonction de dirigeant et une activité salariée est appréciée au regard du critère des pouvoirs dégagé par les juges.

### A. 2. L'étendue des pouvoirs du dirigeant social

L'absence de pouvoir individuel des administrateurs et encore plus, des membres du directoire dotés seulement du pouvoir de représentation de la société, implique la différenciation des fonctions sociales générales, des fonctions techniques spécifiques.

Il doit toutefois s'agir de fonctions salariées hautement techniques, seules facilement distinctes du mandat social.

Ainsi en a décidé la Cour de cassation qui, pour reconnaître à un membre du directoire, l'effectivité de son emploi subordonné et par conséquent la conservation de son contrat de travail, a exigé qu'il fasse la démonstration « *d'une spécificité toute particulière des fonctions salariées qui impliquent une compétence rare dans un domaine étroit* » (Cass. soc., 11 juin 1978 : Rev. sociétés 1979, p. 79, note P. Le Cannu).

En revanche, il a été jugé que lorsque la société est spécialisée dans des travaux exigeant une grande technicité, le mandat de Président du directoire se confond avec le contrat de Directeur technique et administratif, malgré les qualifications de haute technicité requises par l'activité salariée, ce dirigeant actionnaire majoritaire exerçant tous les pouvoirs de gestion (CA Bordeaux, 9 oct. 1992 n°JurisData : 1992-051338), ce qui n'était pas le cas d'un autre Président du directoire ne disposant pas de tous les pouvoirs et dont l'activité de Directeur commercial, administratif et financier revêtait un caractère très distinct de la stratégie extérieure adoptée par lui (CA Dijon, 31 oct. 1986, De France c/ Motostandard MTDS).

Ainsi, la technicité des fonctions distinctes doit-elle s'apprécier au regard du type de mandat exercé.

La Cour de cassation estime ainsi que les juges du fond ont décidé à bon droit que le contrat de Directeur technique n'avait eu d'autre but que d'assurer à son bénéficiaire la permanence de ses fonctions d'administrateur et devait de ce fait être tenu pour fictif, dès lors que les pouvoirs conférés à l'intéressé par ce contrat ne se différenciaient pas de ceux qu'il détenait déjà en tant que P-D-G (Cass. soc., 22 nov. 1972 : Rev. sociétés 1973, p. 655, 2e esp. note M. Guilberteau).

De même, des juges du fond ont refusé tout cumul entre la qualité de salarié et celle de Président, compte tenu des pouvoirs conférés à ce dernier qui excluaient un état de subordination (CA Paris, 28 janv. 1997 : BRDA 6/1997, p. 5 ; RJDA 5/1997, n° 658 ; Bull. Joly Sociétés 1997, p. 658, note P. Le Cannu ; LPA 9 janv. 1998, n° 4, p. 25, note critique D. Gibirila).

Cette nécessaire appréciation au regard des pouvoirs exercés dans le cadre du mandat social s'impose à propos du Directeur général qui, légalement, détient des pouvoirs identiques à ceux du Président.

### A. 3. La dimension de la société

Le cumul de fonction n'est en général pas admis dans une entreprise de dimension modeste, dès l'instant où est purement artificielle la séparation entre la direction générale et la direction technique respectivement assurées par le dirigeant et par le salarié (CA Paris, 18 juin 1987 : Bull. Joly Sociétés 1987, p. 717).

Ainsi, la petite taille d'une société anonyme peut faire obstacle à la distinction entre le mandat de Président-Directeur général et les activités de Directeur dès lors qu'elle supprime tout lien de subordination, en raison du monopole par le dirigeant, des connaissances techniques (CA Paris, 2 févr. 1993, 18e ch. C, Cie Papetière de l'Essonne c/ Pralus, inédit. - CA Paris, 20 juin 1997 : RJDA 1/1998, n° 65).

Il a été jugé à propos d'une société spécialisée dans des travaux requérant une grande technicité, qu'il n'est pas concevable que le Président du directoire soit dépourvu de toute qualification en la matière, de sorte qu'il ne peut justifier d'une réelle distinction entre ses fonctions de mandataire social et celles de salarié (CA Bordeaux, 9 oct. 1992 : RJDA 6/1993, n° 505).

Par contre, peut être pris en considération, pour admettre le cumul, le fait que la qualité de Directeur général n'apparaissait pas sur les bulletins de paie du salarié (Cass. soc., 13 nov. 1990 n° 87-44.023).

---

## B. La rémunération distincte

Alors qu'aux termes du Code de la Construction et de l'Habitation le mandat social d'administrateur ou de membre du Conseil de surveillance doit être gratuit, il ne peut y avoir de contrat de travail si la prestation fournie n'est pas rémunérée.

Le versement d'une rémunération salariée est à la fois une condition de l'existence du contrat de travail et la manifestation expresse de la réalité du cumul de fonctions.

Ainsi, en cas de rémunération unique, celle-ci doit obligatoirement être la contrepartie de l'activité salariée.

Une rémunération excessive ou dérisoire par rapport aux fonctions techniques occupées peut faire présumer l'absence d'un contrat de travail (Cass. soc. 15 octobre 1970, n°69-40291).

Cependant, la seule remise de bulletins de salaire ne suffit pas à démontrer l'existence d'un contrat de travail tant que l'exercice de fonctions distinctes et l'existence d'un lien de subordination ne sont pas démontrés.

---

## C. Le lien de subordination

La Cour de cassation exige la présence d'un lien de subordination dont l'appréciation relève de la compétence souveraine des juges du fond, et en l'absence de laquelle, on ne saurait parler d'une activité salariée effective.

Selon les situations, l'état de subordination peut être caractérisé soit à l'égard d'une personne physique, soit à l'égard de la société personne morale.

La jurisprudence applique souvent le «critère de l'étendue des pouvoirs» pour retenir ou rejeter la subordination (Cass. soc., 5 avr. 1974 : Bull. civ. V, n° 215).

C'est à partir de ce critère que peut être déterminé l'éventuel rôle d'employeur joué par le dirigeant social.

Le dirigeant social se trouve dans une position subordonnée, si dans l'exercice de sa fonction salariée, il est susceptible de recevoir des ordres d'un organe social hiérarchiquement supérieur.

À l'inverse, le dirigeant doté du pouvoir de représenter la société joue le rôle de chef d'entreprise, c'est-à-dire d'employeur.

Il ne subit pas l'autorité d'un supérieur hiérarchique et ne connaît pas l'état de subordination.

Pour lui, le maintien du contrat de travail cumulativement à un mandat social est inopérant.

**L'état de subordination suppose que le mandataire social ne soit pas investi des pouvoirs les plus étendus.**

**Dès lors :**

- le Directeur général, combinant éventuellement sa fonction avec celle de Président du Conseil d'administration, qui :
  - bénéficie des pouvoirs les plus vastes pour agir en toute circonstance au nom de la société ;
  - assume sous sa responsabilité la direction générale de la société et représente celle-ci à l'égard des tiers (C. com., art. L. 225-51-1, al. 1er et L. 225-56, al. 1er et 2) ;



ne paraît pas susceptible d'invoquer un lien de subordination vis-à-vis de l'employeur, car son rôle de chef d'entreprise implique cette fonction d'employeur.

Pour le Directeur Général de la SA qui exerce, « *sous sa responsabilité* », la direction générale de la société et qui peut, sauf exception, prendre seul et sans le contrôle du Conseil, toutes les décisions indispensables à la marche générale de l'entreprise, il est extrêmement difficile de concevoir des fonctions techniques distinctes sous lien de subordination.

Pour ce dirigeant, il ne paraît pas possible de cumuler **en réalité** les fonctions de direction générale.

- Pour le Directeur général Délégué, le Président du Conseil d'administration de la SA, les membres du directoire :  
pour caractériser l'état de subordination à l'égard de la personne morale, une partie de la doctrine recourt **au lien de subordination dit « psychologique »** conçu par le droit des sociétés et pour lequel on se fonde, non pas sur les ordres reçus dans l'exercice de l'activité salariée, **mais sur le contrôle subi par le dirigeant de la part des autres mandataires sociaux, notamment ceux habilités à le révoquer.**

En application de cette doctrine, la jurisprudence considère par exemple que se trouve soumis à un lien de subordination, le Président d'une société anonyme tenu de consulter le Conseil d'administration dans l'exercice de ses fonctions techniques (Cass. soc., 6 nov. 1991 : RJS 12/1991, n° 1377).

L'intéressé se trouve alors dans une situation de subordination, même s'il ne reçoit pas d'ordre.

Il en découle une absence d'incompatibilité de principe entre le mandat de Président du Conseil d'administration et des fonctions salariées.

Il n'existe pas d'incompatibilité de fait en ce qui concerne le Directeur général Délégué, le Président du Conseil d'administration de la SA, les membres du directoire, sous réserve d'être en mesure d'effectuer une réelle dichotomie entre les conditions d'exercice du contrat de travail et celles du mandat social en veillant à distinguer :

- les fonctions techniques distinctes qui doivent être détachables du mandat ;
- le lien de subordination dans l'exécution des fonctions techniques et le contrôle de l'exercice du mandat social ;
- les rémunérations : les fonctions salariales doivent donner lieu à une fiche de paie et il doit exister une ligne comptable de ce chef.

La rémunération salariée devra être conforme à la qualification correspondante.

Il existe cependant une difficulté majeure liée à la détermination des fonctions techniques distinctes du mandat social : le contrat de travail devra répondre à un emploi déterminé ce que ne manqueront pas de vérifier les organismes sociaux (URSSAF, Pôle Emploi...).

Cependant, l'existence de fonctions « *techniques* » ne suffit pas à établir la distinction parce que l'exercice d'un mandat social n'est pas exclusif de compétence technique à la démonstration du lien de subordination juridique.

## II.3.3. Les solutions envisageables

### A. La répartition des pouvoirs : une solution difficile à mettre en œuvre en pratique dans les SA d'HLM

Il doit être envisagé une limitation des pouvoirs au titre du mandat ou une répartition des pouvoirs entre mandataires.

En effet, pour apprécier le caractère spécifique des fonctions salariées, il faut d'abord analyser l'étendue des pouvoirs de direction conférés au dirigeant au titre du mandat social.

**Les délégations de pouvoir qui peuvent être données à certains mandataires sociaux peuvent rendre plus difficile la démonstration d'un lien de subordination.**

L'attribution de tous les pouvoirs de gestion et de direction de la société au dirigeant social rend difficile la reconnaissance de fonctions salariées spécifiques.

L'étendue des pouvoirs conférés au dirigeant peut à elle seule établir l'absorption des fonctions techniques par le mandat.

**Dès lors il doit être envisagé aux fins d'assurer un cumul de fonction autorisé de :**

- restreindre les pouvoirs au titre du mandat : cette limitation de pouvoir ne doit cependant pas aboutir à déposséder le dirigeant de ses responsabilités ;
- ou répartir les pouvoirs entre les mandataires en cas de direction collégiale (membres du Directoire, DG/DGD de SA) : cependant, les missions attribuées au mandataire (ex : membre du directoire ou DGD) ne doivent pas correspondre à ses fonctions techniques salariées ;
- rappeler les fonctions salariées dans l'acte de nomination du dirigeant.

Si ces solutions doivent être étudiées pour chaque situation concrète, il est néanmoins souvent difficile de faire la démarcation entre les fonctions de « *direction générale* » et les autres fonctions de direction technique ou opérationnelle particulièrement pour la situation des dirigeants d'ESH.

En effet, la jurisprudence considère parfois :

- Que la « *direction générale* » inclut « *la gestion du personnel, la direction commerciale, l'administration des biens sociaux, l'ouverture et le fonctionnement des comptes* ».
- Que certaines fonctions techniques (telles que « *Directeur financier, Directeur du développement ou de la gestion stratégique* ») ne sont pas détachables du mandat social.

En effet, dans les sociétés anonymes, la gestion stratégique est inhérente au mandat de Directeur général ou de membre du Conseil d'administration et ce par application de l'article L. 225-35 du code de commerce qui précise que « *le Conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en oeuvre. Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent... Le Conseil d'administration procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns* ».

Cette disposition confirme les pouvoirs du Conseil d'administration dans le domaine de la gestion stratégique de l'entreprise, à côté de ceux qui appartiennent au Directeur général, lui-même « *investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société* » en application de l'article L 225-56 alinéa 1er du Code de Commerce.

Le Conseil d'administration conserve ainsi un rôle de gestion des affaires sociales concurrent des pouvoirs dévolus au Directeur général.

Dans les SA à directoire et Conseil de surveillance, la situation de subordination juridique caractérisant le contrat de travail peut également se concevoir pour un membre du directoire compte tenu de l'organe collégial et de l'existence éventuelle d'une répartition des pouvoirs.

En revanche, la solution est plus difficilement admissible pour le Directeur Général.

La limitation des pouvoirs par les statuts ou les délibérations du Conseil d'administration ne peut en effet aboutir à dépouiller le dirigeant de l'essentiel de ses pouvoirs de direction et de ses responsabilités.

L'institution de comités (comité d'études, comité stratégique, comité d'évaluation et de rémunération, etc.) ne constitue pas une solution pertinente permettant de justifier l'exercice de fonctions salariées sous lien de subordination.

**En effet ces comités n'ont qu'un rôle consultatif et ne peuvent se substituer au Conseil d'administration.**

De simples directives émanant de l'assemblée générale ou du Conseil d'administration et qui ne concernent que l'activité de mandataire ne suffisent pas à démontrer l'existence d'une subordination.

Il en est de même de la double signature sociale.

À contrario, l'attribution de certains pouvoirs au dirigeant peut être décisive pour exclure la subordination (par exemple, le pouvoir de nommer et révoquer les Directeurs).

**La solution serait identique si une délégation de pouvoirs étendue était conférée au dirigeant dans le cadre de son contrat de travail.**

Pour les fonctions techniques exercées par un Directeur Général Délégué ou un membre du directoire, la subordination résultera notamment des instructions reçues du Directeur Général ou du Président du Directoire et du contrôle régulier de l'exécution et des résultats du travail.

Dès lors la jurisprudence considère que le salarié, accédant à la direction générale d'une société en qualité de mandataire, cesse d'être en état de subordination.

Cela a pour conséquence directe une suspension de son contrat de travail pendant l'exercice de son mandat social.

## **B. La suspension du contrat de travail**

Son contrat de travail est automatiquement suspendu, sauf convention contraire, pendant l'exercice de son mandat social.

La MILOS au terme de son rapport 2008 précise que la fraction de la rémunération perçue au titre des fonctions salariées doit alors être rattachée à la rémunération globale du dirigeant.

L'organisme doit donc faire délibérer son Conseil d'administration ou de surveillance sur l'ensemble de la rémunération du dirigeant conformément aux dispositions de l'article L. 225-63 du code de commerce.

Cette solution suppose un contrat de travail antérieur et effectif.

Reste qu'il ne peut être conclu un contrat de travail concomitamment à la nomination en qualité de mandataire social : en effet, ce contrat pourrait être annulé au motif qu'il contrevient au principe de libre révocation.

Il peut être également envisagé une novation du contrat de travail : le salarié devenu mandataire social pourrait dans le cadre de cette novation, conclure avec son employeur une promesse de réintégration dans un emploi salarié au terme du mandat social.

Cependant cette solution offre moins de garantie au dirigeant que celle qui résulte de la suspension du contrat pendant l'exercice du mandat.

En outre, s'agissant d'un nouveau contrat de travail, sa conclusion est subordonnée à certaines conditions (ex : publicité préalable de la cessation du mandat d'administrateur).

Dès lors et si la solution de la suspension du contrat de travail pendant l'exercice du mandat social est adoptée, la cessation du contrat de travail ne met pas fin au mandat social et réciproquement.

En effet, la révocation du mandat social donné à un salarié n'entraîne pas la rupture du contrat de travail du seul fait de la fin de son mandat social.

Il serait alors nécessaire de procéder au licenciement du mandataire social redevenu salarié pour des motifs ne concernant pas l'exercice du mandat.

Toutefois, la jurisprudence n'interdit pas d'invoquer les mêmes faits si ceux-ci s'appliquent à la fois à l'exercice du mandat et à l'exécution du contrat de travail (par exemple : réorganisation d'un groupe, mésentente durable avec les collaborateurs).

La théorie de la suspension du contrat de travail pendant l'exercice du mandat social ne permet cependant pas de résoudre toute difficulté en cas de licenciement à l'issue de l'exercice du mandat social.

En effet, la période de suspension ne peut être prise en compte pour l'ouverture des droits à l'assurance chômage. Ces droits sont ouverts aux demandeurs d'emploi qui justifient d'au moins 122 jours d'affiliation ou 610 heures de travail accompli au cours des 28 mois qui précèdent la fin de contrat de travail pour le demandeur d'emploi âgé de moins de 50 ans à la fin de son contrat de travail, ou au cours des 36 mois qui précèdent la fin de contrat de travail pour le demandeur d'emploi âgé de 50 ans ou plus à la fin de son contrat de travail (Règlement annexé, art. 3).

Par contre la période de suspension pourrait être prise en compte en cas de mention explicite pour la détermination de l'ancienneté.

Il paraît donc nécessaire de régler cette question dans un document contractuel signé par le salarié et dans l'acte de nomination lorsque le salarié devient mandataire social.

Ainsi, s'il existe particulièrement dans le monde des ESH des difficultés importantes de cumul de fonctions sociales et salariales, les règles sus énoncées ne s'appliquent strictement qu'au sein d'une même société.

Il convient d'étudier s'il peut y être dérogé dans un groupe de sociétés.

## II.3.4. Le cumul de fonctions au sein de sociétés distinctes

Il convient d'analyser les conditions de cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social :

- au sein d'une holding (A),
- dans le cadre d'un GIE (B),
- dans le cadre d'une société coopérative (C),
- dans le cadre d'une association Loi de 1901(D).

### A. Le cumul de fonction au sein d'un groupe de sociétés

Le cumul, au sens juridique du terme, suppose évidemment que le dirigeant soit titulaire d'un contrat de travail au sein de la société qu'il dirige.

Ainsi, tout dirigeant d'une des sociétés du groupe qui aurait un contrat de travail dans une autre société du groupe, ne sera pas soumis à la réglementation ou aux règles jurisprudentielles du cumul.

Deux situations sont cependant à distinguer :

- un contrat de travail dans une société du groupe distinct du mandat social exercé dans une autre société (1),
- un contrat de travail dans une société du groupe ayant pour objet l'exercice d'un mandat social dans une autre société du groupe (2).

#### A.1. Sur le contrat de travail conclu dans une société distinct du mandat social exercé dans une autre société

##### A.1.1. Principe général

Dans ce cas en effet, le problème de la confusion éventuelle des fonctions de mandataire social et de dirigeant ne se pose pas, non plus que celui du lien de subordination, puisque ce dirigeant est engagé comme salarié par une société juridiquement indépendante de celle qu'il dirige et qui est elle-même dirigée par un tiers, qui exerce sur lui les pouvoirs du chef d'entreprise.

Il est ainsi un salarié comme tous les autres dont le contrat est qualifié de contrat de travail dès lors qu'il comprend les trois éléments constitutifs de ce contrat à savoir (Cass. soc., 16 déc. 2009, n° 08-44.093, Puy c/ AGS CGEA Île-de-France ouest, inédit) :

- des fonctions effectives distinctes,

- exercées dans un lien de subordination,
- rémunérées distinctement.

Ainsi, le cumul du contrat de travail avec le mandat social ne présente pas de particularité en matière de groupe sauf lorsque la société mère est une «holding pure», dont l'activité consiste à gérer les participations détenues dans ses filiales : elle ne peut avoir alors de salariés (Cass. soc., 30 nov. 1994, Sociétés G 7 c/ Remond, n° 91-44.210).

À cette exception près, un contrat de travail peut ainsi être conclu par une société qui n'est «pas une holding pure, incapable d'avoir un salarié», pour des activités qui ne sont «pas spécifiquement celles d'un mandataire», exercées par une personne indépendante du Conseil d'administration.

#### **A.1.2. Position de l'ANCOLS (ex-Miilos)**

Au terme de son rapport 2002, la MIILOS critiquait la pratique selon laquelle dans le cadre d'une convention de mise à disposition d'un Directeur général par une société de services du groupe pour la SA d'HLM du groupe, le Directeur général restait salarié de la société de services du groupe.

Elle considérait que cette pratique contrevenait aux articles L.225-53 et L.225-55 du code de commerce qui attribuent au seul Conseil d'administration le triple pouvoir de déterminer la rémunération du Directeur général, de le nommer et de le révoquer.

Au terme de son rapport 2008, la Mission confirme par contre que «*l'exercice d'un mandat social (de Directeur général ou d'administrateur) et de fonctions salariées dans deux entités distinctes au sein d'un même groupe n'est pas soumis aux règles de validité des cumuls.* »

*Ce type de situation ne soulève donc pas d'observation, sauf si figure clairement dans le contrat de travail de la structure de portage que des fonctions d'administrateur de sociétés contrôlées doivent être assurées par le dirigeant salarié ou si sont facturées des prestations relatives aux fonctions exercées par ce dernier en tant que mandataire social.*

*La règle de gratuité du mandat d'administrateur fixée par l'article R 421-10 du CCH et la clause 8 des statuts types des sociétés d'HLM risque alors, en effet, d'être contournée.*

*Cette situation peut en outre générer des risques de conflits d'intérêts.*

Ainsi, la MIILOS admet-elle la possibilité d'être mandataire social d'une structure et salarié d'une autre structure dès lors que les fonctions salariales sont sans rapport avec le mandat social.

### **A.2. Sur le contrat de travail ayant pour objet l'exercice d'un mandat social dans une autre société du groupe**

#### **A.2.1. Principe général**

Ce qui est propre aux groupes de sociétés, et particulièrement original, est la situation dans laquelle une société mère embauche une personne à charge pour elle de diriger une filiale, qui, elle, va nommer cette personne dirigeant de sa société.

Un salarié d'un groupe peut ainsi devenir Directeur général d'une filiale (Cass. soc., 2 avr. 1996 : Bull. Joly 1996, p. 602, note P. Le Cannu).

Selon la Cour de Cassation, un salarié d'une société peut, en cette qualité être chargé de la direction d'une autre société, contrôlée par celle qui l'emploie (Cass. soc., 2 oct. 1991 : JCP E 1992, I, 108, note D. Gatumel.).

Il est nécessaire dans ce cas qu'il existe des instructions ou des ordres émanant de la société mère (CA Paris, 4 nov. 1998 : Bull. Joly 1999, p. 367, note J.-Ph. Dom).

Par ailleurs, l'administrateur d'une société peut conclure un contrat de travail avec la société mère de celle-ci, avec une de ses filiales, pour autant qu'un emploi effectif soit exercé (Cass. Soc. 22 mai 1995 Bull. Joly 1995, 860).

Par contre, le salarié d'une société, nommé administrateur d'une de ses filiales, ne pourra être nommé salarié de la filiale.

En effet, le transfert du contrat de travail de la société mère à la filiale est dans ce cas considéré comme un nouveau contrat conclu entre le dirigeant et cette société (Cass. Soc. 6 octobre 1993, Bull. Joly 1993, 1242) : ce contrat est donc frappé de nullité absolue.

Ainsi, la personne exerce les fonctions de dirigeant sous un double statut, celui de salarié de la société mère et celui de mandataire social de la filiale.

Par arrêt en date du 14 février 2011, la Cour d'Appel de PARIS (JurisData n° 2001-137036) a précisé que le fait que l'intéressé ait été « *mandataire social des sociétés filiales afin de rendre effectif leur contrôle et leur direction selon la politique du groupe, ce pourquoi il avait été recruté, ne saurait mettre en cause sa qualité de salarié de la société mère* ».

Ainsi, il peut être envisagé un « *détachement* » du salarié auprès de la filiale.

La jurisprudence admet ainsi cette pratique (Cass. soc., 2 oct. 1991 : RJS 11/1991, n° 1252. - Cass. soc., 6 oct. 1993 : JurisData n° 1993-001808 ; Bull. civ. 1993, V, n° 225 ; Dr. sociétés 1994, comm. 15, obs. H. Le Nabasque ; RJS 1993, n° 1147, p. 677 ; JCP G 1994, I, 3746. - Cass. soc., 20 mars 1996 : RJDA 1996, n° 927 ; RTD com. 1997, p. 114, Y. Reinhard et B. Petit ; Bull. Joly 1996, p. 514, § 175 ; J.-Ph. Dom, Contrat de travail du Directeur général au sein d'un groupe : Bull. Joly 1996, p. 477, § 163. - CA Paris, 10 juin 2005 : JurisData n° 2005-280436) qui présente un double intérêt :

- pour la société mère qui utilise un dirigeant spécialisé dans l'activité des filiales sans que celui-ci soit associé,
- pour le dirigeant, qui bénéficie des avantages résultant de la sécurité que lui donne le contrat de travail.

Cette situation pose cependant le problème du lien de subordination et de l'indépendance du mandataire.

La jurisprudence (Cass. soc., 6 févr. 2002, n° 99-45.621, Canevet c/ société CEA industrie, Inédit : JurisData n° 2002-0032) vérifie que le dirigeant n'exerce pas son mandat en toute indépendance et qu'il reçoit bien des ordres de la société mère qui vont au-delà des «instructions... qui caractérisent les relations entre le principal actionnaire d'une société commerciale et le mandataire de celle-ci».

La validité du contrat de travail entre la société mère et le salarié pour l'exercice d'un mandat social auprès d'une filiale, est autorisée par la jurisprudence sous réserve que trois conditions soient réunies :

- **L'existence d'un lien de subordination entre le mandataire social et la société mère :**  
Cette subordination ne peut résulter que d'une subordination directe : ainsi le simple fait d'être le mandataire social d'une société contrôlée directement ou indirectement par une autre ne donne pas la qualité de salarié de la société mère (Cass. soc., 28 juin 2001 : JurisData n° 2001-010553 ; RJS 10/2001, n° 1225. - dans le même sens CA Versailles, 31 mars 1999 : JurisData n° 1999-101605 ; Bull. Joly 1999, p. 860, § 203).

En outre, il est nécessaire que le dirigeant reçoive bien des ordres de la société mère qui vont au-delà des « *instructions... qui caractérisent les relations entre le principal actionnaire d'une société commerciale et le mandataire de celle-ci* » (Cass. soc., 6 févr. 2002, n° 99-45.621).

Ainsi par arrêt en date du 4 mars 1997 (JurisData n° 1997-000901 ; RJS 4/1997, n° 484 ; Bull. Joly 1997, p. 661, § 251) la Cour de Cassation a estimé que le mandataire doit en référer au Président de la société mère pour toute décision importante.

La production par le mandataire social d'un écrit ne suffit pas à prouver l'apparence d'un contrat de travail, et il appartient au dirigeant de prouver l'existence du lien de subordination (Cass. soc., 17 sept. 2008 : JurisData n° 2008-045061 ; JCP E 2009, 1014, note C. Puigelier).

À l'inverse, la jurisprudence considère que quand bien même l'accord signé avec la société mère stipulerait que le dirigeant aura le statut de mandataire social dans les filiales, si l'exercice de son mandat est exercé en totale subordination, il aura alors le statut de salarié (CA Dijon, 18 déc. 2007 : JurisData n° 2007-355389).

Il convient cependant de garder à l'esprit que lorsqu'un contrat de travail est conclu avec le futur dirigeant uniquement pour protéger celui-ci, il y aura atteinte au principe de libre révocation, qui est un principe d'ordre public : le contrat de travail sera alors nul.

Ainsi, par arrêt en date du 26 janvier 1994 (JurisData n° 1994-020401) la Cour d'Appel de PARIS a-t-elle estimé que le simple exercice du mandat social dans une filiale en dehors de tout lien de subordination pouvait entraîner l'annulation du contrat de travail car dépourvu de réalité et dissimulant une fraude à l'article L 225-47 du Code de Commerce.

- **Existence d'une rémunération :**

La société mère doit verser un salaire au dirigeant de la filiale.

La jurisprudence a admis l'existence d'une rémunération salariée en se contentant du versement d'une prime par la société mère (Cass. soc., 6 oct. 1993 : JurisData n° 1993-001808 ; Bull. civ. 1993, V, n° 225 ; Rev. sociétés 1994, p. 76, note B. Petit ; JCP G 1994, I, 3746, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain).

- **Exercice des fonctions pour lesquelles l'intéressé a été engagé :**

Pendant longtemps, la dernière condition pour que soit reconnue l'existence d'un contrat de travail entre le mandataire social et la société mère consistait dans le fait que l'intéressé devait exercer les fonctions de mandataire social pour lesquelles il avait été engagé.

L'objet même du contrat de travail devait donc être l'exercice d'un mandat social dans une filiale (Cass. soc., 2 oct. 1991 : JurisData n° 1991-002459 ; RJS 11/1991, n° 12526 ; JCP E 1993, I, 218, spéc. 12, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain. – Cass. soc., 6 oct. 1993 : RJS 11/1993, n° 1147 ; Rev. sociétés 1994, p. 76, note B. Petit. – Cass. soc., 20 mars 1996 : Bull. Joly 1996, p. 514, § 175).

Sous réserve du respect cumulatif des trois conditions sus énoncées, il n'y a aucune exigence d'une fonction technique distincte du mandat social, comme c'est le cas pour le cumul du contrat de travail avec le mandat social au sein d'une même société (Cass. soc., 4 mars 1997 n° 93-44.805).

Il n'est par ailleurs pas exclu qu'une société mère contracte dans les cas autorisés et par convention réglementée un contrat de travail avec l'un de ses associés, aux fins d'exercer un mandat social dans une filiale.

Cette situation a pour intérêt d'assurer une certaine sécurité juridique au mandataire social.

En effet, la jurisprudence considère que la révocation du mandat social au sein de la filiale n'est pas de nature à faire disparaître le contrat de travail consenti par la société mère (CA Grenoble, 19 oct. 1987 : JurisData n° 1987-045892. – Cass. soc., 30 nov. 1999 : JurisData n° 1999-004197 ; RJS 1/2000, n° 115).

Elle a seulement pour effet de mettre fin à l'affectation du salarié dans ladite filiale : l'employeur est alors tenu de procéder au reclassement de son salarié (CA Metz, 17 déc. 2007 : JurisData n° 2007-361165).

Le comportement du salarié dans l'exercice de son mandat ne peut justifier son licenciement (Cass. soc., 9 déc. 1997 : JurisData n° 1997-005125 ; JCP E 1998, n° 6, pan. p. 207 ; JCP G 1998, IV, 1205 ; Bull. civ. 1997, V, n° 424).

#### **A. 2. 2. Sur la position de l'ANCOLS (ex-Miilos) (rapport 2013)**

La Miilos s'est penchée sur la situation des salariés/mandataires sociaux mis à disposition par des sociétés mères qu'elles soient HLM ou pas.

Elle estime que cette situation pose un certain nombre de problèmes juridiques propres à l'exercice de la fonction de direction générale, outre les difficultés issues des mises à disposition de salariés.

En premier lieu, la Miilos considère que la mise à disposition d'un salarié d'une maison-mère ou d'une structure de coopération, pour exercer une fonction de mandataire social au sein d'une filiale, expose ce salarié à des risques de conflits d'intérêts.

Elle ne permettrait pas au salarié Directeur général d'être en position d'exercer en toute indépendance son rôle, du fait du lien de subordination qui existe à l'égard de son employeur.

L'intéressé doit préserver des intérêts qui peuvent être « contradictoires » : ceux de son employeur (qui, dans le cas des groupes, peut être une structure privée) et ceux de l'organisme qu'il dirige.

La Miilos relève en outre qu'une société d'HLM est investie d'une mission d'intérêt général et bénéficie d'un mandat, au sens du droit européen, pour accomplir sa mission, pour en déduire la nécessité d'éviter toute situation

potentiellement génératrice de conflits d'intérêts.

Par ailleurs, son activité étant encadrée par son objet social défini au CCH, la Miilos considère que la mise à disposition d'un salarié d'une autre entité pour y exercer des fonctions de direction semble incompatible avec l'autonomie de décision nécessaire à l'accomplissement de sa mission.

En outre, la Miilos a pu préciser que le mandataire social étant investi par la loi d'un certain nombre de pouvoirs propres de direction et de représentation, ces pouvoirs ne peuvent être partagés, en application du principe de la hiérarchie des organes sociaux.

Dès lors un mandataire social ne pourrait pas, dans le cadre d'un contrat de travail externe, être soumis hiérarchiquement à une structure indépendante de celle dans laquelle il exerce sa responsabilité.

Il convient également de veiller, selon la MILOS, à ce que l'ensemble de la rémunération refacturée par la société-mère, y compris toute forme de complément de rémunération, ait été déterminée par le Conseil d'administration, en application de l'article L. 225-53 du Code de commerce.

En outre, le « salarié-dirigeant », qui n'exerce aucune fonction dans la société-mère, ne peut recevoir un intéressement au titre de cette dernière dans laquelle il n'exerce aucune fonction.

## **B. Le cumul de fonctions dans le cadre d'un groupement d'intérêt économique (GIE)**

### **B.1. Sur le principe en droit commun :**

Le cumul de fonctions n'est pas en soi prohibé.

#### **B.1.1. Sur le cumul de fonctions au sein même du GIE**

La législation applicable aux sociétés n'est pas transposable aux GIE, sauf renvoi exprès de la loi.

Par arrêt en date du 17 septembre 2008 (n°07-41.344), la Cour de Cassation a précisé que le cumul de fonctions au sein d'un GIE n'était possible qu'en cas de lien de subordination.

La Cour de cassation affirme en l'espèce que la date de passation du contrat de travail de l'administrateur du GIE est sans importance et ce contrairement à la situation des administrateurs de société anonyme.

La Cour de cassation conclut à l'absence de prohibition du cumul dans un GIE des fonctions d'administrateur et de salarié, sans qu'il importe que le contrat de travail ait été conclu avant ou après l'entrée en fonction de l'intéressé dans ses attributions de mandataire du groupement.

La validité d'un tel cumul demeure cependant bien évidemment subordonnée à ce que le contrat de travail corresponde à un emploi effectif, distinct du mandat et dans lequel l'intéressé est en situation de subordination vis-à-vis du GIE (en ce sens, Lamy droit des sociétés commerciales, n° 1686. - CE, 28 oct. 1981, n° 22280 : Dr. fisc. 1982, n° 1, comm. 322, concl. Rivière).

#### **B.1.2. Sur la possibilité pour un mandataire social du GIE d'être salarié d'un membre du groupement**

Le mandat social au sein d'un GIE est cumulable avec un contrat de travail conclu avec un membre du groupement.

### **B.2. Sur la position de l'ANCOLS (ex-Miilos)**

La Miilos a précisé que la mise à disposition de salariés d'un GIE au profit d'une SA d'HLM aux fins d'exercer un mandat social serait porteuse d'irrégularités et a donc formé des recommandations dont le fondement juridique reste encore à démontrer :

- la rémunération du mandat social, refacturée à la société membre, devrait, selon la Miilos, être fixée par son Conseil d'administration en application de l'article L.225-53 du Code de commerce ;
- la totalité de la rémunération refacturée, y compris toute forme de complément de rémunération, devrait être approuvée par le Conseil d'administration du GIE.



La Miiolos critique donc fermement ce montage sur la base des arguments suivants :

- lorsque le dirigeant est employé par un GIE, la mise à disposition au profit de la SA d'HLM est contraire à la règle selon laquelle l'activité du GIE ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle de ses membres (article L.251-1 du Code de commerce) : une fonction de direction générale ne peut être considérée comme auxiliaire par rapport à l'activité du membre dirigé ;
- surtout, le lien de subordination existant entre le GIE et le Directeur Général d'une société membre du GIE ferait obstacle au contrôle qui doit être exercé par la société membre sur le GIE, plaçant ainsi le dirigeant dans une situation de « *contrôleur/contrôlé* ».

## C. Le cumul de fonctions dans le cadre d'une association

La MIILOS, désormais ANCOLS, considère que contrairement aux GIE, les associations ne sont pas soumises au principe d'auxiliarité.

Elle relève dès lors simplement que pour se conformer aux dispositions des articles L. 423-10 et 423-11 du CCH, les mises à disposition par une association de dirigeants doivent faire l'objet de conventions réglementées et être soumises à l'approbation du Conseil d'administration de la SA d'HLM.

Ainsi, il n'existe pas d'interdiction générale de cumul de mandat social et de contrat de travail, au sein d'entités distinctes plus particulièrement lorsqu'une des entités n'est pas une ESH, sous la réserve expresse de l'effectivité d'exercice des fonctions salariales.

En effet, au sein des groupes de sociétés, il est habituel qu'un salarié soit recruté par une société mère en vue d'exercer un mandat social au sein d'une filiale ou encore qu'un salarié déjà embauché par la société mère ou une société filiale soit, au cours de sa carrière, nommé pour diriger une autre société du groupe en qualité de mandataire.

Cette pratique répond au souci d'assurer des avantages au dirigeant (protection sociale notamment).

L'existence du contrat de travail de dirigeant ne peut résulter que d'un contrat de travail conclu avec la société dominante au sein de laquelle se trouve la direction générale du groupe.

C'est dans ce contexte que les conditions d'existence du contrat de travail peuvent être réunies.

La solution du contrat conclu avec une société sœur ou une société de services (« *société de management* »), parfois adoptée par la pratique, n'est pas toujours adaptée à la situation et aux objectifs recherchés, tout comme la localisation du contrat de travail dans la filiale constituée sous la forme d'une SAS et présidée par la société mère.

Dans ce cadre, deux situations se distinguent :

- soit l'exercice du mandat de la filiale constitue l'objet exclusif du contrat de travail conclu avec la société mère : cette solution soulève de nombreuses difficultés, notamment en termes de rémunération, de lien de subordination avec la société mère, et de cessation du mandat / rupture du contrat de travail ;
- soit, le mandat social dans la filiale n'est qu'une partie, plus ou moins essentielle, de l'objet du contrat de travail accompli dans la société mère : dans ce cas, l'exercice du mandat apparaît comme l'une des conséquences logiques de l'accomplissement d'une responsabilité technique se déployant dans le cadre du groupe.

Dans les deux cas, les fonctions de direction entrent dans l'objet du contrat de travail.

Les fonctions salariées et les fonctions de direction de la filiale interfèrent inévitablement mais c'est le régime juridique du contrat de travail qui tend à prévaloir.

Cependant, il convient de veiller à ce que le salaire soit réellement payé par la société mère : le paiement du salaire par la filiale, même avec refacturation pourrait remettre en cause le contrat de travail.

L'exigence d'un lien de subordination avec la société mère est tout particulièrement vérifiée par les juges et par les organismes sociaux.

Ce lien de subordination ne doit pas être confondu avec le contrôle normal assuré par l'actionnaire majoritaire de la filiale sur le mandataire responsable de celle-ci et ne découle pas, ipso facto, de la relation capitalistique ou même de la dépendance économique de la filiale vis-à-vis de la société mère.

En pratique, la preuve de la subordination est possible et procédera d'un faisceau d'indices tels que l'organisation hiérarchique intragroupe, l'obligation de participer à des comités de direction groupe, les objectifs et instructions imposés par la société mère, les pouvoirs d'affectation, d'évaluation des performances et de sanction appartenant à la mère, la clause de mobilité géographique et fonctionnelle...

Ce lien de subordination sera plus difficile à établir lorsque l'intéressé cumule déjà, au sein de la société mère, les qualités de salarié et de mandataire.

De même, l'existence de délégations de pouvoirs étendues conférées au titre du contrat de travail est susceptible d'atténuer le lien de subordination.

Il convient de noter que si théoriquement il n'existe pas de nécessité qu'un contrat de travail ait préexisté à la nomination au sein d'une filiale, la concomitance de la régularisation d'un contrat de travail et de la nomination pourrait amener en cas de conflit le juge du fond à considérer le contrat de travail comme fictif.

Dès lors, les avantages qui y sont attachés pourraient être remis en cause, telles que les clauses d'indemnisation de rupture (« parachute doré ») ou l'éventuelle garantie de réintégration dans la société employeur au terme du mandat exercé dans la filiale.

La cessation du mandat social pourrait fonder le licenciement pour motif personnel au sein de la société mère puisque le mandat social est l'objet même du contrat de travail sous la réserve de l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement.

En revanche, la cessation du mandat dans la filiale ne peut justifier, en soi, un licenciement pour motif économique si les conditions du licenciement économique ne sont pas remplies (suppression d'emploi résultant de difficultés économiques ou d'une réorganisation pour sauvegarder la compétitivité) et si l'employeur n'a pas respecté l'obligation de reclassement au sein du groupe.

Une plus grande sécurité juridique serait attachée à la deuxième solution qui consiste à définir le mandat social comme un accessoire des fonctions salariées.

Dans ce cas, le mandat social exercé dans une filiale n'est qu'un élément de la fonction technique ou de la responsabilité accomplie effectivement par le salarié dans la société mère.

La permanence du contrat de travail ne fait alors aucun doute et l'exercice du mandat apparaît comme l'une des conséquences logiques de l'accomplissement d'une responsabilité technique se déployant dans le cadre du groupe.

À la cessation du mandat, le salarié de la société dominante pourra se prévaloir du contrat de travail qui n'a jamais cessé d'être exécuté.

Il paraît cependant nécessaire de définir contractuellement précisément les fonctions groupe.

Ces fonctions techniques groupe correspondent souvent à une organisation fonctionnelle du groupe : leur définition par le contrat de travail doit être suffisamment précise.

Des fonctions telles que « coordinateur de l'activité des filiales » ou « Conseiller du DG du groupe » ou encore « Directeur du développement » ne sont pas suffisamment déterminées pour les différencier de l'exercice des mandats exercés dans le cadre du contrat de travail.

Il est Conseillé :

- d'annexer au contrat de travail une description détaillée, sans être limitative, des fonctions,
- de rappeler l'obligation de rendre compte de l'exécution des fonctions techniques,

- de préciser également les conditions dans lesquelles les fonctions techniques groupe s'accompliront (organisation hiérarchique, modalités de « reporting », les procédures d'évaluation qui permettront de caractériser le lien de subordination juridique).

Ces précisions ne seront pas incompatibles avec une délégation de pouvoirs en cohérence avec l'autonomie nécessaire à l'accomplissement des fonctions de direction de la filiale.

Dans cette seconde hypothèse dans laquelle le mandataire social a par ailleurs des fonctions techniques dans la société mère, la seule révocation du mandat social ne constituera pas, en soi, une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Il ressort ainsi de l'analyse de la situation, qu'il y a lieu de privilégier la solution d'un montage au sein d'un groupe de sociétés dont l'une n'est pas une SA d'HLM aux fins de cumuler mandat social et contrat de travail sous réserve de la position de la MILOS telle que ci-dessus exposée.



**PARTIE III**

---

**LE RÉGIME  
FINANCIER**

**RÉMUNÉRATION  
ET AVANTAGES  
DIVERS**

---

### III.1 DANS LES ENTREPRISES SOCIALES POUR L'HABITAT

70

A. Sur la rémunération et les frais professionnels	70
A.1. Le principe de gratuité du mandat des administrateurs et membres du Conseil de surveillance dans les sociétés anonymes et les sociétés coopératives	70
A.1.1. Sur la gratuité	70
A.1.2. Sur les frais indemnisables	71
A.1.3. Sur le traitement social des fonctions d'administrateur	71
A.2. La rémunération des Directeurs généraux, des Directeurs généraux délégués	71
A.2.1. Principe	71
A.2.2. Respect de la procédure des conventions réglementées	72
A.2.3. Sur l'information des actionnaires	73
A.2.4. Traitement social	73
A.2.5. Traitement fiscal	73
A.2.6. La rémunération des membres du directoire	73
A.2.7. La rémunération des membres du directoire	74
B. Sur le régime d'assurance chômage	75
C. Sur les retraites	77

### III.2 DANS LES ASSOCIATIONS

80

### III.3 DANS LES GIE

82

---

# III.1

## DANS

### LES ENTREPRISES

### SOCIALES

### POUR L'HABITAT

---

*Il convient d'étudier d'une part la rémunération et ses accessoires (A) dans le cadre de l'exercice, du mandat social, avant d'analyser les clauses d'indemnisation qui pourraient être prévues à l'issue du mandat social (B).*

#### **A. Sur la rémunération et les frais professionnels**

Il convient de distinguer le cas des administrateurs (et dès lors du Président du Conseil d'administration puisqu'il est lui-même administrateur), des membres du Conseil de surveillance, de celui des membres du directoire, du Directeur général et du Directeur général délégué au sein de chaque type d'organisme de l'habitat objet de la présente étude.

Il est également nécessaire à titre liminaire de préciser qu'en cas de cumul licite d'un mandat social et d'un contrat de travail, les allocations forfaitaires pour frais professionnels engagés dans le cadre de l'activité salariée peuvent être déduits des cotisations de sécurité sociale si la preuve est rapportée que ces frais se rattachent à l'activité salariée.

##### **A.1. Le principe de gratuité du mandat des administrateurs et membres du Conseil de surveillance dans les sociétés anonymes et les sociétés coopératives**

###### **A.1.1. Sur la gratuité**

Dans les sociétés anonymes d'HLM, la rémunération est exclue pour les administrateurs (et dès lors le Président du Conseil d'administration lui-même administrateur), les membres du Conseil de surveillance et ce, même s'ils cumulent cette fonction avec un mandat de Directeur général et les membres du Conseil de surveillance.

En effet au terme du point 8 des clauses types prises en annexe de l'article R.422-1 du Code de la Construction et de l'Habitation le « mandat des membres du Conseil d'administration ou de surveillance est exercé à titre gratuit dans les conditions prévues à l'article R.421-10 du Code de la Construction et de l'Habitation ».

Cette même gratuité est réaffirmée dans les sociétés coopératives : en effet, au terme du point 9 des clauses types prises en annexe de l'article R.422-6 du Code de la Construction et de l'Habitation « le mandat des membres du Conseil d'administration ou du Conseil de surveillance est exercé à titre gratuit dans les conditions fixées à l'article R.421-10 ».

#### **A.1.2. Sur les frais indemnifiables**

- **Sur l'indemnité forfaitaire pour compenser la diminution de revenus**  
Le Conseil d'administration ou le Conseil de Surveillance a la possibilité d'allouer à ses membres une indemnité forfaitaire pour compenser la diminution du revenu occasionnée par la participation aux réunions des organes dirigeants (Conseil d'administration, bureau, commission) dans les limites réglementaires : cette indemnité est d'un montant horaire de 7,33 euros dans la limite de huit heures par jour.
- **Sur le remboursement des frais de déplacement**  
Le versement d'une indemnité forfaitaire aux administrateurs des ESH est autorisé par l'arrêté du 31 juillet 1985, modifié par celui du 28 avril 1998.

Après avoir fixé un montant maximal initial, ce texte précise que le taux de l'indemnité de déplacement « suivra l'évolution fixée pour le groupe I par l'arrêté pris en application des articles 9 et 13 du décret du 10 août 1966 », opérant ainsi une indexation de cette indemnité de déplacement à l'indemnité de mission des fonctionnaires civils quant à son montant.

Il s'agit d'un texte d'application transitoire depuis le décret n° 2008-566 du 18 juin 2008 qui a créé un nouvel article R. 421-10 dont l'application est retardée par la publication d'un arrêté ministériel.

Dès lors, les ESH, après délibération de leurs Conseils d'administration, procèdent au versement d'une indemnité forfaitaire dite « de déplacement » et remboursent également aux administrateurs leurs frais de déplacement.

Dans le cadre de ses missions de contrôle opérés en 2015, l'ANCOLS a eu l'occasion de préciser que l'ancien article R. 421-56 du CCH et l'arrêté du 31 juillet 1985 demeuraient applicables jusqu'à l'entrée en vigueur de l'arrêté interministériel visé à l'article R. 421-10 du CCH.

Cette indemnité est forfaitaire et actuellement fixée à 83,86 € pour Paris (et les départements limitrophes 92, 93, 94) et à 68,61 € pour la province.

- **Sur les coûts de formation**  
Le Conseil d'Administration ou le Conseil de surveillance a la possibilité de décider de la prise en charge des coûts de formation des administrateurs, en vue de l'exercice de leur mission dans la limite de trois jours par an et par administrateur.
- **Sur la mise à disposition d'outils de travail (téléphone portable...)**  
Au terme de son rapport d'activité 2002, la MILOS rappelle que la gratuité du mandat implique que l'utilisation de ces outils soit réservée à l'exercice de la mission des administrateurs ou membres du Conseil de surveillance à l'exclusion de toute utilisation privative.

#### **A.1.3. Sur le traitement social des fonctions d'administrateur**

Les administrateurs ne sont pas affiliés au régime général selon le Code de la Sécurité Sociale.

### **A.2. La rémunération des Directeurs généraux, des Directeurs généraux délégués**

#### **A.2.1. Principe**

L'allocation d'une rétribution est tout à fait possible pour les Directeurs généraux non administrateurs ou les Directeurs généraux délégués.



Cette rémunération, en application de l'article L225-53 du Code de commerce est déterminée par le Conseil d'administration et prévue dans l'acte de nomination. La rémunération doit donc faire l'objet d'une délibération statuant sur son montant et ses modalités.

Toute rémunération non déterminée par le Conseil d'administration (ou le Conseil de surveillance en ce qui concerne les membres du directoire) est indûment perçue et le dirigeant peut être tenu d'en rembourser le montant à la société. De même, le dirigeant qui n'a pas saisi le Conseil pour la fixation de sa rémunération, ne peut en demander la fixation en justice.

Ce sont également le Conseil d'administration et le Conseil de surveillance qui sont compétents pour modifier la rémunération ou pour la supprimer, de façon unilatérale.

Cependant, la suppression d'une rémunération décidée unilatéralement par le Conseil d'administration ou de surveillance ne peut être rétroactive, sauf accord de l'intéressé.

#### A.2.2. Respect de la procédure des conventions réglementées

Par arrêt en date du 3 mars 1987 (n° 84-15.726), la Cour de Cassation est venue préciser que **la fixation de la rémunération du Directeur général, du Directeur général délégué, des membres du directoire, n'est pas soumise à la procédure de contrôle des conventions réglementées prévue par les articles L 225-38 et suivants du Code de Commerce.**

**La procédure des conventions réglementées doit être écartée en cas d'attribution au dirigeant d'avantages s'analysant en un complément de rémunération ce qui suppose les trois conditions suivantes :**

- l'avantage consenti doit être la contrepartie des services particuliers rendus à la société par le dirigeant pendant l'exercice de ses fonctions,
- l'avantage doit être proportionné à ces services,
- l'avantage ne doit pas constituer une charge excessive pour la société.

**En revanche, si un élément de rémunération n'est pas versé en raison de l'exercice du mandat social et en contrepartie de services rendus à la société, mais qu'il présente une nature contractuelle, la procédure des conventions réglementées s'applique.**

Par exemple, l'allocation d'un complément de retraite peut être considérée comme un mode « différé » de rémunération lorsqu'elle a pour contrepartie les services effectivement fournis par le dirigeant dans l'exercice de ses fonctions de dirigeant. Elle ne relèvera donc pas de la procédure des conventions réglementées (Cass., Com., 24 oct. 2000, n°98-18.367).

En revanche, l'octroi d'une indemnité de départ au dirigeant évincé ne constitue pas une rémunération, mais s'analyse en une convention soumise à la procédure d'autorisation des articles L. 225-38 et suivants du Code de commerce (CA Paris, 14ème ch., 16 nov. 2005, n°05-19135).

Ainsi, il sera préconisé que, si des éléments de rémunération présentant une nature conventionnelle sont fixés par le Conseil d'administration ou le Conseil de surveillance, ils soient pris par délibération séparée et soumis à l'approbation de l'assemblée des actionnaires.

Ceci permettrait au Conseil d'administration de délibérer sur :

- d'une part, une délibération portant nomination du dirigeant et fixant par ailleurs sa rémunération (correspondant à la contrepartie des services rendus à la société pendant l'exercice de ses fonctions); cette délibération pourra ne pas être soumise à l'approbation de l'assemblée des actionnaires ;
- une autre délibération fixant les autres éléments de rémunération (n'étant pas la stricte contrepartie des services fournis par le dirigeant dans l'exercice de ses fonctions), soumise à l'assemblée des actionnaires.

### A.2.3. Sur l'information des actionnaires

Le code de commerce prévoit, **s'agissant des sociétés cotées**, que le rapport annuel de gestion présenté par le Conseil d'administration à l'assemblée générale ordinaire des actionnaires doit « *rendre compte de la rémunération totale et des avantages de toute nature versés, durant l'exercice, à chaque mandataire social* » (art. L. 225-102-1 C.Com.).

Ainsi, le Conseil d'administration doit faire preuve de transparence vis-à-vis des actionnaires, quant aux rémunérations et éléments de rémunération versés aux dirigeants, ceci permettant aux actionnaires d'être informés des éléments qui n'ont pas été soumis à leur approbation.

En revanche, **en ce qui concerne les entreprises sociales pour l'habitat, celles-ci n'étant pas des sociétés cotées, elles doivent obéir seulement au régime normal d'information des actionnaires** (art. L. 225-100, al. 2 C.Com.), lequel prévoit la présentation annuelle d'un rapport de gestion écrit, avant la présentation des comptes annuels, exposant notamment de manière claire et précise à l'assemblée :

- la situation de la société et son activité et, le cas échéant, de ses filiales ;
- les résultats de la société ;
- les progrès réalisés, les difficultés rencontrées et les perspectives d'avenir ;
- le choix de l'une des deux modalités d'exercice de la direction générale, si celle-ci a changé ;
- la liste de l'ensemble des mandats et des fonctions exercés dans toute société par chacun des mandataires sociaux.

### A.2.4. Traitement social

En application du droit commun, le Directeur général d'une société anonyme d'HLM est affilié au régime général selon l'article L311-3,12° du Code de la Sécurité Sociale.

Cette affiliation lui donne droit à la plupart des prestations du régime général, à l'exception notable de l'assurance-chômage, qui est réservée aux titulaires d'un contrat de travail.

Sa rémunération sera donc soumise aux mêmes cotisations sociales qu'un salarié, à l'exception de celles relatives à l'affiliation au régime d'assurance-chômage.

L'assimilation des mandataires aux salariés ne vaut que pour les régimes obligatoires de sécurité sociale (RGTS) et de retraite complémentaire (ARRCO- AGIRC) et ne peut en soi être invoquée pour le bénéfice des régimes de protection sociale complémentaire.

Les régimes complémentaires peuvent s'appliquer aux mandataires lorsque l'acte juridique fondateur (exemple : accord d'entreprise, décision unilatérale) le prévoit expressément ou assimile le dirigeant au salarié en s'appuyant sur les dispositions du droit de la sécurité sociale (exemple : clause ou disposition précisant que « *le régime s'applique aux salariés au sens du droit du travail et au sens du droit de la sécurité sociale* »).

### A.2.5. Traitement fiscal

La rémunération du Directeur général est soumise au régime fiscal des traitements et salaires.

### A.2.6. Le mandataire social bénéficie des conventions et accords d'entreprise

#### • Participation aux résultats de l'entreprise

La loi du 3 décembre 2008 permet aux Présidents Directeurs généraux, membres du directoire de bénéficier du régime de participation :

- dans les entreprises de moins de 50 salariés, non assujetties à l'obligation de mise en œuvre d'un régime de participation ;
- dans les entreprises de 1 à 250 salariés dans le cas où celles-ci ont mis en place un accord de participation dérogatoire.

Ils bénéficient alors de droits sur la partie de la réserve spéciale de participation qui excède le montant de ce qui aurait été versé en application des règles de droit commun.

**Les dirigeants peuvent bénéficier du régime de participation, à la condition que l'accord de participation le prévoit expressément ; il s'agit d'une faculté et non d'un droit.**

- **Plan d'épargne entreprise**

Les dirigeants de sociétés, qui sont des mandataires sociaux et non des salariés, ne peuvent pas participer à un plan d'épargne d'entreprise, sauf s'ils cumulent avec leur mandat un contrat de travail.

L'article L.3332-10 du Code du travail prévoit que les versements pour le salarié dont le contrat de travail est suspendu, qui n'a perçu aucune rémunération au titre de l'année de versement, ne peuvent excéder le quart du montant annuel du plafond de la sécurité sociale.

Par exception, dans les entreprises dont l'effectif habituel comprend au moins un et au plus 250 salariés, le chef d'entreprise peut également participer aux plans d'épargne d'entreprise, même s'il n'est pas titulaire d'un contrat de travail.

La participation au PEE est alors ouverte, aux Présidents Directeurs généraux ou membres du directoire.

- **L'intéressement**

Dans les entreprises qui emploient habituellement au moins 1 salarié (même à temps partiel) en sus du dirigeant lui-même et au plus 250 salariés, les dirigeants peuvent être admis à bénéficier de l'intéressement.

Sont concernés les Présidents, Directeurs Généraux ou membres du Directoire (article L.3312-3 du Code du travail).

**Dans ce cas, l'accord doit expressément mentionner que le dirigeant bénéficie de l'intéressement: en l'absence d'une telle clause, seuls les salariés en sont bénéficiaires.**

La condition d'effectif doit être satisfaite au moment de la signature de l'accord d'intéressement et pendant une durée cumulée au moins égale à la moitié de l'exercice.

#### A.2.7. La rémunération des membres du directoire

- **Principe**

Au terme de l'article L.225-63 du Code de Commerce, la rémunération des membres du directoire est fixée par le Conseil de surveillance lors de la nomination de chacun des intéressés.

- **Traitement social**

Les membres du directoire, par analogie avec la situation du Président et des Directeurs généraux de la SA de structure classique, sont assimilés à des salariés au regard de la sécurité sociale (Cass. soc., 1er juin 1978 : Bull. civ. V, n° 426).

Un membre du directoire est ainsi affilié au régime général de sécurité sociale ainsi qu'au régime complémentaire de retraite des cadres.

Les régimes de protection sociale complémentaire s'appliquent généralement aux salariés au sens du droit du travail.

L'assimilation des mandataires aux salariés ne vaut que pour les régimes obligatoires de sécurité sociale (RGTS) et de retraites complémentaires (ARRCO - AGIRC) et ne peut être en soi invoquée pour le bénéfice des régimes de protection sociale complémentaire.

Ces régimes peuvent aussi s'appliquer aux mandataires lorsque l'acte juridique fondateur (notamment, la décision unilatérale de l'employeur) le prévoit expressément ou assimile le dirigeant au salarié en s'appuyant sur les dispositions du droit de la sécurité sociale (ex : une clause ou une disposition précisant que « le régime s'applique aux salariés au sens du droit du travail et au sens de la sécurité sociale »).

- **Traitement fiscal**

La rémunération des membres du directoire est soumise au régime fiscal des traitements et salaires.

---

## **B. Sur le régime d'assurance chômage**

Les mandataires sociaux ne peuvent bénéficier du régime d'assurance chômage des salariés ni à celui de l'assurance garantie des salaires.

---

### **B.1. Sur le principe d'une assurance volontaire pour les Directeurs généraux, Directeurs généraux délégués, membres du directoire**

Pour permettre aux mandataires sociaux non couverts par le régime de l'UNEDIC de bénéficier d'une indemnisation en cas de chômage, il existe un régime d'assurance volontaire perte d'emploi, la GSC proposée par l'association GSC, souscriptrice du produit.

La perte involontaire de l'activité professionnelle couverte par la garantie sociale des chefs et dirigeants d'entreprise (GSC) doit résulter notamment d'une révocation ou non reconduction du mandat social.

**Le dirigeant social doit justifier de la perte involontaire de son mandat et doit être à la recherche d'un emploi au sens du Code du travail (inscription à Pôle emploi, aptitude et disponibilité à exercer une nouvelle activité professionnelle).**

**Pour adhérer à la garantie sociale des chefs et dirigeants d'entreprise, l'entreprise doit être membre d'une organisation patronale adhérente à la convention de groupe et membre de l'association GSC.**

Si au moment de l'adhésion, l'entreprise est membre d'une organisation patronale non adhérente à la GSC, les services de la GSC affilieront l'entreprise et solliciteront dans le même temps l'adhésion de l'organisation patronale.

Si, au moment de l'adhésion, l'entreprise n'est pas adhérente à une organisation patronale, l'affiliation prendra effet à condition que l'entreprise régularise dans le délai d'un an son adhésion à l'une des organisations patronales membres de l'Association GSC.

À titre d'exemple, l'affiliation du dirigeant est possible jusqu'à son 60<sup>ème</sup> anniversaire.

En principe, le dirigeant ne doit pas avoir dépassé son 58ème anniversaire à la date d'affiliation.

Toutefois, les services de la GSC étudient, au cas par cas, toute demande d'affiliation d'un mandataire social âgé de 58 ou 59 ans.

Par ailleurs, le dirigeant ne doit pas être titulaire (ou susceptible de bénéficier) d'une pension pour un taux d'invalidité égal ou supérieur à 66 %.

La souscription d'un tel contrat, accessoire à la rémunération peut s'analyser en une convention courante : cette souscription peut être prévue lors de la négociation du mandat social.

Il existe d'autres compagnies d'assurance couvrant ces risques mais avec des conditions financières et des garanties différentes.

---

### **B.2. Sur la situation en cas de cumul contrat de travail/ mandat social**

#### **a. Dans une même société**

En cas de cumul mandat social/ contrat de travail, conformément à la procédure mise en place par l'Unedic en 1980, les mandataires/ salariés et leurs sociétés doivent interroger préalablement l'Assedic compétente ou le Garp (pour la région parisienne) afin de connaître l'étendue de leurs droits.

Ainsi que le rappelle la directive de l'Unedic n° 36-02 du 31 juillet 2002 relative aux droits des dirigeants mandataires et autres au régime d'assurance chômage, il leur appartient (à eux ou à leur employeur) d'adresser à ces institutions une demande de renseignement correspondant à leur situation.

L'Assedic ou le Garp, généralement dans les cinq jours suivant la réception de la demande dûment complétée, procède à l'instruction du dossier, donc vérifie que le mandataire cumule vraiment un contrat de travail avec son mandat social.

L'avis est rendu « *sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux* ».

Si il est favorable, les contributions d'assurance chômage ainsi que les cotisations à verser au titre de l'AGS seront dues et l'intéressé dont le contrat de travail viendrait à être rompu percevra les droits correspondants.

En cas d'avis défavorable et dans l'hypothèse où des cotisations ou contributions auraient été versées, l'employeur devra en être remboursé et ce, sous réserve de la prescription triennale applicable en la matière.

En tout état de cause le mandataire social également salarié doit rappeler à l'organe dirigeant de la société l'existence de son contrat de travail et le salaire y afférent.

Par ailleurs, lorsque le mandataire social était salarié préalablement à son mandat, la théorie de la suspension automatique du contrat de travail pendant l'exercice du mandat social permet à l'issue de cette période de reprendre la relation salariale.

Dès lors en cas de licenciement ultérieur, le salarié (ancien mandataire social) pourra bénéficier du régime de l'assurance chômage sous réserve d'avoir cotisé un nombre suffisant de mensualités.

En effet, les périodes de suspension d'un contrat de travail en raison de l'exercice d'un mandat social sont exclues pour le calcul des droits à l'assurance-chômage.

Or, pour bénéficier du régime d'assurance chômage il est nécessaire d'avoir cotisé pendant un minimum de quatre mois durant les vingt-huit mois ou trente-six mois précédant la fin du contrat de travail.

Ainsi, un salarié devenu mandataire social pendant plus de vingt-huit mois (ou trente-six mois selon son âge) ne pourrait plus bénéficier en cas de licenciement après révocation de son mandat social, du bénéfice de l'assurance chômage.

Pour éviter un tel écueil, il apparaît nécessaire de conclure avant la prise de fonction de mandataire social, une clause de garantie d'emploi, qui permettrait de restreindre pendant une durée déterminée le droit par l'employeur de résilier unilatéralement le contrat de travail à l'issue du mandat social.

La violation de cet engagement sauf cas de force majeure, de faute ou d'accord du salarié engage la responsabilité de l'employeur.

L'employeur en cas de violation de cette clause sera tenu d'indemniser le salarié du solde des salaires restant dus jusqu'au terme de la période de garantie sauf si les juges du fond qualifient cette clause de pénale.

Reste que cette clause sera paralysée en cas de faute grave ou de faute lourde du salarié, afin de ne pas porter une atteinte excessive à la liberté de rompre le contrat de travail.

Les parties peuvent également convenir de verser une indemnité différentielle d'assurance-chômage pour compenser le préjudice lié à une prise en charge minorée par le Pôle Emploi (ex ASSEDIC) du fait de la suspension du contrat.

Cette indemnité est calculée par rapport au montant total brut des allocations chômage auquel le dirigeant aurait pu prétendre auprès du Pôle Emploi si son contrat n'avait pas été suspendu pendant la durée du mandat social.

Il faut aussi prévoir que l'indemnité ne sera pas due si le salarié poursuit son contrat de travail, après la fin du mandat, pendant une durée suffisante pour lui permettre de bénéficier à nouveau de la durée maximale d'indemnisation chômage ou si l'intéressé n'est plus en mesure de bénéficier de l'assurance-chômage en raison de son âge.

#### **b. Dans un groupe de société**

La fin du mandat social n'entraîne pas automatiquement le licenciement du salarié de la société mère. Cette dernière doit procéder au reclassement du salarié.

Si à l'issue de ce reclassement, le salarié est licencié, il devrait pouvoir être pris en charge par le régime d'assurance chômage dès lors que le contrat de travail conclu avec la société mère était caractérisé par un lien de subordination (ce que l'ANCOLS ainsi que sus indiqué serait amené à critiquer).

## C. Sur les retraites

### C.1. Sur la retraite de base

Toute personne qui assume des fonctions de direction et qui est considérée comme salariée par application de la législation de la sécurité sociale est obligatoirement affiliée à l'AGIRC et à une institution relevant de l'ARRCO.

### C.2. Sur les régimes collectifs obligatoires

#### C.2.1. Retraites complémentaires à prestations définies (article 39 du CGI)

Il s'agit d'un régime d'adhésion collectif à caractère obligatoire.

Les régimes de retraite dits « à prestations définies » sont destinés à garantir à une catégorie de salariés ou aux mandataires sociaux visés aux articles L.3323-6 et L.3324-2 du Code du travail, un pourcentage convenu de leur rémunération de fin de carrière ou un niveau de retraite prédéterminé.

Le versement de la retraite supplémentaire peut être subordonné à la présence dans l'entreprise lors de son départ en retraite.

La loi portant réforme des retraites du 9 novembre 2010 (n°2010-1330) oblige les entreprises ayant mis en œuvre un dispositif de retraite supplémentaire à prestations définies pour une catégorie de bénéficiaires à prévoir, pour l'ensemble des salariés, un plan d'épargne pour la retraite collectif (Perco) ou un régime de retraite supplémentaire obligatoire.

Ces retraites peuvent prendre deux formes.

#### **Une retraite complémentaire**

En contrepartie des services rendus, la société peut accorder au dirigeant qui cesse ses fonctions une pension de retraite complémentaire à celle à laquelle lui donne droit son activité de dirigeant.

Au regard du droit des sociétés, la pension ainsi allouée s'analyse comme un complément de rémunération du dirigeant pour les services passés (Cour d'appel de PARIS du 24 octobre 1960).

En application des dispositions du Code du commerce, le principe et les modalités de son attribution doivent être décidés par le Conseil d'Administration ou le Conseil de Surveillance (articles L.225-38 et 225-47 du Code de commerce).

La Cour de cassation considère que la décision octroyant un complément de retraite est régulière dès lors que cet avantage est la contrepartie des services particuliers rendus à la société pendant l'exercice de ses fonctions par le dirigeant, qu'il est proportionné à ces services et ne constitue pas une charge excessive pour la société (Cass. com., 3 mars 1987, no 84-15.726).

#### **Un régime mixte**

Les régimes mixtes sont une combinaison des régimes additifs et des régimes différentiels puisqu'ils garantissent à la fois un niveau global de retraite et un montant de retraite.

#### C.2.2. Le régime de retraite à cotisations définies (article 83 du CGI)

L'entreprise ne s'engage que sur le niveau de financement et la gestion de ces régimes est nécessairement externalisée et suppose donc la souscription d'une « convention de garanties collectives ».

Il permet de transformer une épargne régulièrement constituée pendant la période d'activité en rente viagère au moment du départ à la retraite.

Les mandataires sociaux peuvent bénéficier des retraites complémentaires à cotisations définies.

Le régime de retraite à cotisations définies entraîne nécessairement le versement du capital épargné sous forme de rente viagère et uniquement au moment du départ à la retraite.

### **C.3. Le régime de retraite collectifs facultatifs (article 82 du CGI) :**

Les entreprises peuvent mettre en place un régime de retraite supplémentaire facultatif pour l'ensemble de ses salariés ou une catégorie objective d'entre eux, en vue de leur garantir le versement d'une rente ou d'un capital à une date déterminée. Les salariés concernés sont libres d'y adhérer ou non.

### **C.4. Sur les plans d'épargne pour la retraite collectifs (PERCO)**

Un mandataire social peut bénéficier de ce dispositif de retraite dans les entreprises de 1 à 250 salariés dès lors que le contrat vise expressément les mandataires sociaux.

### **C.5. Sur les conventions d'indemnisation à l'issue du mandat social**

Les indemnités de révocation semblent autorisées si elles ne font pas obstacle à la décision des organes sociaux, actionnaires ou administrateurs, de révoquer librement le mandataire social.

Les accords d'indemnisation conclus avec des tiers ne participant pas directement ou indirectement au vote de révocation, et donc évidemment non actionnaires, paraissent, selon la jurisprudence et la doctrine, parfaitement valables.

Il a été jugé qu'un accord passé entre le PDG d'une société anonyme et une société tierce, accord selon lequel la société tierce s'engageait à racheter les parts du PDG en cas de cessation de fonction, n'était pas un obstacle au principe de la révocation ad nutum dans la mesure où le Conseil d'administration, qui a décidé la révocation du PDG, était étranger à cette convention.

Un ex-dirigeant peut tout à fait valablement discuter, après son éviction, de ses indemnités.

Il n'y a pas là obstacle à la libre révocabilité, puisque l'ancien dirigeant est déjà évincé. Il est évident qu'en pratique, ces indemnités sont alors laissées au bon vouloir des organes en place et que les moyens de pression de l'ex dirigeant sont alors très limités.

Au terme de son rapport 2002, l'ANCOLS rappelle qu'une indemnité forfaitaire de révocation d'un Directeur général ne peut être fixée par avance par le Conseil d'administration et ce en application de l'article L 225-55 du Code de Commerce.

La jurisprudence actuelle valide les indemnités :

- modestes qui ne font pas obstacle à la révocation ad nutum ;
- pour préjudice dans la révocation.

Cette indemnité peut prendre la forme :

- de convention de versement d'une pension retraite complémentaire ;
- de convention d'indemnités pour services exceptionnels ;
- de convention d'indemnités de départ pour services rendus ;
- de convention d'indemnités de fin de carrière versées parfois par une compagnie d'assurance payées par l'entreprise auprès de laquelle l'entreprise a réglé des primes (assurance souscrite au profit du dirigeant) ;
- de conventions tendant à l'engagement de nomination du PDG en tant que Directeur salarié.

La jurisprudence considère que la convention d'indemnisation, conclue après révocation, constitue la réparation du préjudice causé par la façon abusive dont s'est déroulée la révocation (préjudice dans la révocation).

Il s'agit de réparer un abus commis lors de l'exercice du droit de révocation et alors même que la révocation pouvait être parfaitement justifiée et était dans la forme régulière.

Il en est ainsi lorsque les annonces publiques de révocation sont particulièrement brutales, sous des motifs fallacieux, ou sans même que l'intéressé puisse se faire entendre.

Il en est de même plus généralement lorsqu'il est injustement porté préjudice à la victime, notamment en raison de l'atteinte à son honneur ou sa réputation.

Dès lors et au regard du caractère indemnitaire de ces conventions, elles doivent être autorisées par le Conseil d'administration ou de surveillance, puis faire l'objet d'un rapport spécial des commissaires aux comptes avant d'être soumises à l'assemblée générale des actionnaires.



---

## III. 2

# DANS LES ASSOCIATIONS

---

En principe, les dirigeants d'une association peuvent bénéficier d'une rémunération de leur fonction.

Aucune disposition de la loi du 1er juillet 1901 ne prohibe en effet, la rémunération des dirigeants d'association.

Cependant, la rémunération versée aux dirigeants d'associations loi 1901 doit respecter certaines limites.

Il existe en effet deux types de plafonds fiscaux différents :

**1. Soit on applique à la rémunération des dirigeants d'associations la limite des trois quarts du SMIC annuel brut.** Ce plafond peut être appliqué par toutes les associations loi 1901 car il ne prévoit aucun montant minimal de ressources propres.

Il est calculé sur une base annuelle : pour chaque dirigeant, il est égal à 13 117,68 euros brut par an pour l'année 2015.

Il prend en compte l'ensemble des rémunérations versées aux dirigeants de l'association loi 1901, c'est-à-dire les rémunérations qui lui sont versées en tant que dirigeant ou salarié de la même ou d'une autre association liée.

Par rémunération, il faut entendre le versement des sommes d'argent ou l'octroi de tout avantage consenti par l'organisme (salaires, honoraires, avantages en nature).

**2. Soit on applique à la rémunération des dirigeants d'associations la limite de trois fois le plafond annuel de la sécurité sociale.**

Ce plafond ne peut être appliqué que par les associations loi 1901 ayant au minimum trois ans d'existence.

Par ailleurs, ce dispositif ne s'applique qu'aux associations dont les ressources propres sont supérieures à 200 000 euros.

Il est calculé sur une base annuelle : il est égal à 114 120 euros brut par an.

Il permet de rémunérer au maximum trois dirigeants.

Plus précisément, si les ressources propres de l'association sont comprises entre 200 000 euros et 500 000 euros, un dirigeant peut être rémunéré.

Si les ressources sont comprises entre 500 000 et 1 000 000 d'euros, deux dirigeants peuvent être rémunérés.

Si les ressources sont supérieures à 1 000 000 d'euros, trois dirigeants peuvent être rémunérés.

La rémunération versée doit être en adéquation avec les sujétions imposées au dirigeant.

Toutefois attention, le fait de rémunérer les dirigeants peut avoir plusieurs conséquences :

- cela peut empêcher l'association de prétendre à l'octroi de subventions ou d'agréments ;
- cela peut remettre en cause le non assujettissement aux impôts commerciaux si la rémunération n'est pas proportionnée au travail effectué ou excède les trois quart du SMIC alors que les ressources de l'association sont inférieures à 200 000 euros ;
- cela entraîne l'assujettissement de l'association loi 1901 aux charges sociales ;
- cela entraîne des obligations comptables complémentaires.

Les dirigeants rémunérés sont imposés dans la catégorie des traitements et salaires.

Enfin, l'association qui rémunère un ou plusieurs de ses dirigeants, doit communiquer à la direction des services fiscaux dont elle dépend, chaque année et au plus tard dans les six mois de la clôture de l'exercice au cours duquel la ou les rémunérations ont été versées, un document attestant du montant des ressources.

Au terme de son rapport 2008, la Miilos rappelle que pour se conformer aux dispositions des articles L.423-10 et L.423-11 du Code de la Construction et de l'Habitation, les mises à disposition par une association de dirigeants doivent faire l'objet de conventions réglementées.

Souvent, dans la pratique, les mandats d'administrateur et de direction sont exercés gratuitement et ne donnent lieu qu'à des remboursements de frais.

Les statuts peuvent parfois subordonner ces remboursements à une décision expresse collégiale, voire de l'assemblée générale, statuant hors la présence des intéressés.

---

# III.3 DANS LES GIE

---

Au terme de l'article L 251-11 du Code de Commerce, « le groupement est administré par une ou plusieurs personnes. Une personne morale peut être nommée administrateur du groupement sous réserve qu'elle désigne un représentant permanent, qui encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était administrateur en son nom propre ».

Les rémunérations versées aux administrateurs ne sont pas soumises aux traitements et salaires : il s'agit de rémunération versées à des travailleurs non-salariés.

Ainsi, la Miilos condamne la situation du Directeur général à titre gratuit d'une SA d'HLM par ailleurs Directeur général rémunéré d'un GIE d'un groupe contrôlé.

En effet, dans ce cas, la SA n'a pas connaissance de la rémunération de son Directeur général alors qu'il lui appartient de la fixer.

En outre, la fonction assurée à titre gratuit ne l'est en réalité pas puisque la rémunération du Directeur Général du GIE est indirectement refacturée à la SA d'HLM dans le cadre de la convention entre le GIE et la SA d'HLM.

Cette analyse s'applique a fortiori à la situation de l'administrateur ou du membre du Conseil de surveillance d'une SA d'HLM rémunéré en qualité de mandataire social ou de salarié du GIE.



# PARTIE IV

---

## LE RÉGIME DES RESPONSABILITÉS

---

## IV.1 LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES DIRIGEANTS

87

A. Les dirigeants responsables	88
A.1. Dirigeants de droit	88
A.2. Dirigeant de fait	88
B. Conditions de la responsabilité civile	89
B.1. La faute	89
B.2. Le dommage	90
B.3. Le lien de causalité	90
B.4. Exonération de responsabilité	90
C. Cas de responsabilité	90
C.1. Responsabilité à l'égard de la société et des associés	90
C.1.1. Infractions aux dispositions légales et réglementaires	90
C.1.2. Violation des statuts	91
C.1.3. Faute de gestion	91
C.2. Responsabilité à l'égard des tiers	93
D. Responsabilité contractuelle	94
D.1. Groupement d'intérêt économique	94
D.2. Association	95
D.2.1. Responsabilité des dirigeants vis-à-vis de l'association et de ses membres	95
D.2.2. Responsabilité des dirigeants vis-à-vis des tiers	95

## IV.2 ASSURANCE RESPONSABILITÉ CIVILE

97

IV.2.1. Souscripteur	97
IV.2.2. Assurés	97
A. Les dirigeants de droit	97
B. Les dirigeants de fait	98
C. Autres bénéficiaires	98
C.1. Objet de la garantie	98
D. Portée de la garantie	99
D.1. À l'égard des tiers	99
D.2. À l'égard de la société	99
D.3. À l'égard des associés	100
E. Souscription	101
F. Procédure des avantages particuliers	101
G. Cotisations	101

## IV.3 RESPONSABILITÉ PÉNALE DES DIRIGEANTS SOCIAUX

102

IV.3.1. Personnes physiques susceptibles d'être mises en cause dans la société anonyme	103
A. Dirigeants de droit	103
B. Dirigeants de fait	104
C. Cessation des fonctions	104
IV.3.2. Mise en œuvre de la responsabilité pénale	105
A. Conditions de la responsabilité pénale	105
B. Infractions sanctionnées : exemple de l'abus de biens sociaux, l'abus de confiance, l'abus de pouvoirs et de voix et la prise illégale d'intérêts	105
B.1. L'abus de biens sociaux	105
B.2. L'abus de pouvoirs et de voix	107
B.3. L'abus de confiance	107
B.4. La prise illégale d'intérêts	108
B.5. Le délit de favoritisme	110

<b>IV.4.1. Sujets de la délégation de pouvoirs</b>	<b>112</b>
A. Qui peut être l'auteur d'une délégation ? Propos sur le délégant	112
B. Qui peut être bénéficiaire de la délégation ? Propos sur le délégataire	113
C. Qui peut bénéficier d'une délégation du délégataire ? Propos sur le subdélégataire	115
<b>IV.4.2. Conditions de validité de la délégation de pouvoirs</b>	<b>116</b>
A. La durée de la délégation de pouvoirs	116
B. Forme de la délégation de pouvoirs	116
C. Information du bénéficiaire de la délégation	117
<b>IV.4.3. Effets de la délégation de pouvoirs</b>	<b>118</b>
A. Effets à l'égard de la société	118
B. Effets à l'égard des parties à la délégation	118
B.1. Responsabilité du délégataire	118
B.1.1. La responsabilité civile	118
B.1.2. La responsabilité pénale	118
B.2. Responsabilité du délégant	118
B.2.1. Civile	119
B.2.2. Pénale	119

---

---

## IV . 1

# LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES DIRIGEANTS

---

**À l'instar de tous les justiciables, les dirigeants sociaux engagent leur responsabilité civile lorsque par leurs agissements ils causent un dommage à autrui.**

Cette responsabilité a un double objet : la réparation du préjudice et la justification de la mesure prise à l'encontre des auteurs de l'acte incriminé.

**Elle repose sur des fondements différents selon qu'elle est engagée envers la personne morale et ses membres ou envers les tiers.**

**Elle est en principe contractuelle dans la première hypothèse et extracontractuelle dans la seconde.**

S'agissant en particulier des Entreprises sociales pour l'habitat, il sera rappelé que les irrégularités de gestion, carences et fautes graves commises par le Conseil d'administration, le directoire ou le Conseil de surveillance font l'objet de sanctions prononcées par le ministre chargé du logement et pouvant aller jusqu'à la dissolution de la société et la nomination d'un liquidateur (CCH, art. L. 422-7 et R. 422-17).

Le ministre peut également suspendre les organes dirigeants et nommer un administrateur provisoire (CCH, art. L. 422-8).

Une mauvaise administration ou une activité insuffisante de la SA peuvent également entraîner sa dissolution (CCH, art. L. 422-9 et R. 362-2).



## A. Les dirigeants responsables

Au regard du droit de la responsabilité, le mot « dirigeant » doit être pris dans son sens le plus large. Il s'applique aux dirigeants de droit, mais aussi aux dirigeants de fait.

### A.1. Dirigeants de droit

**Les dirigeants responsables sont les organes de gestion, d'administration et de direction, qu'ils aient ou non la qualité de représentant légal de la société et que leur désignation ait ou non été publiée** (Cass. Com., 26 janvier 1988, jurisdata 1988-0001113).

Peu importe également que le dirigeant de droit ait exercé ou non ses fonctions de manière effective.

#### 1. Entrent ainsi dans la catégorie des dirigeants de droit :

- Dans les SA à direction centralisée, les administrateurs, le Président du Conseil d'administration, les Directeurs généraux délégués (c.com. art. L.225-53 et L.225-56 II du Code de Commerce)
- Dans les SA à direction dissociée, les administrateurs, le Président du Conseil d'administration, le Directeur général (c.com. art. L.225-56), les Directeurs généraux délégués
- Le représentant permanent d'une personne morale administrateur (c. com. Art. L.225-220), une solidarité entre la personne morale administrateur et son représentant garantissant le paiement effectif des dommages-intérêts (Cass. Com, 2 décembre 1986, jurisdata n° 1986-702803)
- Les membres du directoire dans les sociétés anonymes à directoire et Conseil de surveillance.

Il faut leur assimiler les personnes qui exercent des fonctions de direction dans des circonstances exceptionnelles, notamment l'administrateur délégué pour le temps de sa mission (c. com. Art. L.225-50), comme l'administrateur provisoire désigné en justice ou le liquidateur qui représente la société après sa dissolution.

#### 2. En revanche, n'ont pas la qualité de dirigeant de droit les membres du Conseil de surveillance qui sont chargés d'une mission de contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire.

Il en est de même des commissaires aux comptes qui assurent le contrôle des comptes de la société.

**Enfin, doivent être écartés les « Directeurs dits techniques » nommés par le Président du Conseil d'administration.**

Ce ne sont pas des mandataires sociaux, mais de simples salariés détenteurs d'attributions techniques, différents de celles d'administration générale.

#### 3. Quant au dirigeant retiré, même s'il a obtenu quitus de la communauté des associés, sa responsabilité peut être recherchée, après cessation de ses fonctions, pour les fautes commises antérieurement à celle-ci, à partir du moment où elles ne sont pas prescrites. (Cass com, 6 octobre 2009, n°06-15.141 et Cass. Crim. 2 septembre 2010, n°10-82.393).

### A.2. Dirigeant de fait

**Pour l'essentiel, l'appréciation de la qualité du dirigeant de fait relève du pouvoir souverain des juges du fond.**

La Cour de Cassation considère que la qualification de dirigeant de fait se caractérise par l'exercice en toute liberté et indépendance, de façon continue et régulière, d'activités positives de gestion et de direction engageant la société (CA Douai, 2ème chambre, 3 novembre 2005, JCPE 2006-1406).

Le dirigeant de fait est le plus souvent apparent.

**Il agit ouvertement à l'égard des tiers, comme s'il était le dirigeant de droit, voire le représentant légal de la société. Il peut aussi être occulté par l'intermédiaire d'un homme de paille.**

Ainsi, la qualification de gérant de fait est possible dans les groupes de sociétés, si la société mère ne laisse aucune indépendance à ses filiales.

La Cour de Cassation a ainsi retenu la responsabilité solidaire des sociétés d'un « groupe » ayant décidé de mettre fin à l'activité d'une société avant qu'elle n'ait achevé l'exécution d'un contrat, ce qui suffisait à caractériser son absence d'autonomie (Cass. Com., 4 mars 1997, jurisdata 1997-0009000), ou celle d'une société mère, simplement représentée au Conseil de surveillance de sa filiale, qui contrôlait presque à 100 % sa filiale et tous ses actes de gestion courante (Cass. Com., 6 juin 2000 n° 96-21-34).

Il résulte de l'ensemble de cette jurisprudence que la qualité de dirigeant de fait suppose une activité positive de gestion, présentant une certaine continuité.

**La responsabilité des dirigeants de fait n'est pas régie par les articles du Code de Commerce applicables à la responsabilité des dirigeants de droit**, et notamment son article L. 225-251 (Cass. Com., 6 octobre 1981, D1983 JP p. 133). C'est une responsabilité délictuelle de droit commun. Ainsi, cette responsabilité est fondée sur les articles 1382 et suivants du Code civil qui exigent que soient établis : une faute, un dommage et un lien de causalité entre les deux. **Enfin, une société peut être engagée par toute personne ne bénéficiant pas d'un mandat légal, lorsque les tiers ont pu légitimement croire que ce tiers disposait de tous les pouvoirs nécessaires pour engager la société. Il s'agit d'un mandat apparent.**

Toutefois, la société peut écarter sa responsabilité au titre des agissements du mandataire apparent lorsqu'elle démontre être restée totalement étrangère à la formation de l'apparence du mandat (Cass. Com. 12 décembre 1973, Bull. Civ. 1973, IV, n°361).

## B. Conditions de la responsabilité civile

Trois conditions doivent être cumulativement réunies pour que la responsabilité d'un dirigeant de société soit engagée : une faute (B.1), un dommage (B.2) et un lien de causalité (B.3).

### B.1. La faute

La responsabilité des dirigeants sociaux implique toujours une faute (Cass. Req., 1er décembre 1931, D.1933).

Cette faute n'a pas besoin d'être dolosive ou lourde. Elle doit avoir été commise personnellement par le dirigeant, qui n'est donc pas responsable suite à une décision prise par la collectivité des associés (Cass. Com. 4 mars 1986, JCP G 1986, IV, page 140).

La faute est-elle présumée ou le demandeur à l'action doit-il la prouver ? Il est difficile de répondre à cette question en raison de l'incertitude des textes et de la jurisprudence.

D'une manière générale, le dirigeant ne contracte qu'une obligation de moyens (G. Viney – les conditions de la responsabilité civile, LGDJ 2006). Ainsi, le déficit de la situation sociale ne permet pas de présumer de la faute de gestion du dirigeant (Cass. Com., 1er avril 1968, bull. civ. 1968, IV, n° 125).

Pour engager sa responsabilité, la faute doit être prouvée.

Il en va différemment si le dirigeant social viole des dispositions légales ou statutaires.

La seule existence de ces atteintes suffit à faire présumer la faute du dirigeant car on peut considérer qu'en qualité de mandataire social, il a une obligation de résultat qui est de ne pas se rendre coupable de tels manquements.

La faute du dirigeant est un fait, conformément au droit commun, elle peut donc se prouver par tous moyens.

Ainsi, le demandeur doit réunir les éléments de preuve ce qui n'est pas chose aisée.

C'est la raison pour laquelle, beaucoup d'actions en responsabilité prennent la forme d'une plainte avec constitution de partie civile, ce qui permet l'ouverture d'une instruction.

La faute personnelle est la cause première de l'engagement de la responsabilité civile des dirigeants.

En dehors de la violation de la loi ou des statuts qui font présumer la faute du dirigeant puisqu'il est tenu à une obligation de résultat, dans la plupart des cas, sa responsabilité est invoquée dans le cadre de la gestion.

D'où la difficulté d'en apporter la preuve car, étant tenu d'une obligation de moyens, il faut mettre en évidence un comportement dépourvu de diligence ou tout au moins dépourvu d'une diligence suffisante.

La faute de ce dirigeant est appréciée in abstracto.

Toutefois, s'agissant de la faute du dirigeant bénévole, le juge se montre moins sévère, en application de l'article 1992 du Code Civil.

## B. 2. Le dommage

En matière civile, contrairement au droit pénal, la faute n'est qu'un élément de la responsabilité qui ne suffit pas à engager celle-ci.

La condamnation du dirigeant suppose que la société, les associés ou mêmes les tiers aient subi un dommage qui doit être réparé.

Par conséquent, les administrateurs n'ont pas été déclarés responsables de certaines erreurs dans les comptes parce que ces erreurs n'avaient pas exercé d'influence sur les décisions de l'assemblée générale, et avaient été rectifiées ultérieurement (CA Paris 22 mars 1911, D. 1912, p. 353).

Selon le droit commun, pour être réparable, le dommage doit être actuel, direct, certain, personnel et porter atteinte à un droit acquis.

## B. 3. Le lien de causalité

**Conformément au droit commun la responsabilité des dirigeants sociaux, ne se conçoit que s'il est démontré l'existence d'une relation de cause à effet entre la faute et le préjudice** (Cass. Req. 28 janvier 1908, DP 1909, I, p. 453). Cette preuve est parfois difficile à rapporter dans la pratique.

La relation de cause à effet est soumise au contrôle de la Cour de cassation. Ainsi, doit être cassé comme insuffisamment motivé, l'arrêt qui se borne à constater que les pertes de la société sont dues à des causes autres que les fautes des administrateurs, mais sans indiquer lesquelles (Cass. Civ. 18 mai 1887, DP 1887, I, p. 400).

## B. 4. Exonération de responsabilité

- 1. Interdiction des clauses statutaires exonératoires de responsabilité** : les articles L.223-22 alinéa 4 pour les SARL et L.223-253 alinéa 1 pour la société anonyme du Code de Commerce posent le principe d'une responsabilité d'ordre public des dirigeants de société anonyme d'où il ressort la nullité de toute clause d'exonération.
- 2. Exonération par la force majeure** : les dirigeants peuvent être exonérés de tout ou partie de leur responsabilité, à la suite d'un cas fortuit ou un cas de force majeure (art. 1147 du Code Civil).

Ces notions s'entendent d'un événement extérieur à la fois imprévisible, irrésistible et insurmontable.

## C. Cas de responsabilité

### C. 1. Responsabilité à l'égard de la société et des associés

#### C. 1. 1. Infractions aux dispositions légales et réglementaires

En pareilles circonstances, la responsabilité n'est pas invoquée à la suite d'une simple abstention, mais d'une attitude positive de fraude à la loi ou au règlement.

**La violation par le dirigeant d'une disposition légale ou réglementaire est une cause générale de responsabilité civile.**

Par conséquent, peu importe que cette violation soit ou non sanctionnée pénalement (Cass. Com., 9 novembre 1993, jurisdata n° 1993-002874).

La violation des lois et des règlements est évidemment une faute, qui peut être génératrice de responsabilité civile, s'il en résulte un dommage pour la société ou les associés.

Ainsi, ont pu être sanctionnés :

- la participation à la prise d'une décision fautive du Conseil d'administration, sauf à démontrer que chacun de ses membres s'est comporté en administrateur prudent et diligent, notamment en s'opposant à cette décision (Cass. Com., 30 mars 2010, n° 08-17841) ;
- le paiement tardif de sommes devant être remboursées par la société ayant généré un intérêt moratoire, mise à la charge du dirigeant (Cass. Com., 12 janvier 1993, Bull. Joly 1993 p. 336).

---

### C.1.2. Violation des statuts

Par application de l'article 1134 du Code Civil, les statuts ont une nature juridique assimilable à celle de la loi.

**Leur inobservation est génératrice de responsabilité envers la société ou les associés et non envers les tiers, puisque les limites apportées par les statuts aux pouvoirs des dirigeants leur sont inopposables.**

La société demeure engagée vis-à-vis des tiers de bonne foi. Mais si l'exécution de l'acte est préjudiciable à la société, elle conserve la faculté de demander réparation au dirigeant fautif (Cass. Com., 10 mars 1976 : JCP 6 1977, II, note Y Charter).

Parmi les cas de violation des statuts, peuvent être mentionnés le non-respect du délai de convocation des associés ou l'exercice d'une activité outrepassant l'objet social.

---

### C.1.3. Faute de gestion

#### a. Principe

Cette cause de responsabilité est celle qui est le plus souvent invoquée, mais c'est aussi celle qui entraîne le plus de difficultés.

C'est une notion difficile à appréhender. Aussi, le juge doit-il vérifier si, compte tenu de l'acte économique de l'entreprise, le dirigeant a commis une faute manifestement contraire à l'intérêt social.

Les juges paraissent se fonder sur deux critères pour apprécier la faute :

- d'une part, sans exiger de faute lourde, ils ne condamnent le dirigeant que dans les cas où son comportement s'écarte de celui de l'administrateur consciencieux, honnête et respectueux des règles normales de gestion ;
- d'autre part, pour émettre un jugement équitable, les tribunaux doivent se placer à la date des fautes prétendues et ne pas accabler les défendeurs au regard de la connaissance de la catastrophe finale.

Ainsi, ce qu'on est en droit d'exiger des administrateurs, ce n'est pas un don prophétique, mais seulement le souci d'éviter des mesures que l'on devait considérer comme déraisonnables au moment où elles ont été prises (CA Douai, 11 juillet 1957, D. 1957, p. 717).

Ont ainsi été considérés comme fautifs :

- le dirigeant d'une société qui détourne la clientèle de celle-ci, au profit de son entreprise personnelle (Cass. com. 6 octobre 1992, JurisData 1992-002163) ;

- d'autres fautes consistent davantage dans des fautes d'imprudence ou d'imprévoyance dans la gestion de la société. Par exemple, le fait de constituer une société avec un capital insuffisant eu égard aux besoins de financement prévisibles (CA Rouen 20 octobre 1983-Jurisdata n°1984-601231).

**b. Fautes commises par les administrateurs et les membres du directoire**  
**Leur responsabilité peut être engagée dans le cadre d'une faute collective et même d'une faute individuelle, en particulier lorsqu'ils outrepassent les pouvoirs qui leurs sont conférés par la loi.**

Ainsi, ils peuvent notamment par des actes de concurrence déloyale créer un préjudice à la société et encourir une responsabilité individuelle.

Ils sont ainsi responsables de tous les actes contraires aux intérêts de la société et répondent de toutes leurs fautes même intentionnelles (faute d'imprudence ou de négligence) légères ou graves.

Les administrateurs ont l'obligation de s'informer.

Ainsi, ils doivent participer aux séances afin d'obtenir tous les renseignements nécessaires à la conduite de leur mission.

L'article L.225-35 du Code de Commerce prévoit expressément que le Président ou le Directeur général de la société est tenu de communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à la mission.

Au cas d'ailleurs où ces renseignements ne leur seraient pas donnés, ils commettraient une erreur en ne les réclamant pas.

Cette mission de surveillance doit s'exercer tout au long de l'exercice social.

La jurisprudence sanctionne la faute de surveillance de la part des administrateurs, leurs désintérêt pour la vie sociale et leur absentéisme qui ont permis à l'organe de direction ou de gestion de prendre des décisions préjudiciables à la société (Cass. com., 3 janvier 1995, aff. Nasa Electronique, Bull. Joly 1995, P. 266).

Ayant accepté ses fonctions, l'administrateur ne peut s'exonérer de sa responsabilité en alléguant sa faible participation dans le capital social (Cass. Com., 25 mai 1997, n° 734).

Toutefois, il est important de souligner que les tribunaux se montrent plus exigeants à l'égard des dirigeants sociaux, qu'à l'égard des « simples » administrateurs.

**c. Fautes commises par les mandataires sociaux investis d'une mission de direction**  
**Le Code de Commerce ne prévoit pas expressément de responsabilité civile des mandataires sociaux en leur qualité de Président du Conseil d'administration ou de Directeur général.**

**En tant qu'administrateur, le Président, obligatoirement choisi par les membres du Conseil d'administration est soumis au régime de la responsabilité civile des simples administrateurs.**

Ce principe est retenu par les tribunaux qui étendent au Président Directeur général l'application de l'article L.225-254 du Code de Commerce relatif à la prescription de l'action en responsabilité civile contre les administrateurs.

La responsabilité personnelle du Président implique la commission d'une faute de gestion sachant qu'il n'est tenu que d'une obligation de moyens sans que le mauvais état des affaires sociales puisse faire présumer sa faute (CA Versailles, 11 juin 1998, 12ème chambre, section 2, Fondateur c/ SA HOLDOR).

En revanche, sa responsabilité peut être engagée s'il néglige de se préoccuper de l'exactitude et de la sincérité de celui-ci (CA Paris, 1er février 1994, rev. des sociétés 1984, p. 779).

Bien que le Président réponde des Directeurs généraux délégués qui l'assistent lorsqu'il assume la direction générale sous sa responsabilité, ceux-ci sont responsables des fautes commises dans l'exécution de leur mandat.

L'action en responsabilité d'une société anonyme contre son ancien Directeur général délégué non administrateur ne peut être fondée sur l'article L.225-251 du Code de Commerce puisque le Directeur général délégué n'y est pas visé.

La société pourra agir sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile délictuelle (art. 1382 du Code Civil, CA Versailles, 7 septembre 2006, n° 05-2470).

On peut citer une première catégorie de fautes :

- Les fautes de comportement : c'est le cas du Président du Conseil d'administration qui se fait rembourser des frais fictifs (Cass. Crim., 6 novembre 1979, D1980 p. 144).
- Les fautes d'imprudence : tel est le cas d'un Président Directeur général qui a remis à tort des chèques signés en blanc à un comptable indélicat qui a permis de détourner des fonds (Cass. Com. 1988 : VRDA 6\*1988 p.19).
- Enfin, les fautes liées aux désintérets pour les affaires sociales.

Ainsi, commet une faute génératrice de responsabilité, le dirigeant qui :

- laisse prescrire une créance (Cass. Com., 4 février 1980, bull. civ. IV n° 55) ;
- tarde à payer les dettes échues (Cass. Com., 12 janvier 1993, Boulanger/saida).

## C. 2. Responsabilité à l'égard des tiers

### C. 2. 1. Principe

**Le dirigeant par sa faute engage sa responsabilité envers la société mais non à l'égard des tiers.**

**Le caractère exceptionnel de cette dernière responsabilité s'explique par le principe de l'autonomie de la personne morale de la société. Le dirigeant n'est que le représentant de la société. Celle-ci est seule tenue vis-à-vis des tiers qui pourront l'assigner en cas de mauvaise exécution du contrat.**

La Cour de cassation l'a souligné de manière très claire : « (...) *la responsabilité sociale est de règle, tandis que la responsabilité personnelle des gérants est l'exception* » (Cass. soc. 10 mai 1973, Bull. Civ., V, n°299).

En dépit de son caractère en principe subsidiaire, la responsabilité du dirigeant est de plus en plus retenue par la jurisprudence.

### C. 2. 2. La responsabilité personnelle des dirigeants envers les tiers est d'ordre délictuel ou quasi délictuel ayant en principe pour fondement les articles 1382 et suivants du Code Civil.

À l'origine, la jurisprudence a admis que l'administrateur engage sa responsabilité envers les tiers lorsqu'il a commis une faute extérieure à la conclusion ou à l'exécution du contrat, et seulement dans ce cas (Cass. Civ. 1, 31 mai 1987, Bull. civ. 1978, I, n°213).

A contrario, une faute non extérieure n'engagerait que la responsabilité de la société et non celle du dirigeant (Cass. Com. 14 janvier 1992, JurisData 1991-000119).

La Cour de cassation a confirmé cette analyse en considérant que : « *la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que si il a commis une faute séparable de ses fonctions et qui lui soit imputable personnellement* » (Cass. Com. 28 avril 1998, JurisData 1998-001895).

Pour clarifier la situation, la Cour de cassation a indiqué dans un arrêt de principe en date du 20 mai 2003, que la faute détachable ou séparable des fonctions « *est une faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales* » (Cass. com. 20 mai 2003, JurisData 2003-019081).

Depuis cet arrêt, la notion de faute détachable est définie au moyen de deux critères cumulatifs, à savoir :

- la notion de faute intentionnelle (le dirigeant social doit avoir conscience de causer un dommage à autrui) ;
- la notion de faute d'une particulière gravité.

Il faut également ajouter que cette faute peut être pénale.

En effet, par un arrêt en date du 28 septembre 2010, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a constaté que le gérant d'une SARL qui commet une faute constitutive d'une infraction pénale intentionnelle, qui est une faute

séparable comme telle de ses fonctions sociales, engage sa responsabilité civile à l'égard des tiers (Cass. Com. 28 septembre 2010, n°2010-017070).

C'est donc la faute qualifiée (intentionnelle et grave) qui permet d'engager la responsabilité personnelle du dirigeant social.

Le mouvement en faveur d'une sanction accrue des dirigeants au titre de leurs actes de gestion est donc clairement lancé, ce qui risque de réduire substantiellement le champ d'application de la théorie de la faute non séparable des fonctions.

Les juges laissent donc la porte ouverte à une analyse extensive de la faute non séparable des fonctions.

A été considéré comme ayant commis une faute séparable le dirigeant qui :

- a décidé de modifier la dénomination, le siège et l'objet de la société dont il était l'associé majoritaire en vue de dissimuler que celle-ci commercialisait des produits semblables à une société cliente (CA Paris, 10 septembre 1999, SARL Infotax / Velon) ;
- a indûment prêté à un tiers un véhicule de sport confié à la société en vue de sa vente (CA Paris, 22 mars 2002, n° 00151315, société Michel Publicité / Usan) ;
- a masqué les couleurs, le logo et la marque de la société pétrolière du fonds de commerce dont la société qu'il dirigeait était locataire-gérant, en les remplaçant tant sur la station que sur le tracé de l'autoroute, par une image différente et distribué du carburant acheté sur le marché libre pour son propre compte. En agissant ainsi, le dirigeant s'est placé hors la loi du contrat et s'est purement et simplement approprié le fonds de commerce de la société pétrolière, ce dont il résulte qu'il n'a pas agi en qualité de dirigeant de la société locataire-gérant (Cass. Com., 8 février 2005, n° 187, Lavergne / société pétrolière Shell).

## D. Responsabilité contractuelle

**Si, en principe, la responsabilité du dirigeant envers les tiers est une responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle, elle peut être, en matière contractuelle recherchée dans quatre hypothèses :**

**Le 1<sup>er</sup> cas :** concerne le dépassement de ses prérogatives par l'intéressé.

L'hypothèse classique est celle du Président du Conseil d'administration qui a consenti la caution, l'aval ou la garantie de la société à un tiers, sans que ceux-ci aient été autorisés par le Conseil d'administration dans les conditions prescrites à l'article L.225-35 alinéa 4 du Code de Commerce.

La caution, aval ou garantie est alors inopposable.

**Le 2<sup>ème</sup> cas :** le dépassement de l'objet social d'une société engage personnellement son dirigeant.

**Le 3<sup>ème</sup> cas :** le dirigeant néglige d'informer le co-contractant qu'il agit au nom d'une société. Il devient alors son débiteur direct et personnel.

**Le 4<sup>ème</sup> cas :** le dirigeant est coupable de la mauvaise exécution du contrat s'il est personnellement engagé aux côtés de la société. Ainsi, à l'occasion de prêts, des banques exigent souvent que le dirigeant se porte caution de la société qu'il représente.

### D.1. Groupement d'intérêt économique

**Le ou les administrateurs du groupement et le représentant permanent de la personne morale nommée administrateur sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas envers le groupement ou envers les tiers :**

- des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables au GIE ;
- de la violation des statuts du groupement ;
- ainsi que de leurs fautes de gestion.

Si plusieurs administrateurs ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage (L.257-11 du Code de Commerce).

Le représentant permanent de la personne morale administrateur encourt les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'il était administrateur en son nom propre (L.251-11 du Code de Commerce).

Enfin, il convient de rappeler qu'en application de l'article L. 251-6 du Code de commerce, les membres du groupement sont solidairement tenus des dettes de celui-ci sur leur patrimoine propre.

## D. 2. Association

### D. 2.1. Responsabilité des dirigeants vis-à-vis de l'association et de ses membres

**Les dirigeants peuvent être tenus de répondre personnellement des dommages causés par leur gestion, soit à l'association elle-même, soit à ses membres sur le fondement de l'article 1992 du Code Civil.**

La condamnation tendra à la réparation du préjudice subi. En l'absence de préjudice, la responsabilité ne saurait être retenue.

Ainsi, des irrégularités comptables, mêmes graves ne permettent pas d'engager la responsabilité du trésorier de l'association lorsqu'elles n'ont pas porté préjudice à l'équilibre financier de l'association présentant un actif important à la cessation des fonctions de ce dirigeant (Cass, 1ère civ., 3 février 1987, n° 85-11.841, Association le Cercle de l'Etrier de la Valmasque).

Par ailleurs, il faut souligner que le second alinéa de l'article 1992 précise que « *la responsabilité civile relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire* ».

Cette atténuation est susceptible de bénéficier aux dirigeants d'association dans la mesure où dans la plupart des cas, ils ne bénéficient d'aucune rémunération.

La mise en œuvre de la responsabilité civile des dirigeants d'association en réparation d'un préjudice subi par l'association ou par ses membres n'a pas donné lieu à une abondante jurisprudence.

Il faut souligner que la responsabilité ne peut être mise en œuvre, à défaut de disposition accordant ce droit que par les dirigeants habilités à représenter l'association en justice.

Ainsi, cette action n'est généralement exercée qu'en cas de changement de dirigeant.

En ce qui concerne la réparation du préjudice subi par les membres, il doit s'agir d'un préjudice personnel, distinct du préjudice subi par l'association.

Ces conditions sont particulièrement restrictives.

Enfin, la responsabilité des administrateurs peut être recherchée sans qu'il y ait lieu de distinguer selon leur qualité (cas d'une collectivité territoriale) ou de leur mode de désignation (membres élus ou de droit) (Cass. Com., 16 février 1993, n° 90-18.389, commune de Montargis / association de rénovation immobilière).

### D. 2.2. Responsabilité des dirigeants vis-à-vis des tiers

Dans la mesure où les tiers sont en relation avec l'association et non avec ses dirigeants personnellement, c'est la première qui répondra des fautes ayant occasionné un préjudice aux tiers.

La responsabilité civile des dirigeants ne trouvera en conséquence pas à s'appliquer.

Dans une espèce où la responsabilité des dirigeants d'association était recherchée solidairement avec celle de la personne morale, la Cour de Cassation précise que l'association « *répond des fautes dont elle s'est rendue coupable par ses organes et en doit réparation à la victime sans que celle-ci soit obligée de mettre en cause sur le fondement de l'article 1384 alinéa 5 du Code Civil, lesdits organes pris en leur qualité de préposés* » (Cass. 2ème civ., 7 octobre 2004, n° 03-16.078, société Azur Assurance / Rivoallan).



En revanche, les dirigeants sont seuls responsables lorsqu'ils ne peuvent pas être réputés avoir agi au nom et pour le compte de l'association.

Tel est le cas lorsque :

- ils n'ont pas précisé agir au nom et pour le compte de l'association ;
- ils sont sortis de l'objet social ;
- ils ont excédé leurs attributions.

Tel est également le cas lorsqu'ils ont commis intentionnellement une faute dite détachable de leurs fonctions, c'est-à-dire une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de leurs fonctions (Cass, 2ème civ, 7 octobre 2004 n° 02-14.399) et ce même s'ils ont agi dans les limites de leurs attributions (Cass, com 10 février 2012, n°10.20-445).

---

## IV.2

# ASSURANCE RESPONSABILITÉ CIVILE

---

**Les contrats d'assurance responsabilité civile des dirigeants ont pour objet de garantir ces derniers des conséquences financières des actions en responsabilité civile engagées contre eux au titre de leur gestion personnelle.**

En raison de la forte croissance des primes d'assurance, la question de la garantie directe par la société des risques liés à la responsabilité civile de leurs administrateurs a été posée à l'association nationale des sociétés par actions. Cette dernière a reconnu licite une telle prise en charge (communication ANSA n° 04-005, 1er octobre 2003).

### IV.2.1. Souscripteur

**C'est la société qui souscrit le contrat pour le compte de ses dirigeants et jamais directement ces derniers.**

Le contrat est matériellement conclu par le représentant légal de la société, habilité à cette fin, et qui agit au nom et pour le compte de celle-ci.

Le souscripteur peut être une autre société que celle dans laquelle les dirigeants assurés exercent leurs fonctions. Par exemple, une société mère souscrivant pour le compte d'un dirigeant d'une filiale.

### IV.2.2. Assurés

#### A. Les dirigeants de droit

**Les contrats d'assurance responsabilité civile couvrent tous les dirigeants de droit personnes physiques : Président de société anonyme, Directeur général, Directeur général délégué, membre du directoire, membre du Conseil d'administration, du Conseil de surveillance.**

**Sont également couverts les représentants permanents des personnes morales dirigeantes de la société souscriptrice. En revanche, les personnes morales dirigeantes sont toujours exclues de la protection.**

**Les contrats étendent généralement la garantie aux dirigeants des filiales ou sous-filiales de la société souscriptrice, y compris celles qui sont acquises ou créées pendant la période de validité du contrat.**

Selon les contrats, sont considérées comme filiales soit les sociétés dont la société souscriptrice détient directement ou indirectement la majorité des droits de vote dans les assemblées, soit celles dans lesquelles elle dispose du droit de nommer ou révoquer la majorité des membres des organes de gestion ou d'administration.

Peu importe la date de nomination du dirigeant.

Sont couverts :

- tous les dirigeants en activité au jour de la souscription du contrat,
- ceux qui sont désignés en cours de période de validité,
- ainsi que ceux dont le mandat vient à expiration en cours de contrat pour les actes accomplis pendant l'exercice de leur mandat.

## **B. Les dirigeants de fait**

Les contrats d'assurance couvrent généralement les dirigeants de fait, personnes physiques.

Pour que l'assurance joue, faut-il faire reconnaître en justice la qualité de dirigeant de fait ?

En principe oui, mais certains contrats peuvent prévoir de manière expresse que l'assurance jouera, sans même qu'un tribunal ait à se prononcer sur la qualité du dirigeant de fait.

## **C. Autres bénéficiaires**

Sont garantis les conjoints, héritiers, ayant cause et représentants légaux d'un dirigeant pour le cas où ils seraient poursuivis au titre de la responsabilité de celui-ci à la suite de son décès ou incapacité.

### **C.1. Objet de la garantie**

#### **C.1.1. Risques couverts**

**Les contrats d'assurance couvrent les conséquences financières des actions en responsabilité civile personnelle introduites contre les dirigeants au titre des fautes commises par les dirigeants en leur qualité d'assuré.**

Le contrat vise à protéger le patrimoine personnel du dirigeant. Il ne garantit pas la responsabilité de la société lorsque celle-ci est mise en cause en raison d'une faute de l'un de ses dirigeants ou préposés, cette garantie étant couverte par le contrat responsabilité civile générale de l'entreprise.

L'action en responsabilité peut résulter d'une faute de gestion. En particulier, les dirigeants sont garantis en cas de condamnation au comblement de passif social.

**La garantie couvre principalement deux catégories de frais :**

- **les dommages-intérêts** prononcés à l'encontre des dirigeants, peu importe que les dommages-intérêts soient dus à la suite d'une décision d'un tribunal, d'une transaction ou d'une sentence arbitrale ;
- **les frais liés à la défense civile et pénale** (honoraires d'avocats, huissiers, expertise).

Selon les contrats, le frais font soit l'objet d'une avance, soit d'un remboursement.

Certains contrats couvrent aussi les frais annexes comme l'assistance psychologique.

En revanche, ne sont pas couverts les frais de caution.

Il convient d'être particulièrement attentif aux plafonds et barèmes appliqués dans ces contrats.

### C.1.2. Exclusions

#### a. Exclusions légales

Les contrats d'assurance de responsabilité civile des dirigeants sociaux comportent une définition générale de l'objet de la garantie et prévoient diverses exclusions :

- faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré (art. L.113-1 alinéa 2 du Code des Assurances),
- amendes et pénalités de toutes natures (fiscales, civiles, pénales),
- conséquences pécuniaires des injonctions de faire ou de ne pas faire non destinées à réparer un préjudice.

En outre, bien que non expressément écartées dans les contrats, les condamnations à réparer les conséquences civiles, des infractions pénales (action civile) sont en principe exclues de l'assurance responsabilité civile.

#### b. Exclusions conventionnelles

Les exclusions conventionnelles sont :

- les réclamations de la société souscriptrice, une filiale ou l'assuré, ayant connaissance de l'existence, de l'imminence ou du caractère probable, avant la souscription ;
- les réclamations fondées sur la recherche d'un profit, d'une rémunération ou d'un avantage personnel auxquels l'assuré n'a pas légalement droit.

**Cette dernière disposition conduit à l'exclusion de la réparation du préjudice que pourrait subir la société, du fait d'un abus de biens sociaux ou d'un abus de confiance d'un dirigeant.**

L'exclusion peut aussi concerner des hypothèses d'une action formée par une société contre son ancien dirigeant, en réparation d'un préjudice résultant pour elle de l'exercice d'une convention passée avec ce dernier, qu'il s'agisse d'une convention interdite ou réglementée et qui n'aurait pas fait l'objet de la procédure légale applicable (art. L.225-38 du Code de Commerce).

## D. Portée de la garantie

### D.1. À l'égard des tiers

**Lorsque la société est in bonis, la responsabilité personnelle à l'égard d'un tiers ne peut être retenue, selon la jurisprudence française, que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions.** Il en va ainsi notamment lorsqu'il commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales.

Le risque pour le dirigeant d'être condamné est donc assez faible lorsque l'action en responsabilité est portée devant le juge.

C'est pourquoi, les contrats d'assurance offrent l'avantage de ne pas prendre en compte cette notion : la garantie est acquise dès lors que la responsabilité du dirigeant est établie par un tribunal français ou étranger, que le dirigeant ait commis ou non une faute séparable.

**Lorsque la société est soumise à une procédure collective,** l'assurance peut couvrir la responsabilité civile, dans le cadre d'une action en comblement de passif impliquant une faute de gestion commise par le dirigeant, à condition que les fautes commises soient survenues avant la date d'ouverture de la procédure collective.

### D.2. À l'égard de la société

La responsabilité du dirigeant envers la société est expressément posée par la loi (c.com. art. L.225-51).

Elle recouvre principalement deux situations :

- La société peut subir personnellement un préjudice qui lui est directement causé par la faute de son dirigeant. Cette faute peut être civile (décision qui dépasse l'objet social ou contraire à l'intérêt social) ou pénale (abus de biens sociaux).
- La société peut également subir un préjudice indirect, notamment lorsqu'elle se trouve obligée de réparer le dommage causé à un tiers par la faute de son dirigeant, non détachable des faits de ce dernier.

L'article L.112-1 alinéa 2 du Code des Assurances dispose « *l'assurance contractée pour compte vaut tant comme assurance au profit du souscripteur que comme stipulation pour autrui* ».

Par conséquent, la société victime d'un fait dommageable provenant de celui pour lequel elle a souscrit l'assurance doit bénéficier de la garantie souscrite.

Pourtant, ces dispositions n'étant pas impératives, les parties peuvent en convenir autrement.

### **D. 3. À l'égard des associés**

Tous les contrats couvrent les actions en responsabilité engagées par les associés pour obtenir réparation d'un dommage qu'ils ont subi personnellement.

Dans les rapports entre associés, la responsabilité des dirigeants peut être engagée dans trois hypothèses :

- C'est la faute de gestion qui présente le plus de risques pour les dirigeants de société. La jurisprudence permet de faire ressortir quelques aspects essentiels de la faute de gestion.

D'une part, l'action en responsabilité suppose une erreur dont la gravité peut être appréciée de manière objective, eu égard au caractère raisonnable ou pas de ce qui est reproché. D'autre part, il conviendra de prouver que les erreurs de gestion peuvent être imputées personnellement au dirigeant (Cass. soc., 17 avr. 1980 : Bull. civ. V, 1980, n° 318, p. 243).

- Il peut lui être reproché de ne pas avoir respecté les dispositions législatives ou réglementaires : non convocation de l'assemblée, décision adoptée en violation des règles de quorum et de majorité, violation du droit de communication des actionnaires, mauvaise tenue des comptes sociaux, ou les dispositions statutaires : par exemple violation des clauses limitant les pouvoirs du Conseil d'administration (inopposables aux tiers mais parfaitement valables entre actionnaires), acte passé en dehors de l'objet social, infractions aux dispositions conventionnelles s'ajoutant aux mesures légales telles que l'information renforcée ou les délais de convocation prolongés.
- Par ailleurs, une action individuelle peut également être exercée. Elle cherche à indemniser un préjudice ressenti par un associé personnellement. Les juges exigent alors que ce préjudice personnel soit causé par un fait précis relevé à l'encontre du dirigeant poursuivi. Seules des circonstances assez particulières sont concernées : dissipation de dividendes, non-respect des droits d'information, non convocation aux assemblées générales... La constitution de partie civile à l'occasion de poursuites pénales exercées contre les dirigeants est une modalité particulière d'exercice de l'action individuelle en responsabilité.
- Cette action individuelle peut être exercée par un associé agissant seul ; elle peut l'être aussi par un associé agissant au nom de plusieurs autres subissant le même préjudice, sur la base d'un mandat de représentation.

En cas de condamnation, les dommages intérêts sont versés à l'associé (ou aux associés) qui est à l'origine de l'action individuelle en responsabilité.

Les articles L. 223-22, alinéa 3 et L. 225-252 du Code de commerce permettent aussi à tout associé d'agir au nom de la société, en responsabilité contre les dirigeants. La qualité d'actionnaire est seulement exigée au moment de l'ouverture de l'action.

Afin d'être plus significative, elle peut être également menée par un groupe d'associés ou actionnaires ayant désigné, à l'unanimité, un mandataire commun, le tout sous respect d'un pourcentage minimal de détention du capital social.

---

## E. Souscription

La souscription du contrat d'assurance est-elle soumise à la procédure dite des conventions réglementées ?

L'article L.225-38 alinéa 1er du Code de Commerce soumet la procédure de contrôle aux conventions intervenant directement ou par personne interposée entre la société et ses dirigeants.

**Au regard du contrat d'assurance, celui-ci n'est pas conclu entre la société et tel ou tel de ses administrateurs, mais entre la société et la société d'assurance : le contrat ne relèverait donc pas de la procédure de l'article L.225-38 alinéa 1er du Code de Commerce.**

Toutefois, l'article L.225-38 alinéa 2 vise également les conventions auxquelles une des personnes visées à l'alinéa 1er est indirectement intéressée.

Ainsi, le dirigeant peut être alors être regardé comme ayant un intérêt manifeste à la souscription par la société d'une assurance couvrant sa responsabilité personnelle.

L'économie du contrat d'assurance souscrit par la société conduirait à y voir une convention réglementée, soumise à l'approbation des coassociés, dans les formes prévues par la loi en fonction du type de société. Cependant, fonctionnant sur un principe de stipulation pour autrui, le contrat est passé par la société, non pas avec son dirigeant, mais avec une compagnie d'assurance qu'il est difficile de suspecter d'être le moyen d'une interposition de personnes. En effet, le dirigeant concerné n'est pas partie au contrat d'assurance dès lors que le souscripteur est la société. De plus, même si le souscripteur était le dirigeant lui-même agissant en son nom propre, les intérêts de la société ne seraient en rien menacés. Plusieurs raisons sérieuses militent donc pour la non-application de la procédure des conventions réglementées. Toutefois, il est souhaitable et ce dans le souci d'assurer une parfaite transparence dans la gestion de soumettre la souscription du contrat d'assurance à la procédure des conventions réglementées, ou d'inclure la souscription à ce contrat d'assurance dans le mandat social, ce afin de lever toute difficulté qui pourrait résulter de cette situation.

---

## F. Procédure des avantages particuliers

Les articles L.225-8 et L.225-147 du Code de Commerce prévoient une procédure des avantages particuliers dans les sociétés anonymes.

Cette procédure est-elle applicable dans le cas de l'assurance responsabilité du dirigeant ?

L'avantage peut être défini comme « *toute faveur de nature pécuniaire ou autre, attribuée à titre personnel à un associé ou à un tiers qui crée un droit sur la société, distinct de ceux détenus par les autres actionnaires* ».

**Par cette définition, l'assurance souscrite et payée par la société pour le compte de son dirigeant paraît constituer un avantage particulier.**

**Toutefois, l'application des avantages particuliers semble devoir être rejetée.**

La procédure ne s'applique en effet qu'aux avantages octroyés, soit lors de la constitution (c.com., art. L.225-8), soit à l'occasion d'une augmentation de capital (c.com., art. L.225-147), soit lors d'une fusion (c.com., art. L.236-10), soit enfin lors d'une transformation en SA d'une société d'autre autre forme (c.com., art. L.224-3).

L'assurance responsabilité ne rentre pas dans les catégories énoncées.

---

## G. Cotisations

La cotisation varie en fonction du montant de la garantie et des résultats de la société au cours des trois derniers exercices.

---

# IV .3

## RESPONSABILITÉ PÉNALE DES DIRIGEANTS SOCIAUX

---

Nous étudierons ci-dessous la responsabilité des dirigeants sociaux en leur qualité de chef d'entreprise.

Les infractions qu'ils peuvent commettre à ce titre, en qualité d'auteur ou de complice, peuvent relever des infractions prévues par le droit des sociétés (abus de biens ou de pouvoirs, présentation d'un bilan inexact, constitution, assemblées, modifications des statuts, contrôle, valeurs immobilières, participations...), mais encore par le Code pénal (abus de confiance, vol, escroquerie etc...) et les infractions liées à l'activité spécifique de l'entreprise (prise illégale d'intérêts...) ainsi que celles liées à la réglementation générale applicable à toutes les entreprises (droit du travail, blessures et homicide involontaires, facturation etc...).

Cette étude n'ayant pas pour objet une approche exhaustive de la responsabilité pénale des dirigeants, seront ici abordées les infractions concernant plus particulièrement les organismes HLM : **l'abus de biens sociaux, de crédit, de pouvoirs ou de voix** (qui concerne les sociétés commerciales mais pas les sociétés civiles), **l'abus de confiance** (qui concerne les structures non commerciales) et **la prise illégale d'intérêts** (qui intéressera tout particulièrement les dirigeants titulaires, par ailleurs, de mandats électifs).

Si le présent titre ne ciblera que certaines infractions et portera essentiellement sur la responsabilité pénale des dirigeants personnes physiques, il sera tenu quelques propos sur **la responsabilité pénale de la société, en tant que personne morale, dans le cas où ses dirigeants commettent une infraction en son nom et pour son compte.**

La société en tant que personne morale peut engager sa responsabilité pénale, le cas échéant, conjointement avec la personne physique auteur de l'infraction.

Deux conditions sont nécessaires pour la mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales dirigeantes :

- l'infraction doit résulter d'un acte commis par le représentant ou un organe de la personne morale,
- l'infraction doit avoir été commise « pour le compte » de la société personne morale. Il n'en sera pas ainsi lorsque le représentant de la personne morale agit pour son propre compte et dans son seul intérêt personnel.

La peine généralement encourue à l'encontre des personnes morales est l'amende, sauf dans les cas prévus par la loi, telle que la dissolution en cas d'abus de confiance.

Concernant les infractions visées dans cette partie relative à la responsabilité pénale, la prescription applicable est de trois ans. Or, s'agissant de l'abus de biens sociaux, de crédit, de pouvoirs et de voix et de l'abus de confiance (mais pas la prise illégale d'intérêts), il s'agit de prêter attention au fait que cette prescription ne court qu'à partir de la révélation des faits, dans des conditions permettant l'action publique.

### IV.3.1. Personnes physiques susceptibles d'être mises en cause dans la société anonyme

Toute personne ayant commis une infraction est susceptible d'être mise en cause pénalement, mais **pour certaines infractions telles que l'abus de biens sociaux, de crédit, de pouvoirs et de voix et la prise illégale d'intérêts**, une condition préalable est exigée : **la qualité de l'auteur**.

Au-delà de cette condition préalable exigée pour certaines infractions, la question de la responsabilité pénale des dirigeants implique de définir préalablement la notion de dirigeant en droit pénal.

Concrètement, si le délit d'abus de biens, de crédit, de pouvoirs et de voix, exige comme condition préalable la détention d'un mandat social, **les autres infractions étudiées ci-après pourront, le cas échéant, être reprochées à tout agent et donc, à tout dirigeant, dès lors qu'il en a commis les éléments constitutifs**.

Il s'agit donc de distinguer préalablement les dirigeants de droit, des dirigeants de fait.

#### A. Dirigeants de droit

Une distinction doit être opérée entre les sociétés anonymes à Conseil d'administration et les sociétés anonymes à directoire et Conseil de surveillance.

**Dans les sociétés anonymes à Conseil d'administration**, la direction générale de la société appartient soit au Président Directeur général ou au Directeur général si les deux fonctions sont séparées.

**Le Président ou le Directeur général sont donc exposés à engager leur responsabilité pénale du chef de l'abus de biens sociaux, de crédit, de voix ou de pouvoirs.**

**Ceci n'exclut pas la responsabilité du ou des Directeurs généraux délégués lesquels, vis-à-vis des tiers, ont des pouvoirs identiques à ceux dévolus au Directeur général.**

De même, les administrateurs peuvent également engager leur responsabilité pénale du chef de l'abus de biens sociaux, de crédit, de voix ou de pouvoirs. A cet égard, la Cour de cassation a précisé que la cour d'appel qui condamne l'administrateur à payer des dommages-intérêts aux victimes d'une infraction (en l'occurrence, une escroquerie) dont il est l'auteur, fait à bon droit la distinction entre l'action civile engagée sur le fondement du Code de procédure pénale et l'action en responsabilité civile pouvant être engagée contre la société (Cass. crim., 14 oct. 1991, no 90-80.621).

**Dans les sociétés anonymes à directoire**, l'abus de biens sociaux, de crédit, de voix ou de pouvoirs pourra être reproché au Directeur général unique (si la société ayant un capital inférieur à 150 000 euros a choisi de confier les fonctions du directoire à une seule personne).



**Lorsque le directoire est à forme collégiale, il faut considérer que la responsabilité pénale est assumée cumulativement par tous les membres du directoire et non par son seul Président** car le directoire est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société.

La responsabilité pénale du seul Président ou d'un membre du directoire, pour abus de biens sociaux, de crédit, de voix ou de pouvoirs, ne sera retenue qu'en cas de répartition précise des tâches. Dans ce cas, chaque membre du directoire répondra uniquement des infractions liées à son secteur de direction.

Ainsi, a été seul reconnu coupable d'abus de biens sociaux le membre du directoire qui avait établi un chèque sur la société au profit d'une autre dans laquelle il exerçait également des fonctions de dirigeant (Cass. crim., 19 févr. 1990, no 87-85.446).

## B. Dirigeants de fait

Il existe également une responsabilité pénale pour les dirigeants de fait. **En effet, ce sont des personnes (morales ou physiques) qui, sans titre, exercent sans entrave et en toute indépendance une activité positive de gestion et de direction des affaires de la société. Elles sont dépourvues de mandat social en tant que tel, mais se sont immiscées dans la gestion, l'administration ou la direction de la société** (Cass. crim., 5 juin 1979, no 78-93.108).

Or, la loi a prévu les mêmes dispositions pénales pour les organes sociaux nommés de droit et pour « *toute personne qui, directement ou indirectement ou par personne interposée, aura, en fait* », exercé la direction, l'administration ou la gestion d'une SA « *sous le couvert ou au lieu et place des représentants légaux* » de la société (c.com. art. L.246-2).

Quelques points importants :

- La responsabilité pénale d'un dirigeant de fait n'entraîne pas l'impunité du dirigeant de droit (Cass. crim., 12 sept. 2000, no 99-88.011, Bull. crim., no 268).
- Une personne peut être qualifiée de dirigeant de fait en dépit de sa qualité de salarié. Le comportement du salarié détermine sa qualité de dirigeant et fait et, à ce titre, l'absence de lien de subordination constitue un critère déterminant (CA Versailles 21 décembre 2000, n° 99-8753). Il en est ainsi lorsque le salarié n'a été soumis à aucun contrôle si le supérieur hiérarchique n'a eu aucune prise sur lui ou qu'il a agi en dehors de tout lien hiérarchique.
- L'ancien dirigeant de droit qui, après la cessation de ses fonctions, s'immiscerait dans la gestion de la société devient un dirigeant de fait (Cass. Com. 12 septembre 1982, n°81-12.171). La gestion de fait par un ancien dirigeant de droit est un cas assez répandu, notamment pour contourner l'interdiction de gérer ou d'administrer infligée à l'ancien dirigeant de droit. Or, il conviendra de rappeler que la violation de l'interdiction de gérer est un délit que l'article L 654-15 du Code de commerce punit de deux ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende.

Enfin, la preuve de la gestion de fait se fait pas tous moyens : e-mails envoyés à des salariés pour leur donner des ordres, signature de contrats...

## C. Cessation des fonctions

**En cas de cessation des fonctions d'un dirigeant (révocation ou démission), la responsabilité pénale est maintenue et ce, lorsque les faits incriminés sont antérieurs au retrait du dirigeant.**

En ce qui concerne les irrégularités commises lors de la constitution de la société (omission d'une mention obligatoire dans les statuts, irrégularité d'une formalité...), seront responsables « *les fondateurs de la société ainsi que les premiers membres des organes de gestion, d'administration, de direction et de surveillance* » (C. com., art. L. 210-8, al. 1er).

Au contraire, le dirigeant retiré et, à condition que la cessation de ses fonctions soit effective, ne peut être déclaré pénalement responsable des infractions commises après son départ de la société.

Dans certaines situations intermédiaires, un « *enchevêtrement des responsabilités des dirigeants retirés et de leurs successeurs* » comme par exemple, la situation du dirigeant démissionnaire qui peut être condamné comme complice

des nouveaux dirigeants, auteurs principaux de l'infraction et du Président Directeur général dont la démission n'a pas fait l'objet de la publicité légale qui peut être poursuivie pour défaut de paiement des cotisations de Sécurité sociale dues par la société (Cass. crim., 28 févr. 1968, no 93-011.66).

### IV.3.2. Mise en œuvre de la responsabilité pénale

#### A. Conditions de la responsabilité pénale

Pour caractériser les délits commis par les dirigeants sociaux, il sera nécessaire de caractériser à leur endroit :

- **L'élément matériel** : l'existence de l'infraction en elle-même ;
- **L'élément intentionnel** : la volonté de commettre l'acte interdit en conscience de violation de la loi pénale, dont l'intensité varie selon la nature de l'infraction.

L'article 121-3 du Code pénal réprime ainsi les fautes d'imprudence ou de négligence pour certaines infractions (homicides et blessures involontaires notamment) et sous certaines conditions. De manière générale, est alors requise soit, une faute aggravée, soit la méconnaissance d'une obligation de sécurité ou de prudence.

#### B. Infractions sanctionnées : exemple de l'abus de biens sociaux, l'abus de confiance, l'abus de pouvoirs et de voix et la prise illégale d'intérêts

##### B.1. L'abus de biens sociaux

L'article L. 242-6, 40, du Code de commerce prévoit que seront punis d'un emprisonnement de cinq ans au plus et d'une amende maximale de 375 000 euros le Président, les administrateurs ou les Directeurs généraux d'une société anonyme qui font « *de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou une autre entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement* ».

Sont ici visés les actes des dirigeants qui entrent dans leurs attributions, mais qui, sous l'apparence de la régularité, se révèlent contraires aux intérêts de la société.

Les éléments constitutifs du délit d'abus des biens sociaux sont les suivants :

- l'usage d'un bien ou du crédit de la société ;
- un usage contraire à l'intérêt social ;
- la poursuite d'un but personnel ;
- la mauvaise foi.

Par **usage des biens sociaux**, il faut entendre l'accomplissement, au nom de la société, d'actes d'administration (prêts, avances, baux, etc.) ou de disposition (aliénations, acquisitions, cessions, etc.) sur l'ensemble des biens sociaux mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels, que ces biens soient ou non dûment inventoriés et constatés par les documents comptables.

En revanche, la chambre criminelle s'est refusée à faire entrer dans la qualification d'abus de biens sociaux l'*abstention d'empêcher l'abus de biens sociaux commis par autrui*, et ce parce que l'abus de biens sociaux suppose une « participation personnelle » et positive à l'infraction (Cass. crim., 7 sept. 2005, no 05-80.163).

Par ailleurs, la responsabilité pénale s'appréciant au jour de la commission de l'acte, « un prélèvement temporaire » suffit à caractériser un abus de biens sociaux.

En revanche, ne constituent pas un usage des biens sociaux des actes réalisés avec des moyens extérieurs aux biens de la société. Ainsi, ne commet pas d'abus de biens sociaux, un dirigeant qui acquiert pour lui personnellement et avec ses propres deniers un immeuble sur lequel la société qu'il gère est titulaire d'un bail commercial.

L'abus peut également porter sur le crédit de la société. Il y a usage du crédit social lorsqu'un dirigeant prend un engagement au nom de la société. Et ce, même si, à terme, la société ne supporte pas de dépenses. Constitue par exemple un usage du crédit social le fait de tirer sur la société des traites de complaisance ou de consentir au nom de la société des sûretés.

**L'usage des biens doit également être contraire à l'intérêt social.** Cet usage est contraire à l'intérêt social lorsque l'engagement pris au nom de la société l'expose à un risque anormal de pertes sans contrepartie. Il en est ainsi de dépenses engagées par la société mais aussi de manques à gagner résultant par exemple de la conclusion de contrats désavantageux pour la société. Il suffit de démontrer que l'auteur de ces opérations a entendu favoriser, par exemple, au détriment de la société, une autre société ou entreprise dans laquelle il a des intérêts.

Si les fautes de gestion ne sont pas en tant que telles sanctionnées, c'est le caractère injustifié du risque au regard du contexte économique de l'entreprise qui caractérise l'infraction.

Enfin, s'agissant d'actes illicites, tels que corruption de fonctionnaires, trafic d'influence, la chambre criminelle a décidé que « *quel que soit l'avantage à court terme qu'elle peut procurer, l'utilisation des fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit tel que la corruption est contraire à l'intérêt social en ce qu'elle expose la personne morale au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses dirigeants et porte atteinte à son crédit et à sa réputation* » (Cass. crim., 27 oct. 1997, no 96-83.698).

Constitue donc un abus de biens sociaux le fait pour un dirigeant de faire prendre en charge par la société le prix du billet d'avion ainsi que l'hébergement dans un club de vacances pendant quelques jours d'un agent d'un organisme administratif afin d'obtenir des commandes de cet organisme car cette dépense est contraire à l'intérêt social (Cass. crim., 10 mars 2004, no 02-85.285). De même, le dirigeant social qui corrompt, dans l'exercice de ses fonctions, une personne chargée d'une mission de service public, commet un abus de biens sociaux car « *il expose la société à un risque anormal de sanctions pénales et fiscales* » (Cass. crim., 19 sept. 2007, no 07-80.533).

L'assentiment des associés (ou encore du Conseil d'administration) ne fait pas disparaître le caractère délictueux des prélèvements abusifs de biens sociaux.

**L'usage doit être effectué dans un but personnel, mais pas nécessairement exclusivement personnel.**

Les actes des dirigeants sociaux contraires à l'intérêt social ne sont en effet punissables que si ces dirigeants ont agi à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont directement ou indirectement intéressés. Cette caractérisation d'un intérêt personnel du dirigeant est nécessaire à la qualification d'abus de biens sociaux.

À défaut de la preuve d'un intérêt personnel, le délit d'abus de biens sociaux ne peut donc être retenu. L'intérêt personnel comprend non seulement la réalisation ou la perspective de profits pécuniaires, mais aussi tous les avantages d'ordre professionnel ou moral. Il n'est pas nécessaire que les fins personnelles poursuivies par l'auteur de l'infraction soient purement matérielles.

Toutefois, si la poursuite par le dirigeant d'un intérêt personnel est nécessaire, il n'est pas exigé que l'utilisation des biens sociaux ait lieu à des fins exclusivement personnelles. Ainsi, le fait pour un dirigeant de verser des fonds sociaux au Président d'une association en vue de bénéficier de son influence dans le secteur d'activité de sa société pour développer l'activité de la société révèle que le dirigeant, en désirant faire profiter la société de cette influence, bénéficiait d'un intérêt personnel (Cass. crim., 25 oct. 2006, no 05-85.998).

**Dans le cas d'opérations au sein d'un groupe,** il faut considérer l'ensemble des sociétés du groupe pour déterminer si l'opération incriminée est ou non contraire à l'intérêt social.

La jurisprudence de la chambre criminelle (TGI Paris, 11ème chambre, 16 mai 1974, Willot, JCP E 1975, II, n°11816) a posé trois conditions **pour qu'un acte contraire à l'intérêt social soit justifié au sein d'un groupe de sociétés :**

- présence d'un groupement économique fortement structuré ne reposant pas sur des bases artificielles ;
- les sacrifices demandés à l'une des sociétés doivent avoir été réalisés dans l'intérêt du groupe et doivent avoir une contrepartie ;
- ces sacrifices ne font pas courir à la société concernée des risques trop importants pouvant aggraver son avenir.

---

## B. 2. L'abus de pouvoirs et de voix

**Le délit d'abus des pouvoirs nécessite la réunion de quatre éléments constitutifs :**

- un usage des pouvoirs ou des voix ;
- un usage contraire à l'intérêt social ;
- la poursuite d'un but personnel ;
- la mauvaise foi.

L'abus des pouvoirs suppose l'accomplissement des actes émanant de la société, c'est-à-dire des actes commis en vertu des pouvoirs qui sont reconnus à leurs auteurs soit légalement, soit statutairement, soit en vertu d'une délégation spéciale de pouvoirs du Conseil d'administration. Ce délit est prévu par l'article L. 242-6 du Code de commerce.

Le terme « pouvoirs » s'entend ici de l'ensemble des droits relatifs à l'administration et à la gestion de la société.

Aussi, échappent à l'application des dispositions pénales de l'article L. 242-6 du Code de commerce les administrateurs qui, agissant au nom de la société, dépassent leurs pouvoirs et s'engagent eux-mêmes sans engager la société car, individuellement, ils n'ont aucun pouvoir : celui-ci appartient au Conseil d'administration, organe collégial et, en fait et en droit, il est exercé par le Président de ce Conseil qui assume la direction générale de la société.

Le dirigeant poursuivi doit avoir fait sciemment courir à la société un risque anormal pour pouvoir être sanctionné.

Ainsi, un dirigeant de société anonyme commet un abus de pouvoirs lorsque, chargé de négocier la vente d'un terrain compris dans le patrimoine social, il passe un compromis avec l'acquéreur prévoyant une diminution du prix de vente avec pour contrepartie l'acquisition simultanée de « boxes » commerciaux appartenant à une autre société dans laquelle il était à la fois actionnaire et Directeur général. Le délit a été retenu bien que le compromis ait été considéré comme caduc après le départ du dirigeant de la société (Cass. crim., 29 avr. 1985, no 84-92.129).

Le Président du Conseil d'administration et principal actionnaire d'une société mère, devenu Président du Conseil d'administration de la filiale, qui a décidé d'organiser la fusion-absorption de la mère par la filiale, et obtenu à cette fin l'approbation des actionnaires, peut commettre un abus de pouvoir.

L'abus de pouvoirs a été ici retenu car cette opération de fusion, lésionnaire et dépourvue de toute justification économique pour la filiale, a offert à la banque de la société mère, second actionnaire et premier prêteur de celle-ci, une meilleure garantie, et a permis au Président d'entrer directement et personnellement en possession du capital de la filiale, acquis essentiellement avec les fonds de cette société (Cass. crim., 10 juill. 1995, no 94-82.665).

L'abus des voix vise celles dont disposent les dirigeants sociaux dans les assemblées générales en vertu des procurations ou pouvoirs en blanc. En effet, la somme des voix ainsi obtenue peut parfois conférer au dirigeant représentant la majorité. Il pourrait alors être tenté de l'utiliser dans son intérêt personnel, contrairement à l'intérêt social. Sur ce point, les juges du fond apprécieront souverainement, dans chaque cas d'espèce.

---

## B. 3. L'abus de confiance

L'abus de biens sociaux réprime les détournements spécifiques commis par les dirigeants sociaux tels que définis à l'article L. 242-6 du Code de commerce (Président, administrateurs et Directeurs généraux) au sein des sociétés commerciales.

En revanche, l'abus de confiance réprime, quant à lui, tout détournement commis, d'une part, par les personnes non visées à l'article L. 242-6 du Code de commerce au préjudice de toute personne morale ou physique suivant les qualifications définies ci-après.

**Ainsi, l'article 314-1, alinéa 1er du code pénal dispose que :**

*« L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé ».*

L'abus de confiance est constitué, dans la plupart des cas, par le détournement de fonds ou de biens que l'agent, et notamment le dirigeant, avait reçus ès qualités, dans le cadre de ses fonctions ou missions. Ainsi, le délit est commis par un P-DG qui, ayant reçu, en cette qualité et à titre de mandat, les versements effectués par des souscripteurs à une augmentation de capital, les avait affectés aux besoins généraux de la trésorerie sociale ; ladite augmentation ayant échoué, la société avait été placée en état de cessation des paiements et les souscripteurs n'avaient pu obtenir restitution des fonds qu'ils avaient remis.

Peu importe que le Conseil d'administration ait autorisé le dirigeant à disposer immédiatement de ces fonds puisqu'il est sans qualité pour faire échec au principe d'indisponibilité de tels fonds.

En outre, l'intention frauduleuse du P-DG s'induisait notamment de ce qu'il s'est mis délibérément dans l'impossibilité de restituer les fonds reçus (Cass. crim., 7 mai 1969, no 68-92.699).

Enfin, le détournement de l'affectation des fonds reçus par une société à titre de subvention constitue également un abus de confiance (Cass. crim., 9 janv. 2008, no 07-83.425).

#### B. 4. La prise illégale d'intérêts

Le délit de prise illégale d'intérêt est prévu et réprimé par l'article 432-12 du Code pénal, aux termes duquel :

*« Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction ».*

**La condition préalable**, d'abord, tient au fait que le délit de prise illégale d'intérêt ne peut être imputé qu'à « une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public ».

Il convient alors d'envisager deux hypothèses de cumul de mandats :

- **Dans une première hypothèse**, la personne cumule un mandat social au sein de l'ESH avec un mandat public ou une mission de service public au sein d'une collectivité actionnaire de l'ESH.
- **Dans une seconde hypothèse**, la personne cumule une fonction d'agent au sein de l'ESH avec un mandat social au sein d'une entreprise prestataire de l'ESH. Les fonctions et qualités exercés au sein de l'ESH pourraient alors être assimilées à des missions de service public.

C'est également l'hypothèse du dirigeant d'une ESH ayant par ailleurs des fonctions au sein d'une association prestataire.

À ce titre, la Jurisprudence administrative considère que les Offices publics d'HLM exercent une mission de service public « en raison des conditions dans lesquelles les offices sont appelés à accomplir la mission qui leur est confiée par la loi et du but dans lequel ces pouvoirs leurs sont attribués » (CE 4 décembre 1931, Dumy : S. 1932. 3. 97 ; CE 23 février 1979, Vildart : RDP 1979. 1763).

En outre, la chambre criminelle a déjà pu relever que doit être regardée comme chargée d'une mission de service public, au sens de l'article 432-12 du Code pénal, toute personne chargée, directement ou indirectement, d'accomplir des actes ayant pour but de satisfaire à l'intérêt général, peu important qu'elle ne disposât d'aucun pouvoir de décision au nom de la puissance publique (Cass. crim., 30 janv. 2013, n° 11-89.224 : JurisData n° 2013-002665).

Dans ces conditions, l'ESH nous semble donc exercer une mission de service public au sens de l'article 432-12 du Code pénal.

Il est dès lors probable qu'un juge pénal serait amené à considérer que les agents, salariés et/ou dirigeants d'un ESH, même non titulaires d'un mandat social, satisfont aux conditions posées par cet article et pourraient, le cas échéant, se voir imputer le délit de prise illégale d'intérêt.

**Un élément matériel** est ensuite nécessaire, consistant dans la prise ou la conservation d'un « *intérêt quelconque* » dans une « *entreprise* » ou une « *opération* » dont l'agent avait « *au moment de l'acte, en tout ou en partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement* ».

Plusieurs aspects de cet élément matériel requièrent quelques éclaircissements.

**La notion d'entreprise** désigne tout d'abord l'ensemble des sociétés telles que les entreprises sociales pour l'habitat et des groupements tels que les GIE.

**La notion d'opération**, tout aussi large, recouvre des opérations juridiques aussi diverses que vente, location, adjudication, contrat de fourniture ou d'entreprise.

En tout état de cause, il ne fait guère de doute, à notre sens, que les ESH ainsi que l'ensemble des prestations qu'elles pourraient être amenées à réaliser auprès de leurs membres pourraient, le cas échéant, relever des notions d'entreprise et d'opération ainsi largement entendues.

En d'autres termes, la jurisprudence ne soumet pas la constitution du délit de prise illégale d'intérêt à une participation active de l'agent intéressé à l'entreprise ou à l'opération litigieuse.

**La notion d'intérêt quelconque**, enfin, est interprétée littéralement par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, qui le considère constitué par tout bénéfice, qu'il soit pécuniaire (Crim., 27 novembre 2002 : J-D n° 2002-017000), matériel (Crim., 7 mai 1998 : B.Crim. 1998, n° 157), ou moral (Crim. 5 nov. 1998 : B.Crim. 1998, n° 289).

Il est en effet constant que le délit de prise illégale d'intérêt est constitué quand bien même l'agent intéressé n'en aurait tiré aucun bénéfice (Cass. crim., 23 février 1988) et l'organisme public souffert aucun préjudice (POITIERS, 3 mai 1952 : D. 1952, jp. p. 501).

**La participation au délit de prise illégale d'intérêts, en ce qui concerne une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou une personne investie d'un mandat électif public, peut consister en une simple préparation de décisions concernant l'ESH prises par un organe de la collectivité actionnaire.**

Plus largement, le dirigeant de l'ESH, dans le cadre de ses fonctions publiques, ne peut participer de près ou de loin à une opération l'intéressant.

**Un élément intentionnel** enfin se résume à la seule conscience d'avoir commis l'acte constituant l'élément matériel du délit (Crim. 21 novembre 2001 : B.Crim. 2001, n° 243 ; Crim. 27 novembre 2002 : B.Crim. 2002, n° 213).

**Concernant l'effet exonératoire ou pas de responsabilité pénale des délégations de pouvoir et de signature en matière de prise illégale d'intérêt, par principe, la jurisprudence n'accorde, au titre du délit de prise illégale d'intérêt, aucun effet justificatif à une délégation de signature** (Crim., 27 novembre 2002, Bull., crim., n°212 ; Crim., 9 février 2005, Bull., crim., n°48).

La question est moins tranchée en matière de délégation de pouvoir, celle-ci pouvant permettre de contester l'existence sur le chef du déléguant d'un pouvoir d'administration, au sens du délit de prise illégale d'intérêt.

Reste que la Jurisprudence pénale a déjà manifesté, dans le cadre d'autres incriminations telles que l'abus de confiance ou l'abus de bien sociaux, sa réticence à admettre la portée exonératoire d'une délégation de pouvoirs (CA Paris, 9ème Chambre A, 22 novembre 2000, 00/00288).

Il n'est donc nullement exclu que la jurisprudence adopte une analyse similaire en matière de prise illégale d'intérêt, au motif notamment qu'une telle délégation n'exclut pas nécessairement les pouvoirs de surveillance ou de représentation du déléguant.

**Concernant les risques liés au cumul de mandats au sein d'un groupement d'intérêt économique dont une ESH serait membre**, l'exercice, y compris à titre gratuit, de fonctions de membre du Comité de direction ou de l'Assemblée du GIE – comme représentant de l'ESH membre – pourrait constituer l'intérêt quelconque visé par le texte d'incrimination précité.

Par suite, si les éléments constitutifs de l'infraction devaient être réunis, le juge pénal pourrait être amené à considérer

que le conflit d'intérêt lié au cumul de fonctions au sein du GIE et de ses membres constitue le délit de prise illégale d'intérêt, imputable à la personne physique, en qualité d'auteur principal.

**Il nous semble donc préférable de ne pas rémunérer les membres du Comité de Direction et de l'Assemblée au titre de leurs fonctions de représentation des membres du GIE.**

**Au-delà de cette première mesure de prudence, il conviendra d'éviter toute participation des agents cumulant des fonctions au sein du GIE et de ses membres ESH, dans l'élaboration, la conclusion et le suivi des contrats de prestations conclus entre le GIE et ses ESH membres.**

Concrètement, ces agents ne devront pas participer, dans le cadre de leurs fonctions au sein de l'ESH, directement ou indirectement, à la définition des besoins, à l'élaboration et à la signature des conventions de prestation, au suivi de leur exécution, ainsi qu'à leur renouvellement.

Ces risques pénaux liés à la qualification principale de prise illégale d'intérêt, soulignés par la Miilos – aujourd'hui ANCOLS (Rapport d'activité de la MILOS pour l'année 2005, p.31), nous semblent toutefois devoir être nuancés au regard des moyens de prévention pouvant être mis en œuvre.

**À ce titre, il sera conseillé que, dans le cas d'un cumul de mandat de Directeur d'ESH et de salarié au sein d'une entreprise prestataire de services au profit de l'ESH, le Directeur de l'ESH, veille à ne pas participer aux Conseils d'administration qui décident des contrats alloués à l'entreprise prestataire de services, afin d'éviter le risque de prise illégale d'intérêts ou encore, le délit de favoritisme.**

## B.5. Le délit de favoritisme

**Le délit de favoritisme** est défini par l'article 432-14 du Code pénal comme « *le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public* ».

Ce délit est puni d'une peine maximale de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €.

L'interprétation de ce texte au vu des dispositions de l'Ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics est vivement débattue. Deux courants de pensées s'opposent :

1. Le texte d'incrimination du délit de favoritisme ne vise donc, stricto sensu, que les « *marchés publics* » et les « *délégations de services publics* ».

Or, les « *marchés publics* » sont classiquement définis comme les « *contrats administratifs passés par les collectivités ou établissements publics en vue de la réalisation de travaux, de la production de fournitures ou de la prestation de services dans des conditions fixées par une réglementation générale, le Code des marchés publics* » (G. CORNU, Vocabulaire juridique, p. 566).

En d'autres termes, les « *marchés publics* » se définissent essentiellement par la norme qui leur est applicable, savoir le Code des marchés publics.

En ce sens, certains auteurs considèrent que les « *marchés* » relevant de l'Ordonnance du 6 juin 2005 – en ce qu'ils ne sont, par hypothèse, pas soumis au Code des marchés publics – ne constituent pas des « *marchés publics* ».

Par suite et en application du principe d'interprétation stricte de la Loi pénale, le délit de favoritisme, qui vise spécifiquement les marchés publics, ne serait pas applicable aux marchés relevant des dispositions de l'Ordonnance du 6 juin 2005.

Cette partie de la doctrine s'oppose donc fermement à l'applicabilité du délit de favoritisme aux marchés relevant de l'Ordonnance du 6 juin 2005 (J.-D. DREYFUS, « *Portée du délit de favoritisme : dura lex sed lex* », AJDA 2007, p. 853).

Sur ce point, ajoutons que la Cour d'appel de PARIS a jugé en 2012 que :

« Le délit de favoritisme de l'article 432-14 du Code pénal reproché au prévenu n'est pas caractérisé en l'espèce ; qu'il apparaît en effet :

- Que cet article concerne les personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public ou toutes personnes agissant pour leur compte ; qu'il ne s'applique dès lors pas à la société CFI, personne morale de droit privé chargée d'une mission d'intérêt général ;
- Qu'il ne concerne que les marchés relevant du code des marchés publics ; que la société CFI, société de droit privé ne disposant pas de prérogatives de puissance publique, ne relève pas, pour les marchés qu'elle est susceptible de passer, de ce code, mais de l'Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 » (CA PARIS, Pôle 5 Ch. 12, 26 novembre 2012, n° JurisData 2012-030490).

Cette Jurisprudence semble exclure de l'incrimination de favoritisme les marchés passés par les organismes relevant de l'Ordonnance du 6 juin 2005.

2. Toutefois, il importe de rappeler que l'Ordonnance du 6 juin 2005 est directement issue de la transposition de la Directive communautaire n° 2004/17 du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Au sens du droit communautaire, norme supranationale, les marchés relevant de l'Ordonnance du 6 juin 2005 constituent ainsi des « marchés publics ».

En application du principe de primauté du droit communautaire, le Juge pénal pourrait considérer, sur ce fondement, que les marchés relevant de l'Ordonnance du 6 juin 2005 constituent des marchés publics au sens de l'article 432-14 du Code pénal.

Les auteurs ajoutent que l'écueil du principe d'interprétation stricte de la Loi pénale pourrait être contourné par le fait que si l'article 432-14 du Code pénal vise de façon générale les « marchés publics », il ne précise pas pour autant qu'il ne peut s'agir que de marchés soumis au Code des marchés publics (A. RUELLAN, « Le délit de favoritisme est-il applicable aux marchés des entités soumises à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 ? », Etude, AJDA 2008, p. 1140).

Par ailleurs, rien ne justifierait que les marchés relevant de l'Ordonnance du 6 juin 2005 soient exclus du délit de favoritisme, à la différence des marchés publics, alors même que tous répondent aux mêmes principes cardinaux de passation.

En d'autres termes, le délit de favoritisme ne viserait pas tant à réprimer des manquements au Code des marchés publics mais la méconnaissance des principes généraux gouvernant la commande publique.

Précisons que la suppression du Code des marchés publics et de l'Ordonnance du 6 juin 2005, au 1er avril 2016 au plus tard, pourrait régler le différend opposant la Doctrine et la Jurisprudence (Voir Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics).

Nul doute que la Jurisprudence sera appelée à se prononcer sur cette question dans les prochains mois.

La Direction des affaires juridiques du Ministère des finances semble s'être rangée également, quoique prudemment, à cette position (Le Moniteur, Lettre d'actualité du 22 avril 2010).

### **Le risque de poursuite pour favoritisme existe donc dans les ESH.**

Il nous paraît donc prudent de prendre les précautions décrites ci-dessus.

**Ainsi, sous réserve du respect de ces précautions, le risque pénal lié à la qualification de prise illégale d'intérêt, au titre d'un mandat social exercé au sein d'une ESH et de salarié d'une entreprise prestataire ou au titre du cumul de fonctions au sein du GIE et de ses membres nous semble tout à fait limité.**



---

# IV.4

## LES DÉLÉGATIONS

### DE POUVOIRS

---

Les représentants légaux de toute société peuvent déléguer à une ou plusieurs personnes de leur choix appelées délégués ou fondés de pouvoirs, le pouvoir d'accomplir, au nom de la société, certains actes déterminés, tels que ceux relevant de la direction technique, administrative, comptable et financière.

#### IV.4.1. Sujets de la délégation de pouvoirs

##### A. Qui peut être l'auteur d'une délégation ? Propos sur le délégant

Les dirigeants les plus enclins à exercer une délégation de pouvoirs sont le Directeur général, le Directeur général délégué, le Président du directoire ou le Directeur général unique et le Conseil d'administration. En effet, si en principe n'est valable que la délégation qui émane du représentant de la société, dans les sociétés anonymes, la délégation peut également provenir du Conseil d'administration.

Si les statuts fixent les conditions de la délégation, le délégant devra se plier à ces conditions. **Dans tous les cas, le délégant ne peut consentir une délégation dont l'étendue aurait pour effet d'annuler ses pouvoirs ou de les neutraliser.**

Par ailleurs, **cette délégation ne peut pas concerner les pouvoirs spécifiquement octroyés par la loi à un organe.** Par exemple, le Conseil d'administration ne pourrait déléguer à son Président, le pouvoir de convoquer l'assemblée générale des actionnaires (C. com., art. L. 225-103).

Les différents délégants au sein de la SA sont :

- **Le Directeur général** ou **le Président Directeur général** est « investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société » (C. com., art. L. 225-56, al. 1er). Il est le véritable chef d'entreprise et peut déléguer partiellement ses pouvoirs. Il peut donc conférer des mandats dans le cadre du pouvoir général de contracter au nom de la société.
- **Le Directeur général délégué**, en vertu de l'article L. 225-56 du Code de commerce, est un chef d'entreprise et il peut ainsi déléguer une partie de ses pouvoirs à des salariés. Il peut aussi déléguer partiellement ses pouvoirs de représentation ou donner un simple mandat spécial à toute personne, notamment pour représenter la société en justice.

- **Le Conseil d'administration** est habilité à attribuer des pouvoirs de représentation à des personnes qui en principe n'ont pas vocation à intervenir au nom de la société (articles L. 225-50 : délégation d'un administrateur dans les fonctions de Président en cas d'empêchement ou décès et R. 225-29 du Code de commerce : délégation aux administrateurs ou tiers de mandats spéciaux). Cependant, les mandats spéciaux donnés pour un ou plusieurs objets déterminés n'investissent pas leurs bénéficiaires d'un pouvoir de représentation de la société.
- **Le directoire** dans les sociétés anonymes à directoire détient la direction et les pouvoirs du chef d'entreprise (C. com., art. L. 225-64). Or le directoire est en principe un organe collégial d'au plus cinq membres, même si exceptionnellement ses fonctions peuvent être exercées par une seule personne : le Directeur général unique. Ce dernier peut alors déléguer une partie de ses pouvoirs dans les conditions de droit commun. Mais le problème se pose pour la direction collégiale, le Président n'ayant que la qualité de représentant de la société (C. com., art. L. 225-66). Une éventuelle répartition des tâches entre les membres du directoire n'entrave pas le caractère collégial de la direction (D. 23 mars 1967, art. 99). La collégialité ainsi préservée devrait s'imposer pour la délégation des pouvoirs.

Pourtant, la chambre criminelle de la Cour de cassation admet bien qu'implicitement la délégation par acte individuel du Président du directoire ou de chacun des membres, en décidant que chacun est responsable dans le cadre des attributions qui lui sont dévolues par répartition des pouvoirs entre eux.

La délégation de ces pouvoirs permet alors à chaque attributaire de s'exonérer. En l'absence de répartition, le Président est le chef d'entreprise et engage seul sa responsabilité (Cass. crim., 9 oct. 1984 : JCP E 1985, II, 14495). Le Président ou les membres du directoire s'exonèrent de leur responsabilité par la preuve d'une délégation régulière.

#### TABLEAU RÉCAPITULATIF RELATIF AUX AUTEURS DE LA DÉLÉGATION

QUI PEUT ÊTRE AUTEUR DE LA DÉLÉGATION ?	TITRE	ÉTENDUE DE LA DÉLÉGATION
<b>Le délégant</b>	• Directeur général ou PDG	Transfert d'une partie de l'autorité et des moyens à un délégataire.
	• Directeur général délégué	L'étendue de la délégation ne doit pas avoir pour effet d'annuler ou de neutraliser les pouvoirs du délégant.
	• Conseil d'administration	
	• Président du directoire	Pas possible de déléguer un pouvoir spécifiquement attribué à l'organe dirigeant.
	• Directoire	
	• Directeurs généraux	Le dirigeant ne peut pas consentir une délégation de pouvoirs à plusieurs personnes pour le même travail.
	• Directeur général unique	

#### B. Qui peut être bénéficiaire de la délégation ? Propos sur le délégataire

Si les statuts ne prévoient rien sur la qualité du délégataire, celui-ci peut être :

- un associé,
- un salarié,
- ou même une personne extérieure à la société.

En dehors du cas où le choix du délégataire est imposé par la nature de l'affaire introduite en justice (Cass. com., 14 janv. 1997 : Bull. civ. 1997, IV, n° 14), la société est libre de choisir la personne à qui elle envisage de confier l'exécution d'une mission.

Le délégataire doit obligatoirement être pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires :

- **La compétence** suppose qu'il ait une expérience professionnelle et des connaissances techniques lui permettant d'exercer ses prérogatives. L'exigence d'une telle compétence implique donc de conférer la délégation à une personne qualifiée, c'est-à-dire aux cadres de l'entreprise. Cela signifie qu'un simple exécutant ne disposant pas des qualités requises ne peut bénéficier d'un transfert de pouvoirs.
- Le délégataire doit disposer d'une *qualification professionnelle* appropriée, faute de quoi une formation spécifique ou complémentaire s'impose. Les juges se montrent particulièrement rigoureux sur ce point, de sorte qu'ils n'hésitent pas à exclure si nécessaire, le jeu de la délégation (Cass. crim., 17 nov. 1970).

Par ailleurs, les moyens matériels et financiers mis à sa disposition doivent lui permettre de remplir correctement sa fonction.

- Le délégataire doit également disposer d'une **autorité**, c'est-à-dire d'un pouvoir de commandement lui permettant de faire respecter les ordres qu'il est appelé à donner et par conséquent, d'un pouvoir disciplinaire (Cass. crim., 8 mars 1988, n° 87-83.883 D, Lechat, inédit).

La condition d'autorité suppose que l'intéressé dispose d'une certaine indépendance dans la conduite de sa mission. Une délégation est privée de toute réalité, lorsque le bénéficiaire doit demander l'accord du chef d'entreprise avant toute décision importante relative à la tâche qui lui a été confiée.

- Le délégataire doit enfin disposer des **moyens nécessaires**. Ces moyens dépendront de la mission confiée. En pratique, il devra disposer des moyens notamment financiers lui permettant de s'assurer du respect de la réglementation.

Ainsi, le délégataire devra disposer d'un budget suffisant pour acheter le matériel en matière de sécurité.

Le juge s'attachera à savoir si le délégataire a un temps suffisant après l'émission de la délégation « *pour lui permettre d'engager une action significative dans ce domaine* » (Cass. Crim. 8 mars 1988, n°87é83.833).

Le délégataire va engager la société par les actes qu'il conclut avec les tiers, à condition que ces actes entrent dans le cadre de la délégation qui lui a été consentie. Ainsi, ses pouvoirs étant limités, il n'engage la société que dans la limite de l'exercice de ces pouvoirs précis.

En revanche, les limitations de pouvoirs auxquelles il est soumis sont inopposables aux tiers. Ces derniers peuvent donc invoquer à l'encontre de la société le défaut de publicité des limitations ou l'existence d'un mandat apparent.

*Ainsi, un Directeur général adjoint, simple salarié (donc Directeur technique et non mandataire social d'une société anonyme) ayant pour mission la vente de maisons individuelles, muni d'une procuration notariée permanente du Président du Conseil d'administration pour conclure de tels actes, engage valablement la société par un acte d'achats de terrains. Sa société ne peut dénier toute valeur à cet acte, au seul motif que le prix d'acquisition a excédé le montant pour lequel l'intéressé a été habilité, dès lors que cette limitation de délégation n'a fait l'objet d'aucune publicité* (Cass. com., 24 janv. 1989, Maison Phénix c/ SPDI).

En outre, le dirigeant ne peut pas consentir **une délégation de pouvoirs à plusieurs personnes** pour l'exécution d'un même travail, un tel cumul étant de nature à restreindre l'autorité et à entraver les initiatives des délégataires (Cass. Crim. 19 mars 1996, n°1467: RJDA 7/96 n°928).

Par ailleurs, lorsque **la délégation est consentie à un salarié**, elle constitue un élément substantiel du contrat de travail. Son retrait illustre la modification d'un élément substantiel de ce contrat propre à entraîner sa rupture (Cass. soc., 22 juill. 1986, n° 2184).

**Il conviendra également d'attirer l'attention sur l'étendue de la délégation de pouvoirs confiée à un salarié. Si celle-ci est trop étendue, les risques sont pour le salarié qu'il soit considéré comme un dirigeant de fait et encoure les responsabilités qui sont liées à ce statut.**

**En outre, pour s'exonérer de la responsabilité pénale du fait de la délégation, celle-ci doit être consentie à un salarié de la société.**

En effet, le problème de **la délégation de pouvoirs à un tiers** dépourvu de tout lien de préposition est que cela présente pour la société le risque de supporter les conséquences des actes d'une personne sur laquelle elle n'exerce aucun contrôle. Il est donc plus prudent de déléguer les pouvoirs exclusivement aux salariés de la société, et de ne consentir aux tiers que de simples mandats (convention par laquelle une personne donne à une autre le pouvoir de faire pour elle un ou plusieurs actes juridiques).

TABLEAU RÉCAPITULATIF RELATIF **AUX BÉNÉFICIAIRES DE LA DÉLÉGATION**

QUI PEUT ÊTRE BÉNÉFICIAIRE DE LA DÉLÉGATION ?	TITRE	COMPÉTENCE	ÉTENDUE DE LA DÉLÉGATION
<b>Le délégataire</b>	<p>Les statuts peuvent prévoir sa qualité.</p> <p>Sinon, il peut être :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• un associé</li> <li>• un salarié (même d'une société contrôlée). La délégation constitue une « modalité d'exécution » du contrat de travail.</li> <li>• un tiers : personne extérieure à la société.</li> </ul>	<p>Le délégataire doit avoir :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• La compétence : une qualification professionnelle appropriée (expérience et des connaissances techniques suffisantes).</li> <li>• L'autorité nécessaire : pouvoir de commandement lui permettant de faire respecter les ordres donnés. Pouvoir de sanction des salariés irrespectueux des consignes.</li> <li>• Les moyens nécessaires : financiers notamment pour s'assurer du respect de la réglementation.</li> </ul>	<p>Le délégataire n'engage la société que dans la limite des pouvoirs qui ont été délégués et publiés.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Le salarié délégataire (recommandé) : Exonération de responsabilité pénale du dirigeant pour la délégation à l'employé de la société. En cas de délégation trop étendue, risque de qualification du salarié en dirigeant de fait.</li> <li>• Tiers délégataire (non recommandé) : Il est conseillé de recourir plutôt à de simples mandats aux tiers car, du fait de l'absence de lien de subordination, il n'y a pas d'exonération de la responsabilité pénale du dirigeant délégant.</li> </ul>

### C. Qui peut bénéficier d'une délégation du délégataire ? Propos sur le subdélégataire

Si le délégant ne l'a pas interdit, le bénéficiaire d'une délégation de pouvoirs peut par la subdélégation, déléguer à son tour ceux-ci à un tiers. Les cas de subdélégation résultent fréquemment de la délégation par le représentant légal de certains pouvoirs à un salarié qui les a lui-même ensuite délégués.

L'autorisation du chef d'entreprise ne constitue pas une condition de validité des subdélégations ; celles-ci sont valables dès lors qu'elles sont régulièrement consenties et que les subdélégataires sont dotés :

- de la compétence,
- de l'autorité
- des moyens propres à l'accomplissement de leur mission (Cass. crim., 30 oct. 1996 : RJDA 3/1997, n° 296).

**Un salarié ne peut subdéléguer les pouvoirs qui lui ont été transmis, qu'à condition que la délégation initiale ait prévu cette faculté** (Cass. com., 14 févr. 1995 : Bull. civ. IV, n° 43 ; BRDA 5/1995, p. 17).

**Le subdélégué doit alors être également un salarié de la société** (Cass. com., 3 oct. 2000).

**La subdélégation peut être prévue par la personne qui délègue ses pouvoirs et si elle ne l'a pas prévue, le délégataire peut toutefois subdéléguer tout mais en demeurant responsable des actes de son subdélégué.**

La subdélégation de pouvoirs n'est valable que si elle se limite à transmettre les pouvoirs ou une partie de ceux-ci qui ont été consentis par le délégant au délégataire. Le délégataire ne peut en effet transmettre plus de pouvoirs qu'il n'en a lui-même reçus.

Par ailleurs, la subdélégation obéit aux règles générales de validité de la délégation elle-même, car elle n'est que la transmission à un tiers des pouvoirs octroyés par le délégant.

## IV.4.2. Conditions de validité de la délégation de pouvoirs

La délégation de pouvoirs est nécessairement antérieure à l'acte à accomplir et répond à des conditions de fond et de forme. La validité de la délégation de pouvoirs n'est pas liée à une autorisation ou à une stipulation statutaire. En revanche, les statuts peuvent l'interdire ou la subordonner à certaines conditions (autorisation des associés ou d'un organe social...).

### A. La durée de la délégation de pouvoirs

**La délégation de pouvoirs doit être temporaire** (Cass. com., 22 déc. 1975). Pour autant, il n'est pas nécessaire que sa durée soit déterminée.

**En cas de délégation consentie pour une durée indéterminée, le délégant (l'auteur de la délégation) peut y mettre fin à tout moment.**

**Les délégations de pouvoirs subsistent même lorsque le délégant vient de cesser ses fonctions pour quelque cause que ce soit. En effet, le délégataire reçoit son pouvoir, non pas du représentant légal, mais de la société elle-même.**

En cas de transformation de la société entraînant un changement dans la structure interne de la société, la jurisprudence considère qu'en dépit du principe dit de « *continuité de la personnalité morale* », les règles applicables à chaque type de société doivent s'appliquer, de telle sorte qu'il est nécessaire de procéder à la mise en place de nouvelles délégations.

### B. Forme de la délégation de pouvoirs

La délégation de pouvoirs conférée à un autre mandataire social ou à un préposé ne répond à aucune condition de forme. Elle pourrait donc parfaitement être verbale ou bien encore résulter d'un courrier électronique (Cass. ch. mixte, 19 novembre 2010, n°10-10.095).

Cependant, **si l'écrit n'est pas obligatoire, il est fortement recommandé**. Il s'agit, en effet, d'une précaution essentielle et ce pour des raisons de preuve. En effet, en l'absence d'écrit, il sera plus difficile d'établir l'existence et la matérialité de la délégation de pouvoirs et d'en préciser la teneur.

La délégation doit prévoir un objet clairement déterminé, par rapport **au domaine de la réglementation** pour laquelle s'opère un transfert de pouvoirs.

La délégation doit préciser les pouvoirs délégués, un énoncé trop général ne pouvant opérer délégation (Cass. crim., 30 avril 2002 : JD 2002-015329).

Que ce soit en matière civile ou pénale, c'est au demandeur qu'incombe **la charge de la preuve** de la délégation de pouvoirs. En effet, l'existence d'une délégation de pouvoirs certaine et exempte d'ambiguïté doit être démontrée par celui qui s'en prévaut (Cass. crim., 5 juill. 1983, 82-91.445, Asperti Boursin, inédit).

**La délégation de pouvoirs à un tiers extérieur à la société** obéit à des exigences de forme plus spécifiques, en particulier si les pouvoirs délégués consistent à ester en justice au nom et pour le compte de la société.

Le tiers délégataire de pouvoirs doit donc détenir un mandat spécial qui doit impérativement être écrit, à défaut de dispense légale (Cass. com., 15 oct. 1991 : Bull. civ. 1991, IV, n° 297).

### C. Information du bénéficiaire de la délégation

**Le délégataire doit être informé de manière précise de la nature et des conséquences de la mission dont il se trouve investi. Il doit également avoir connaissance du contenu de la réglementation qu'il doit faire respecter.**

Cette obligation d'information précise conditionne la validité de la délégation. Aussi, il est prudent de préciser cette information par écrit, dans la délégation de pouvoirs.

La délégation doit-elle être acceptée par le délégataire ? La jurisprudence n'a pas clairement tranché cette question ; cependant une acceptation écrite est néanmoins préconisée.

#### TABLEAU RÉCAPITULATIF RELATIF AUX CONDITIONS DE VALIDITÉ DE LA DÉLÉGATION

DURÉE	<p>Temporaire. Mais la durée n'est pas nécessairement déterminée. Lorsque la durée est indéterminée, le délégant peut y mettre fin à tout moment.</p> <p>Événements :</p> <p>La délégation continue même lorsque le dirigeant délégant a cessé ses fonctions.</p> <p>Le nouveau dirigeant peut la retirer à tout moment.</p> <p>Une modification de l'organe délégant n'a pas d'effet sur la délégation (il est conseillé que la nouvelle direction réitère la délégation).</p>
FORME	<p>Elle doit être expresse.</p> <p>Il est recommandé d'établir un écrit définissant précisément les missions confiées au délégataire. L'écrit constitue un élément de preuve important (aux côtés de l'exercice effectif de la délégation).</p> <p>Formalisme Conseillé :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• date</li> <li>• durée de la délégation</li> <li>• informations sur le délégataire (expérience, fonctions, compétences)</li> <li>• pouvoirs transférés (dans un secteur particulier)</li> <li>• moyens mis à disposition</li> <li>• acceptation du délégataire (facultatif mais recommandé)</li> </ul> <p>La délégation doit être certaine et dépourvue d'ambiguïté. Son objet et le domaine du transfert de pouvoirs doivent être clairement établis. La preuve de l'existence de la délégation incombe à celui qui l'invoque.</p>
INFORMATION DU DÉLÉGATAIRE	<p>Le délégataire doit être informé de manière précise de la nature et des conséquences de la mission dont il est investi. Son acceptation n'est nécessaire que :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• si la délégation constitue de nouveaux pouvoirs</li> <li>• s'il y a une modification substantielle du contrat de travail</li> </ul>

## IV.4.3. Effets de la délégation de pouvoirs

### A. Effets à l'égard de la société

La société n'est tenue par les actes conclus en son nom que dans la mesure où ils ont été signés par son représentant légal ou son délégataire régulier. Ainsi, elle est engagée par la délégation de pouvoirs consentie par le Président du Conseil d'administration agissant au nom et pour le compte de la société, et non en son nom personnel (Cass. com., 15 mars 2005).

En l'absence de délégation, l'acte passé est inopposable à la société (Cass. com., 26 nov. 1996).

La société peut toutefois ratifier l'acte passé sans pouvoir par le prétendu délégataire ; c'est le cas lorsqu'elle exécute volontairement l'acte accompli sans pouvoir par le signataire.

**Un tiers contractant trompé par une délégation inexistante, irrégulière ou insuffisante, peut rechercher l'engagement de la société sur le terrain de l'apparence.**

S'il y parvient, la société assumera alors les obligations contractées par un délégataire dépourvu ou ayant perdu les pouvoirs dont il a usé. En contrepartie, elle disposera d'un recours contre ce dernier, en application des règles du droit commun de la responsabilité.

### B. Effets à l'égard des parties à la délégation

En l'absence de réglementation spécifique, les responsabilités du délégataire et du délégant obéissent au droit commun de la responsabilité civile.

#### B.1. Responsabilité du délégataire

##### B.1.1. La responsabilité civile

**Le délégataire répond de ses fautes contractuelles vis-à-vis du délégant et de ses fautes délictuelles (en l'absence de contrat) à l'égard des tiers.**

Sa responsabilité se trouve d'autant plus mise en cause vis-à-vis de ces derniers, qu'il a outrepassé ses pouvoirs ; auquel cas, il prend un engagement personnel (articles 1991, alinéa 1er et 1992, alinéa 1er du Code civil).

L'intéressé engage éventuellement sa responsabilité délictuelle (en l'absence de contrat), s'il néglige d'informer les tiers qu'il agit dans le cadre d'une délégation de pouvoir.

Vis-à-vis des tiers, le délégataire engage la société dans la limite du mandat qui lui a été consenti.

Toutefois les restrictions de pouvoirs auxquelles il est soumis sont inopposables aux tiers, lesquels peuvent se prévaloir à l'encontre de la société d'**un mandat apparent**.

##### B.1.2. La responsabilité pénale

Le délégataire doit répondre de l'infraction commise aux lieux et place de celui qui l'en a investi ; le délégataire assume alors pénalement les responsabilités du dirigeant délégant (Cass crim, 5 juin 2007, n°06-87782).

Il répond alors des actes pénalement réprimés qu'il a personnellement commis et de son défaut de surveillance, si celui-ci a créé ou contribué à créer les conditions de réalisation du dommage ou s'il a permis la commission de l'infraction.

Le délégataire, qui exerce dans le cadre de sa délégation les fonctions de représentant de la personne morale, engage sa responsabilité pénale conjointement avec celle de la personne morale (Cass crim 30 mai 2000 n°99-84212).

#### B.2. Responsabilité du délégant

### B.2.1. Civile

**Conformément au mécanisme de la représentation, le délégataire qui exécute sa mission, engage la responsabilité contractuelle du délégant. En conséquence, ce dernier assume les fautes de gestion commises par le délégataire. Il se voit reprocher en général de ne pas avoir suffisamment surveillé l'activité du délégataire.**

Néanmoins, les règles de la responsabilité contractuelle ne s'appliquent qu'en présence d'un lien contractuel entre la société et le tiers. Le délégant n'est en principe pas responsable des fautes délictuelles commises par le délégataire dans l'exercice de ses fonctions (lorsqu'aucun contrat n'a été conclu avec le tiers).

Il n'est tenu à l'égard des tiers, que s'il est l'auteur d'une faute personnelle cause d'un dommage. Sa responsabilité personnelle peut résulter notamment d'une faute dans le choix ou la surveillance du délégataire.

### B.2.2. Pénale

La délégation de pouvoirs réguliers opère un transfert de responsabilité pénale du délégant au délégataire pour les domaines et compétences concernés, pourvu que le délégant n'ait pas personnellement participé à la commission de l'infraction.

Quand l'existence d'une délégation de pouvoirs régulière est constatée, elle ne joue pas pour autant de plein droit, il s'agit d'un moyen de défense qui doit être invoqué en justice par le chef d'entreprise (Cass. crim. 5 janvier 1993 n°92-81918).

Toutefois, la responsabilité pénale du délégant n'est pas écartée lorsqu'il a participé, même partiellement, à la commission de l'infraction ; tel est notamment le cas lorsque l'infraction a été commise dans le cadre de pouvoirs que le dirigeant n'a pas délégué (Cass. crim. 15 mai 2007 n°06-843).

L'effet exonératoire de responsabilité pénale ne concerne enfin que le chef d'entreprise et non la personne morale, dont la responsabilité pénale peut être engagée du fait des agissements délictueux du délégataire, devenu son représentant par l'effet de la délégation (Cass. crim. 30 mai 2000 : TPS 2000, comm. 373).

TABLEAU RÉCAPITULATIF RELATIF **AUX EFFETS DE LA DÉLÉGATION DE POUVOIRS**

EFFETS DE LA DÉLÉGATION DE POUVOIRS	CIVILE	PÉNALE
<b>Le délégant</b>	Responsabilité contractuelle à l'égard des tiers du fait du délégant commis dans le cadre d'un contrat liant l'entreprise et les tiers. Le délégant assume la responsabilité des fautes de gestion commises par le délégataire. Pas de responsabilité délictuelle pour les fautes délictuelles commises par le délégataire (absence de contrat entre la société et le tiers).	Exonération de responsabilité pénale en cas de délégation de pouvoirs : <ul style="list-style-type: none"><li>• s'il n'a pas pris part personnellement à l'infraction</li><li>• même s'il ne doit pas prouver sa non-culpabilité</li><li>• s'il veut s'exonérer, il prouve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires</li></ul>
<b>Le délégataire</b>	Responsabilité contractuelle à l'égard du délégant lorsqu'il a outrepassé ses pouvoirs. Responsabilité délictuelle à l'égard des tiers : lorsqu'il a agi en l'absence de contrat avec les tiers. En revanche, les tiers peuvent se prévaloir d'un mandat apparent contre la société.	Responsabilité pénale pour le non respect de la réglementation dans le domaine de la délégation.



# PARTIE **V**

---

## **ESH ET GROUPE DE SOCIÉTÉS**

---

## **V.1. LA NOTION DE GROUPE** **122**

A. Définition	122
B. Filialisation/prise de participation	124
C. Conditions de constitution des groupes de sociétés dans les ESH	124
C.1. Sociétés Anonymes d'Habitation à Loyer Modéré (SA HLM)	124
C.2. Sociétés Anonymes coopératives de production d'Habitations à Loyer Modéré et Sociétés Anonymes coopératives d'intérêt collectif d'Habitations à Loyer Modéré	125
C.3. Sociétés d'Économie Mixte de logement	125

## **V.2. LE RÉGIME DES CUMULS DES MANDATS SOCIAUX** **127**

## **V.3. LES DÉLÉGATIONS DE POUVOIRS AU SEIN DES GROUPES DE SOCIÉTÉS** **129**

A. Délégation de pouvoirs entre société mère et société fille	129
B. Délégation de pouvoirs entre sociétés sœurs	130
C. Délégation de pouvoirs et groupement de sociétés	130

## **V.4. LES GROUPEMENTS D'EMPLOYEURS** **131**

A. Son objet	131
B. Sa forme	132
B.1. Associative	132
B.2. Coopérative	132

*Le développement des ESH conduit leurs actionnaires et leurs dirigeants à s'interroger sur les modalités qui leur permettraient d'augmenter l'efficacité de ces structures et de favoriser leur développement.*

---

# V.1

## LA NOTION DE GROUPE

---

### A. Définition

La détention par une même société de plusieurs participations dans d'autres sociétés peut constituer un groupe de sociétés à condition qu'elle les contrôle directement ou indirectement.

En effet, un groupe de sociétés est l'ensemble constitué par plusieurs sociétés ayant chacune leur existence juridique propre, unies entre elles par des liens divers en vertu desquels l'une d'elles, dite société mère, tient les autres sous sa dépendance en exerçant un contrôle sur l'ensemble et en faisant prévaloir une unité de décision (Mémento Lefebvre, Sociétés commerciales, 2009, n°25500).

Ce pouvoir de contrôle doit permettre à la société mère de centraliser un pouvoir de décision.

Le groupe de sociétés n'a pas de personnalité morale.

**Aux termes de l'article L.233-3-I du Code de commerce, une société est ainsi considérée comme en contrôlant une autre :**

- Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;
- Ou lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;
- Ou lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;
- Ou lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

L'article L.233-3-II du code de commerce indique en outre qu'une société est « présumée » contrôlée par une autre société lorsque cette dernière dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne.

Enfin, l'article L.233-3-III du code de commerce indique que « deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale ».

Au regard de l'article L. 233-3 du code de commerce, le contrôle qu'une société exerce sur une autre peut en conséquence être **un contrôle de droit ou un contrôle de fait**.

#### **Le contrôle de droit**

- La détention directe ou indirecte d'une fraction du capital conférant à une société la majorité des droits de vote.

Le contrôle se caractérise dans ce cas par le pouvoir que détient une société dans les assemblées d'une autre.

Pour appréhender le contrôle qu'exerce une société A sur une société B, ce sont **les droits de vote** que la société A détient au sein de la société B qu'il faut en conséquence prendre en compte.

La majorité des droits de vote que la société A détient au sein de l'assemblée de la société contrôlée peut résulter de participations directes ou indirectes :

Ainsi, si une société A contrôle une société B qui contrôle elle-même une société C : la société A est réputée contrôler la société C.

- Le contrôle peut également résulter d'un « **accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société** ».

Sont visées ici les pactes d'actionnaires qui peuvent être conclus entre différents actionnaires.

#### **Le contrôle de fait**

- Une société A sera réputée contrôler une société B même si elle ne détient pas la majorité des droits de vote au sein de la société B dès lors que les droits de vote dont dispose la société A suffisent, dans les faits, à lui conférer la maîtrise des assemblées et donc à influencer la gestion de la société.

Ce pourrait être le cas dans l'hypothèse de dispersion des actions de la société B ou si les autres actionnaires ne participent pas aux assemblées.

- Au regard de l'article L.233-3, deux ou plusieurs personnes agissant de concert peuvent être considérées comme « *contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale* ».

Le contrôle conjoint suppose que :

- les actionnaires concernés disposent ensemble d'une part de capital leur permettant de déterminer les décisions prises en assemblées,
- ces actionnaires agissent « de concert »,
- ces actionnaires soient liés par un accord écrit ou verbal,
- cet accord ait pour objet de mettre en œuvre une politique commune.

- En outre, indépendamment de la part de capital détenue, une société A contrôle une société B, **au regard de l'article L.233-3**, si elle « *dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société* ».
- Une société A est également « présumée » contrôler une société B lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne.

## B. Filialisation / prise de participation

Le Code de commerce, dans les articles L.233-1 à L.233-40, consacre un chapitre III aux filiales, aux participations et aux sociétés contrôlées qui donne une approche du groupe de sociétés.

La prise de participation et la filialisation constituent des moyens d'intervention classiques des entreprises.

Toutefois, ces deux notions diffèrent.

Il y a « participation » lorsqu'une société détient dans le capital d'une autre une fraction du capital comprise entre 10 et 50 % (article L.233-2 du Code de commerce).

Aux termes de l'article L.233-1 du Code de commerce, la filialisation résulte de la détention de plus de la moitié du capital d'une autre société.

La société est également présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne.

## C. Conditions de constitution des groupes de sociétés dans les ESH

Dans le cadre de la constitution de Groupe de sociétés, les ESH peuvent ainsi créer ou prendre des participations majoritaires dans des sociétés à condition toutefois de prévoir que ces structures aient un objet complémentaire à leur activité.

### C.1. S'agissant des Sociétés Anonymes d'Habitation à Loyer Modéré (SA HLM)

Aux termes de l'article L.422-2 du Code de la construction et de l'habitation, les SA HLM peuvent :

- de souscrire ou acquérir des parts de sociétés civiles immobilières ayant pour objet la réalisation d'immeubles d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation destinés à des accédants dont les ressources n'excèdent pas des plafonds fixés par l'autorité administrative, d'être syndic de copropriétés d'immeubles ainsi réalisés et d'exercer les fonctions d'administrateur de biens pour les mêmes immeubles ;
- de souscrire ou d'acquérir des parts dans des sociétés d'habitat participatif constituées en application du titre préliminaire du livre II ;
- de souscrire à ou d'acquérir des parts ou des actions dans des sociétés pouvant réaliser des opérations d'aménagement ou conclure une convention de projet urbain partenarial ; cette participation est soumise à l'accord du représentant de l'Etat dans le département du lieu de l'opération ou du projet. À défaut d'opposition de sa part notifiée dans le délai de deux mois à compter de la date de la réception de la demande, son avis est réputé favorable.

Les SA HLM peuvent aussi créer des filiales qui auront pour seul objet de construire, d'acquérir et de gérer des logements locatifs intermédiaires :

1. Faisant l'objet d'une aide directe ou indirecte, sous quelque forme que ce soit, accordée par l'État, une collectivité locale ou l'un de ses groupements, ou par toute autre personne morale et conditionnée au respect, pendant une certaine durée, des conditions prévues aux 2° et 3° ;
2. Destinés à être occupés, à titre de résidence principale, pendant la durée fixée lors de l'attribution de l'aide mentionnée au 1°, par des personnes physiques dont les ressources n'excèdent pas des plafonds, fixés par décret en fonction de la typologie du ménage, de la localisation et du mode d'occupation du logement, lesquels ne sauraient être inférieurs aux plafonds prévus au chapitre unique du titre III du livre III ;
3. Dont le loyer n'excède pas, pendant la durée mentionnée au 2°, des plafonds fixés par décret en fonction de la localisation du logement, de son type et, le cas échéant, de son mode de financement, lesquels ne sauraient

être inférieurs aux plafonds prévus au chapitre unique du titre III du livre III.

Toutefois, ces filiales ne peuvent pas elles-mêmes créer d'autres filiales.

Elles peuvent seulement prendre des participations dans des sociétés ayant pour objet la construction et la gestion de logements intermédiaires définis aux 1° à 3° ci-dessus lorsqu'une telle participation leur permet d'exercer un contrôle conjoint sur cette société dans les conditions mentionnées à l'article L. 233-3 du code de commerce.

---

### **C.2. S'agissant des Sociétés anonymes coopératives de production d'habitations à loyer modéré et sociétés anonymes coopératives d'intérêt collectif d'habitations à loyer modéré**

Aux termes de l'article L.422-3 du Code de la construction et de l'habitation, ces sociétés peuvent :

- souscrire à ou d'acquérir des parts ou des actions dans des sociétés pouvant réaliser des opérations d'aménagement ou conclure une convention de projet urbain partenarial ; cette participation est soumise à l'accord du représentant de l'Etat dans le département du lieu de l'opération ou du projet. A défaut d'opposition de sa part notifiée dans le délai de deux mois à compter de la date de la réception de la demande, son avis est réputé favorable ;
- souscrire ou d'acquérir des parts dans des sociétés d'habitat participatif constituées en application du titre préliminaire du livre II.

Elles peuvent aussi créer des filiales qui auront pour seul objet de construire, d'acquérir et de gérer des logements locatifs intermédiaires :

1. Faisant l'objet d'une aide directe ou indirecte, sous quelque forme que ce soit, accordée par l'État, une collectivité locale ou l'un de ses groupements, ou par toute autre personne morale et conditionnée au respect, pendant une certaine durée, des conditions prévues aux 2° et 3° ;
2. Destinés à être occupés, à titre de résidence principale, pendant la durée fixée lors de l'attribution de l'aide mentionnée au 1°, par des personnes physiques dont les ressources n'excèdent pas des plafonds, fixés par décret en fonction de la typologie du ménage, de la localisation et du mode d'occupation du logement, lesquels ne sauraient être inférieurs aux plafonds prévus au chapitre unique du titre III du livre III ;
3. Dont le loyer n'excède pas, pendant la durée mentionnée au 2°, des plafonds fixés par décret en fonction de la localisation du logement, de son type et, le cas échéant, de son mode de financement, lesquels ne sauraient être inférieurs aux plafonds prévus au chapitre unique du titre III du livre III.

Toutefois, ces filiales ne peuvent pas elles-mêmes créer d'autres filiales.

Elles peuvent seulement prendre des participations dans des sociétés ayant pour objet la construction et la gestion de logements intermédiaires définis aux 1° à 3° ci-dessus lorsqu'une telle participation leur permet d'exercer un contrôle conjoint sur cette société dans les conditions mentionnées à l'article L. 233-3 du code de commerce.

---

### **C.3. S'agissant des Sociétés d'Économie Mixte de logement**

Pour rappel, les communes, les départements, les régions et leurs groupements peuvent, dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi, créer des sociétés d'économie mixte locales qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général.

Lorsque l'objet de sociétés d'économie mixte locales inclut plusieurs activités, celles-ci doivent être complémentaires (article L.1521-1 du Code général des collectivités territoriales).

Une société d'économie mixte locale peut donc avoir pour objet une activité de construction ou de gestion de logements sociaux.

Il convient de rappeler que l'article L.1524-5 al.15 du Code général des collectivités territoriales autorise la prise de participation d'une SEML dans le capital d'une société commerciale :

*« Toute prise de participation d'une société d'économie mixte locale dans le capital d'une société commerciale fait préalablement l'objet d'un accord exprès de la ou des collectivités territoriales et de leurs groupements actionnaires disposant d'un siège au Conseil d'administration, en application du premier alinéa du présent article ».*

Par ailleurs, et par extension, il a pu être considéré que cet article est également applicable aux prises de participation des SEML dans les sociétés civiles immobilières qui, aux termes de l'arrêt Commune d'Iffendic (CE, 24 novembre 1989, req. n°68439), sont considérées comme des organismes à but lucratif (Guide des SEML, DGCL ; éd. 2007).

Une exception doit cependant être faite en raison de l'interdiction expresse de la filialisation des SEML ayant pour objet exclusif la conception, la réalisation, l'entretien et la maintenance ainsi que, le cas échéant, le financement d'équipements hospitaliers ou médico-sociaux, auxquels la loi n°2004-806 du 9 août 2004 refuse toute prise de participation dans le capital d'une société commerciale.

**S'agissant des modalités, l'article L.1524-5 alinéa 6 prévoit que la prise de participation par une SEML dans une autre société commerciale doit faire l'objet d'un accord préalable exprès des collectivités territoriales actionnaires.**

**Cet accord n'est exigé, aux termes de la loi, que des seules collectivités territoriales détenant un siège au Conseil d'Administration.**

**En effet, les collectivités territoriales ne disposant pas de poste d'administrateur ne sont pas tenues de délibérer sur cette prise de participation.**

L'autorisation n'est demandée que dans le seul cas de prise de participation au capital d'une société commerciale.

**Aussi, la prise de participation dans toute autre forme de société et notamment une société civile, plus particulièrement encore une société civile immobilière, ne requiert aucune autorisation préalable des Assemblées délibérantes des collectivités actionnaires.**

Il est toutefois préférable qu'elles délibèrent préalablement sur ce point pour que les collectivités territoriales soient informées.

Enfin, l'activité de la filiale doit être complémentaire à l'objet social de la SEML tout en restant dans le champ de compétence des collectivités territoriales actionnaires.

Autrement dit, la prise de participation par la SEML dans une autre société commerciale ne doit pas la conduire à s'intéresser à des activités que l'article L.1521-1 du Code général des collectivités territoriales n'admet pas dans l'objet social des SEML.

---

# V.2

## LE RÉGIME DES CUMULS DES MANDATS SOCIAUX

---

Il convient de noter que le régime de cumul des mandats sociaux ne répond à aucune prescription particulière autre que celle prévue à l'article L.225-94-1 al.1 du Code de commerce.

Dans ces conditions, seuls sont décomptés les mandats sociaux exercés dans les sociétés anonymes.

Tel n'est pas le cas au sein des Offices Publics HLM.

- **Président Directeur Général d'une ESH /  
Président Directeur Général d'une société fille de type société anonyme**

La loi limite à un seul mandat la fonction de Directeur général de société anonyme ayant son siège social sur le territoire français (c.com. art. L.225-54-1 et L.225-67, al. 1).

Par dérogation à l'exercice d'un seul mandat de Directeur général au sein des sociétés anonymes, le Directeur général peut exercer un deuxième mandat de Directeur général dans une société contrôlée par celle dont il est Directeur général (c.com. art. L.225-54-1).

**Il est donc possible pour la même personne d'être Directeur général de l'ESH mère et de l'ESH fille, dans la mesure où celle-ci est contrôlée.**



Ainsi, puisque l'article L.411-2 vise tous les organismes d'habitations à loyer modéré, y compris les sociétés anonymes d'habitations à loyer modéré, s'il y a mise à disposition du Directeur général par l'ESH mère au profit de l'ESH fille, la convention de mise à disposition devra faire l'objet d'une convention réglementée qui doit être soumise à l'approbation du Conseil d'administration ou du Conseil de surveillance et à l'assemblée des actionnaires.

En droit des Sociétés Anonymes, ce cumul est donc licite puisqu'une personne physique peut détenir deux mandats de direction quand le second mandat est exercé dans une société contrôlée.

- **Directeur Général d'une ESH mère / Directeur Général Délégué d'une société fille de type société anonyme**

Le cumul de mandat est licite.

- **Directeur Général d'une ESH mère / Président d'une filiale de type société anonyme**

Le cumul de mandat est licite.

- **Directeur Général d'une ESH mère / Président Directeur Général d'une filiale**

Le cumul de mandat est licite.

---

# V.3

## LES DÉLÉGATIONS DE POUVOIRS AU SEIN DES GROUPES DE SOCIÉTÉS

---

---

### A. Délégation de pouvoirs entre société mère et société fille

Tout d'abord, il convient de rappeler que la délégation de pouvoirs ne se conçoit en principe que dans les rapports entre un employeur et un salarié d'une même société.

Ainsi, faute de relations d'employeur à préposé, une délégation de pouvoirs ne saurait être valablement consentie par un chef d'entreprise à un bureau d'études ou par un administrateur judiciaire ou chef d'entreprise dessaisi (Cass. Crim., 30 janvier 1996, jurisdata n° 1996-001949).

La situation n'est cependant pas identique dans les groupes de société.

La situation est différente s'il existe un rapport de contrôle entre l'entreprise du délégataire et celle du délégant.

Dans ce cas, il est impératif qu'existe une détention de plus de 50 % du capital de la filiale par la société dominante pour assurer la validité des délégations de pouvoirs (Code du Commerce, art. L.233-1).

Ainsi, la Chambre criminelle de la Cour de Cassation considère que « rien n'interdit au chef d'un groupe de sociétés et Président de la société chargée des travaux de déléguer ses pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité au dirigeant d'une autre société du groupe placé sous son autorité hiérarchique » (cass. Crim., 26 mai 1994, n° 93-83.179).

Ainsi, le dirigeant d'un groupe d'entreprises peut déléguer ses pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité au dirigeant d'une des sociétés du groupe sur lequel il exerce son autorité hiérarchique, à condition que le délégataire possède l'autorité, la compétence et les moyens nécessaires (cass. Crim., 26 mai 1994, n° 83-83.213).

## B. Délégation de pouvoirs entre sociétés sœurs

Une délégation de pouvoirs confiée à un délégataire appartenant à une société n'ayant aucun lien de contrôle avec la société pour laquelle il travaille est privée d'effets juridiques et ne peut de ce fait entraîner le transfert de la responsabilité pénale du dirigeant (Cass. Soc., 13 janvier 1999, pourvoi n° 97-60.782).

## C. Délégation de pouvoirs et groupement de sociétés

Enfin, s'agissant des groupements de société, la jurisprudence considère depuis longtemps qu'un dirigeant titulaire d'une délégation de pouvoirs est un représentant de la personne morale s'il commet une infraction (cass. Crim., 1er décembre 1998, n° 97-80.560).

Par un premier arrêt en date du 14 décembre 1999, la Chambre Criminelle a jugé qu'en présence de la réalisation des travaux confiés à une société en participation regroupant plusieurs sociétés, celles-ci peuvent valablement déléguer à un Directeur de chantier [ne possédant la qualité de salarié qu'à l'égard de l'une des sociétés] les pouvoirs afin de prendre toutes les mesures destinées à assurer sur le site l'hygiène et la sécurité de l'ensemble du personnel détaché sur le chantier (Cass. crim., 14 décembre 1999, n°99-80.104, Bull. crim. 306).

La Cour de Cassation considère, par un attendu désormais constant, que « les infractions en matière d'hygiène et de sécurité des travailleurs commises par le délégataire de pouvoir désigné par chacune des sociétés constituent un groupement d'entreprises à l'occasion de l'attribution d'un marché engageant la responsabilité pénale de la seule personne morale membre du groupement, qui est l'employeur de la victime » (cass. Crim., 23 novembre 2010, n° 09-85.115, bull. crim. 186).

Pour autant le délégataire n'est pas juridiquement considéré comme un tiers par rapport à l'entreprise. Il sera en effet rappelé que la jurisprudence retient, de façon acquise, que le délégataire devient représentant de la personne morale par l'effet de la délégation de pouvoirs (Cass. Crim., 1er décembre 1998, n° 97-80.560).

En matière de groupe de sociétés, ce principe de transfert de la responsabilité a pour corollaire que le délégataire devenu représentant de la personne morale engagera la responsabilité pénale de l'ensemble des entreprises du groupe (Cass. Crim., 14 déc. 1999, ep. Cit. : Rev. Sc. Crim. 2000, p. 600 ; Dr. Pén. 2000, comm. 56).

---

# V.4

## LES GROUPEMENTS D'EMPLOYEURS

---

### A. Son objet

Le Groupement d'employeurs est un moyen original de prêt de main d'œuvre, le personnel embauché étant mis à disposition des entreprises membres du groupement.

Le groupement d'employeur n'a pas, en application de l'article L.1253-1 alinéa 3 du Code du travail de but lucratif.

Il a pour objet :

- La mise à disposition au profit de ses membres de salariés liés au groupement par un contrat de travail.
- D'apporter à ses membres son aide et son Conseil en matière d'emploi ou de gestion des ressources humaines.

En application de l'article R.1234-14 du Code du travail, un groupement d'employeurs peut également être constitué pour mettre des remplaçants à la disposition :

1. de chefs d'exploitations ou d'entreprises mentionnées aux 1<sup>o</sup> à 4<sup>o</sup> de l'article L. 722-1 du Code rural ;
2. des chefs d'entreprises artisanales, industrielles ou commerciales ;
3. des personnes physiques exerçant une profession libérale et des membres non-salariés de leur famille travaillant sur l'exploitation ou dans l'entreprise et de leurs salariés.

Cependant, aux termes de l'article R.1253-15 du Code du travail ce type de groupement d'employeurs, ayant pour activité principale le remplacement de dirigeant intervient dans deux situations limitativement énumérées :

1. soit d'empêchement temporaire résultant de maladie, d'accident, de maternité ou de décès ;
2. soit d'absences temporaires liées aux congés de toute nature, au suivi d'une action de formation professionnelle ou à l'exercice d'un mandat professionnel, syndical ou électif.

Dès lors, le groupement d'employeur ne devrait pas permettre de salarier des dirigeants pour les mettre de façon permanente à disposition d'autres sociétés.

## B. Sa forme

### B.1. Associative

Définition : convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices (article 1er de la loi 1er juillet 1901).

Ainsi, la réalisation de bénéfices n'est pas exclue mais l'activité déployée ne doit pas avoir pour objectif le partage de bénéfices.

Il convient seulement que les profits réalisés soient **entièrement** consacrés à la réalisation de « l'objet social » (acquisition de nouveaux locaux, modernisation des instruments de gestion, etc.).

La déclaration préalable d'association (L. 1er juill. 1901, art. 5) est effectuée à la préfecture du département ou à la sous-préfecture de l'arrondissement où le groupement aura son siège social.

La déclaration doit contenir le titre et l'objet du groupement, le siège de ses établissements et les noms, professions, domiciles et nationalités de ceux qui, à un titre quelconque, sont chargés de son administration ainsi qu'un exemplaire des statuts.

Le récépissé de la déclaration transmis dans le délai de cinq jours.

Le groupement sous statut associatif, n'est rendu public que par une insertion au Journal officiel, sur production de ce récépissé, condition d'obtention de la capacité juridique, l'association bénéficiant de plein droit de la personnalité juridique à compter de sa publication au Journal officiel.

### B.2. Coopérative

*« Les sociétés coopératives artisanales ont pour objet la réalisation de toutes opérations et la prestation de tous services susceptibles de contribuer, directement ou indirectement, au développement des activités artisanales de leurs associés ainsi que l'exercice en commun de ces activités.*

*Les sociétés coopératives artisanales peuvent mettre en œuvre, par tous moyens, une politique commerciale commune, notamment par la réalisation d'opérations commerciales ou publicitaires, pouvant comporter des prix communs »* (L. no 83-657, 20 juill. 1983, art. 1er, al. 1er et 2 ; Réd. L. no 2014-856, 31 juill. 2014).

Ces coopératives sont des sociétés de moyens facilitant les achats, les ventes, la répartition des travaux, la gestion des entreprises associées artisanales ou non.

La société coopérative qui entend développer l'activité de groupement d'employeurs doit mentionner dans ses statuts, préalablement à son exercice effectif :

- cette activité ;
- la responsabilité solidaire des associés pour les dettes qui en résultent à l'égard des salariés et des organismes créanciers de cotisations obligatoires (art. R. 1253-35 du Code du travail) : les statuts du groupement d'employeurs *« peuvent prévoir, sur la base de critères objectifs, des règles de répartition de ces dettes entre les membres du groupement, opposables aux créanciers »* (art. L. 1253-8 du Code du travail) ;
- les moyens de toute nature affectés au groupement d'employeurs constitué au sein d'une coopérative sont identifiés à l'intérieur de la société coopérative.



---

# ANNEXES

---

<b>Annexe 1</b>	MODÈLE DE DÉLÉGATION DE POUVOIRS 1	136
<b>Annexe 2</b>	MODÈLE DE DÉLÉGATION DE POUVOIRS 2	138
<b>Annexe 3</b>	EXEMPLE DE DÉLÉGATION EN MATIÈRE DE RESSOURCES HUMAINES	139
<b>Annexe 4</b>	MODÈLE DE RÉVOCATION DE DÉLÉGATION	141
<b>Annexe 5</b>	MODÈLE RELATIF À LA PROCÉDURE DES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES	142
<b>Annexe 6</b>	MODÈLE DE DÉLIBÉRATION PORTANT NOMINATION D'UN PRÉSIDENT / DIRECTEUR GÉNÉRAL	147
<b>Annexe 7</b>	MODÈLE DE DÉLIBÉRATION FIXANT LES ÉLÉMENTS DE RÉMUNÉRATION SOUMIS À L'APPROBATION DES ASSOCIÉS	152



## ANNEXE 1 : MODÈLE DE DÉLÉGATION DE POUVOIRS 1

### Entre les soussignés :

- [identité du délégant], pris en sa qualité de [mentionner cette qualité : gérant, Directeur général ...] de la société [dénomination sociale] au capital de [montant du capital], ayant son siège [adresse du siège], immatriculée au registre du commerce et des sociétés sous le numéro [indiquer le numéro de SIREN] RCS [ville], ci-après dénommé(e) « le délégant » et,
- [identité du délégataire], exerçant au sein de la société [dénomination sociale] les fonctions salariées de [indiquer la nature des fonctions], ci-après dénommé(e) « le délégataire »,

### Il a été convenu ce qui suit :

1. Le délégant confie de manière effective au délégataire le pouvoir de veiller au nom de la société [dénomination sociale] à l'observation de la réglementation applicable au sein de celle-ci dans les domaines énumérés ci-après. Le délégataire déclare en toute connaissance de cause accepter expressément cette mission et être informé que sa responsabilité pénale peut être engagée en cas de faute de sa part dans l'accomplissement de cette mission.

Le délégataire est investi de toute l'autorité et de tous les moyens nécessaires à l'accomplissement de sa mission et dispose des compétences techniques et professionnelles requises pour veiller efficacement au respect de la réglementation dans les matières qui lui sont déléguées. Il devra tenir le délégant régulièrement informé de la façon dont il exécute sa mission, des difficultés rencontrées ou des moyens qui lui feraient défaut à l'occasion de cette exécution.

#### A. Hygiène et sécurité du travail

2. Le délégataire assure au nom de la société [dénomination sociale] :
  - le respect des conditions d'hygiène et de sécurité tant sur les lieux de travail qu'au cours des déplacements du personnel ;
  - la mise en place des mesures de protection collectives et individuelles des salariés.

#### B. Gestion du personnel

3. Le délégataire assure au nom de la société [dénomination sociale] le recrutement du personnel ainsi que le suivi de la gestion du personnel tant sur le plan administratif que disciplinaire. Il est le seul compétent pour prononcer des sanctions disciplinaires et engager des procédures de licenciement au nom de la société.

*(S'il existe une représentation du personnel et un CHSCT, ajouter la clause suivante.)*

4. Le délégant attire l'attention du délégataire sur les conditions particulières d'emploi des représentants du personnel et des membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

L'ensemble des salariés bénéficie d'un statut spécifique défini par des dispositions du Code du Travail que le délégataire déclare connaître. L'inobservation de ces règles constitue un délit d'entrave faisant l'objet des sanctions pénales. Le délégataire devra veiller à ce que de telles infractions ne se produisent pas dans les différents services de la société [dénomination sociale].

### **C . Règles encadrant l'activité de la société**

5. Le délégataire est chargé de veiller au nom de la société [**dénomination sociale**] au respect de la réglementation dans les domaines suivants : [**listez ces matières en fonction de l'activité de la société et de la qualification du délégataire : par exemple, réglementation des prix et de la facturation, règles du Code de la consommation sur la publicité trompeuse, droit de la propriété intellectuelle...**]

### **D . Subdélégation**

*(Si celle-ci n'est pas souhaitée, insérer la clause suivante) :*

6. Le délégataire ne peut en aucun cas déléguer à quiconque les pouvoirs qui lui sont confiés par les présentes.

*(Si la délégation est souhaitée, insérer la clause suivante) :*

7. Le délégataire peut, sous sa responsabilité, déléguer les pouvoirs qui lui sont conférés par les présentes à un salarié relevant de son autorité qu'il devra choisir en raison de ses connaissances et aptitudes en matière de [**domaine à préciser**], de sa position hiérarchique, de son autorité sur le personnel et des moyens dont il dispose pour assurer le respect des obligations précitées.

*(Si une « sous-subdélégation » n'est pas souhaitée, ajouter l'alinéa suivant) :*

Ce salarié ne pourra en aucun cas déléguer tout ou partie des pouvoirs qui lui auront été conférés.

Le délégataire devra communiquer au délégant l'identité et les fonctions de ce salarié dans les plus brefs délais ainsi qu'une copie de la délégation des pouvoirs qui lui aura été conférée.

### **E . Durée de la délégation**

*(En cas de délégation consentie pour une durée déterminée) :*

8. La présente délégation est consentie pour une durée de [**à déterminer**] à compter de son acceptation par le délégataire. Le délégant peut toutefois y mettre fin à tout moment, sans que cela puisse constituer une modification du contrat de travail du délégataire.

## ANNEXE 2 : MODÈLE DE DÉLÉGATION DE POUVOIRS 2

Je soussigné « e » « titre » « Nom, prénoms »,

En qualité de Président « Directeur général » de la société « dénomination sociale de la société »,

Constatant que la « ... taille de l'entreprise... OU... dispersion des sites de l'entreprise... » et la multiplicité de mes tâches ne me permettent « pas... OU... plus... » d'assurer en permanence et en direct le contrôle des procédures internes et le respect des dispositions légales et réglementaires en vigueur.

J'ai décidé de vous déléguer, dans le cadre de vos attributions, et dans les conditions ci-après, une partie de mes pouvoirs, à charge pour vous d'assumer la responsabilité des décisions prises dans le domaine délégué et notamment celles ayant trait au non-respect des réglementations concernées.

« ... en votre qualité de « qualité du délégataire » « indiquer la qualité du délégataire en permettant de justifier de la compétence et de l'autorité », et par délégation, il vous appartient, pour l'établissement de « Nom de l'établissement » ou pour les sites « désignation des sites »... OU... vos compétences, votre expérience et votre ancienneté en qualité de « qualité du délégataire », me conduisent à vous déléguer, dans les conditions ci-après, une partie de mes pouvoirs, à charge pour vous d'assumer la responsabilité des décisions prises dans le domaine délégué et notamment celles ayant trait au non-respect des réglementations concernées. Par délégation, il vous appartient, pour l'établissement de « Nom de l'établissement » ou pour les sites « désignation des sites », ... de « description précise des attributions et responsabilités déléguées ».

En conséquence, vous disposerez des pouvoirs de direction, de contrôle et de discipline en vue d'assurer le parfait accomplissement des obligations ci-dessus incombant à la société, dans le strict respect des dispositions légales et réglementaires afférentes aux activités ci-dessus, ainsi que des procédures internes y afférentes, que vous déclarez bien connaître.

Pour remplir vos fonctions, vous disposerez des moyens matériels et humains nécessaires. À tout moment, vous pourrez faire appel aux services internes de la société ainsi qu'à tout Conseil externe auquel la société a habituellement recours et, dans le respect des procédures internes, pourrez engager les dépenses utiles à la bonne exécution de la présente délégation.

### En cas de subdélégation

Dans l'hypothèse où vous vous trouveriez dans l'incapacité momentanée d'exercer vos responsabilités, vous pourrez « ... après m'en avoir informé... OU... avec mon accord... », subdéléguer vos pouvoirs à celui de vos collaborateurs pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Ladite subdélégation devra faire l'objet d'une acceptation expresse du subdélégataire.

La présente délégation vous est consentie pour une durée indéterminée ; elle est susceptible d'être modifiée ou révoquée à tout moment, à mon initiative.

Vous me rendez compte tous les « ... mois... OU... trimestres... » de l'accomplissement de votre mission.

J'attire votre attention sur le fait que cette délégation de pouvoirs constitue également une délégation de responsabilité et que votre responsabilité pénale personnelle est susceptible d'être engagée en cas de non-respect par vous ou par le personnel placé sous votre autorité, de la réglementation en vigueur.

Fait à « ville »

Le « date »

« Le délégant »

« signature »

« Le délégataire »

« lu et approuvé, bon pour acceptation de la délégation de pouvoirs et de responsabilités »

« signature »

## ANNEXE 3 : EXEMPLE DE DÉLÉGATION EN MATIÈRE DE RESSOURCES HUMAINES

Je soussigné « e » « titre » « Nom, Prénoms »,

En qualité de Président « Directeur général » de la société « dénomination sociale de la société »,

Constatant que la « ... taille de l'entreprise... OU ... dispersion des sites de l'entreprise... » et la multiplicité de mes tâches, ne me permettent « ... pas... OU... plus... » d'assurer en permanence et en direct le contrôle des procédures internes et le respect des dispositions légales et réglementaires en vigueur.

J'ai décidé de vous déléguer, dans le cadre de vos attributions, et dans les conditions ci-après, une partie de mes pouvoirs, à charge pour vous d'assumer la responsabilité des décisions prises dans le domaine délégué et notamment celles ayant trait au non-respect des réglementations concernées.

En votre qualité de Directeur des ressources humaines, et par délégation, il vous appartient, pour « ... l'établissement de « Nom de l'établissement »... OU... pour les sites « désignation des sites »... », d'appliquer et faire respecter la législation du travail notamment en ce qui concerne :

**Recrutement et embauche :** à ce titre, vous veillerez notamment à la véracité des informations contenues dans les offres d'emploi, à la confidentialité des fichiers personnels, et à ce qu'aucun critère discriminatoire n'intervienne dans la sélection et l'évaluation du personnel.

**Contrat de travail :** il vous appartiendra de veiller au strict respect de la réglementation légale relative aux contrats de travail, notamment en ce qui concerne les contrats de travail à durée déterminée, le travail à temps partiel, la durée du travail, les heures supplémentaires, le repos hebdomadaire et les congés payés, le recours au travail temporaire, les règles relatives à l'égalité professionnelle des hommes et des femmes, la formation continue, ex...

**Droit disciplinaire :** vous veillerez au strict respect des dispositions contenues dans le règlement intérieur, particulièrement celles relatives aux droits de la défense des salariés, au harcèlement moral ou sexuel, à l'interdiction de fumer « ... ou de consommer toute boisson alcoolisée... ».

**Inspection du travail et législation sociale :** vous veillerez à ce que les livres et registres obligatoires soient correctement tenus et présentés à l'inspecteur du travail à première demande. Il vous appartiendra de même de veiller au respect de la législation sociale, qu'il s'agisse de l'affiliation au régime général et aux régimes complémentaires, aux déclarations y relatives ainsi qu'au paiement des cotisations. En conséquence, vous disposerez des pouvoirs de direction, de contrôle et de discipline en vue d'assurer le parfait accomplissement des obligations ci-dessus incombant à la société, dans le strict respect des dispositions légales et réglementaires afférentes aux activités ci-dessus, ainsi que des procédures externes y afférentes, que vous déclarez bien connaître. Pour remplir vos fonctions, vous disposerez des moyens matériels et humains nécessaires. À tout moment, vous pourrez faire appel aux services internes de la société ainsi qu'à tout Conseil externe auquel la société a habituellement recours et, dans le respect des procédures internes, pourrez engager les dépenses utiles à la bonne exécution de la présente délégation.

### En cas de subdélégation

Dans l'hypothèse où vous vous trouveriez dans l'incapacité momentanée d'exercer vos responsabilités, vous pourrez « ... après m'en avoir informé... OU... avec mon accord... » subdéléguer vos pouvoirs à celui de vos collaborateurs pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Ladite subdélégation devra faire l'objet d'une acceptation expresse du subdélégué.

La présente délégation vous est consentie pour une durée indéterminée ; elle est susceptible d'être modifiée ou révoquée à tout moment, à mon initiative.

## SUITE ANNEXE 3

Vous me rendrez compte tous les « ... mois OU... trimestres... » de l'accomplissement de votre mission.

J'attire votre attention sur le fait que cette délégation de pouvoirs constitue également une délégation de responsabilité et que votre responsabilité pénale personnelle est susceptible d'être engagée en cas de non-respect par vous ou par le personnel placé sous votre autorité, de la réglementation en vigueur.

Fait à « ville »

Le « date »

« Le délégant »  
« signature »

« Le délégataire »  
« lu et approuvé, bon pour acceptation de la délégation  
de pouvoirs et de responsabilités »  
« signature »

## ANNEXE 4: MODÈLE DE RÉVOCATION DE DÉLÉGATION

Je soussigné « e », « titre » « Nom, Prénoms » en qualité de « déléguant »,

Met fin à compter « ... de ce jour... OU... à compter du « date... » » à la délégation de pouvoirs et de responsabilité qu'il a consenti le « date de la délégation » au profit de M. « Nom, Prénoms », « fonctions du délégataire » pour « objet de la délégation » « .... Si la délégation concerne un site (chantier) pour le site (chantier) de « désignation du site »... ».

Fait à « ville »

Le « date »

« signature »

## ANNEXE 5 : MODÈLE RELATIF À LA PROCÉDURE DES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

### 1. Lettre d'avis d'un projet de convention réglementée.

En présence d'un projet de convention réglementée, l'intéressé(e) doit en aviser le Conseil d'administration afin que ce dernier puisse être réuni pour autoriser (ou non) ladite convention. Il sera préférable d'envoyer cette lettre sous forme de lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

..... (lieu), le ..... (date)

Monsieur le Président,

- **Si la demande d'autorisation est faite au nom et pour le compte de son auteur, indiquer :**

J'ai l'honneur de vous aviser que la convention projetée entre votre société et moi-même tombe sous le coup de l'article L225-38 du Code du Commerce et qu'en conséquence elle nécessite l'autorisation préalable de votre Conseil d'administration.

- **Ou bien, si la demande d'autorisation est faite pour le compte d'une personne morale, remplacer par :**

J'ai l'honneur de vous aviser que la convention projetée entre votre société ...X... (**dénomination sociale**) et la société ...Y... (**dénomination sociale**), ..... (**forme**) au capital de .....€ (**capital**), ayant son siège social à ..... (**siège social**), immatriculé au Registre des Commerces et des Sociétés de ..... (**RCS**), sous le n° ..... (**N° SIREN**), dont je suis ..... (**qualité de l'auteur de la demande**) tombe sous le coup de l'article L225-38 du Code du Commerce et qu'en conséquence elle nécessite l'autorisation au préalable de votre Conseil d'administration.

Je vous prie de croire, Monsieur le Président, à mes salutations respectueuses.

Signature

## 2 . Autorisation de la convention par le Conseil d'administration

Lorsque le Président du Conseil d'administration a été averti d'une convention réglementée, il doit convoquer le Conseil pour délibérer sur l'autorisation à donner (ou à refuser) pour la conclusion de la convention visée.

La délibération s'inscrit dans le cadre général d'un procès verbal de réunion du Conseil d'administration.

### Autorisation d'une convention réglementée.

- Si la convention est passée avec une personne physique indiquer :

Le Président expose que la société a formé le projet de passer un contrat ayant pour objet ..... (donner les détails précis sur la convention projetée) avec ..... (Prénom) et ..... (Nom).

Obs. : indiquer la fonction de la personne concernée dans la société : dirigeant, administrateur.

- Ou bien, si la convention est passée avec une personne morale, remplacer par :

Le Président expose que la Société a formé le projet de passer un contrat ayant pour objet ..... (donner les détails précis sur la convention projetée) avec .....Y..... (dénomination sociale), ..... (forme), au capital de ..... (capital), ayant son siège social à ..... (siège social), immatriculé au Registre des Commerces et des Sociétés de ..... (RCS), sous le n° ..... (N° SIREN), dont ..... (Prénom) et ..... (Nom), ..... (qualité) de la Société, est également ..... (qualité).

Obs. : indiquer la fonction de la personne concernée dans la société et dans la société contractante : administrateur, Directeur, Président-Directeur général.

Que, par lettre du ..... (date), ..... (Prénom) ..... (Nom), lui a régulièrement donné avis de ce projet de convention dont la réalisation n'est possible qu'avec l'autorisation du Conseil.

Le Conseil, après avoir pris connaissance du projet et en avoir délibéré, décide à ..... (nombre de voix), ..... (Prénom) ..... (Nom), ne prenant part au vote, d'autoriser son Président à conclure la convention précitée, à charge pour lui d'en aviser les commissaires aux comptes conformément à la loi.

Plus rien n'étant à délibérer, la séance est levée à ..... heures.

De tout ce qui précède, il a été dressé le présent procès-verbal qui a été signé, conformément à l'article ..... des statuts par ..... pour servir et valoir ce que de droit.

Signature  
Le Président

Signature  
L'administrateur



### 3. Avis au commissaire aux comptes de la conclusion d'une convention

C'est dans le délai d'un mois à compter de la conclusion des conventions que le Président du Conseil d'administration en avise le commissaire aux comptes.  
Il sera préférable d'envoyer cette lettre sous forme de lettre recommandée avec avis de réception.

..... (lieu), le ..... (date)

Monsieur le Commissaire aux Comptes,

- **Si la convention est passée par la société avec un administrateur, le Directeur général, un Directeur délégué, ou un actionnaire, indiquer :**

J'ai l'honneur de vous informer que par délibération du .....(date), le Conseil d'administration de notre société a autorisé ..... (Prénom).....(Nom) à passer avec notre société la convention dont vous trouverez ci-joint la teneur.

- **Ou bien, si la convention est passée avec une société tierce, dont l'un des dirigeants ou associés est également dirigeant de la société, remplacer par :**

J'ai l'honneur de vous informer que par la délibération du .....(date), le Conseil d'administration de notre société a autorisé ..... (dénomination sociale), .....(forme), .....(capital), ..... (Prénom)..... (Nom),.....(qualité dans la société), est également .....(qualité dans la société contractante) à passer avec notre société la convention dont vous trouverez ci-joint la teneur.

La dite convention étant l'une de celles visées par l'article L225-38 du Code du Commerce, je vous serais obligé de bien vouloir en tenir compte dans votre spécial destiné à l'assemblée générale ordinaire à laquelle il sera demandé d'en approuver les termes et les clauses.

Veillez agréer, Monsieur le Commissaire aux Comptes, mes salutations distinguées.

Signature

## SUITE ANNEXE 5

### 4. Avis au commissaire aux comptes de la poursuite des conventions.

Lorsque l'exécution de conventions conclues et autorisées au cours d'exercices antérieurs s'est poursuivie au cours du dernier exercice, les commissaires aux comptes doivent en être informés dans le mois de la clôture de cet exercice.

..... (lieu), le ..... (date)

Monsieur le Commissaire aux Comptes,

J'ai l'honneur de vous informer que les conventions réglementées autorisées par délibération(s) du Conseil d'administration en date du .....(date), et conclues au cours d'exercices antérieurs, dont copie est jointe, se sont poursuivies au cours du dernier exercice clos le ..... (date).

Veillez agréer, Monsieur le Commissaire aux Comptes, mes salutations distinguées.

Le Président du Conseil d'administration  
Signature

## 5. Résolution d'approbation des conventions

À l'occasion de l'assemblée générale ordinaire annuelle, une résolution doit porter sur l'approbation des conventions réglementées, prise sur le rapport spécial du commissaire aux comptes.

### Résolution

L'assemblée générale des actionnaires, après avoir entendu la lecture du rapport spécial du commissaire aux comptes sur les conventions visées à l'article L225-38 du Code de Commerce, approuve chacune des conventions qui sont décrites.

Cette résolution est approuvée à .....(unanimité ou majorité).

De tout ce qui précède, il a été dressé le présent procès-verbal qui a été signé, conformément à l'article ..... (numéro) des statuts, par ..... pour servir et valoir ce que de droit.

## ANNEXE 6 : MODÈLE DE DÉLIBÉRATION PORTANT NOMINATION D'UN PRÉSIDENT / DIRECTEUR GÉNÉRAL

Lorsqu'il s'agit du décès, de la démission ou de la révocation de l'ancien Président, le Conseil sera généralement convoqué par un groupe d'administrateurs (hypothèse envisagée dans le procès-verbal ci-dessous) ou par le vice-Président du Conseil s'il en existe un ou par toute personne dans les attributions de laquelle figure la convocation du Conseil d'administration en cas de décès du Président.  
La délibération s'inscrit dans le cadre général d'un procès-verbal de réunion du Conseil d'administration.

La séance est présidée par ..... (Prénom).....(Nom), ..... (adresse), doyen d'âge des administrateurs ayant procédé à la convocation. .... (Prénom)..... (Nom), ..... (adresse) est désigné comme secrétaire de la séance.

Le Président de séance précise que le Conseil, réunissant la présence effective de la moitié des administrateurs, peut valablement délibérer sur les différents points inscrits à l'ordre du jour.

Le Président de séance indique que le Conseil doit pourvoir au remplacement de ..... (Prénom), .....(Nom), ..... (adresse), ancien Président .....(préciser : démissionnaire, décédé, révoqué).

- Si le nouveau Président n'est pas encore administrateur, indiquer :

### 1. Cooptation d'un administrateur

Au préalable, il convient pour le Conseil de coopter en qualité d'administrateur .....(Prénom) ..... (Nom).....(adresse), qui serait appelé à ces fonctions.

Après échange de vues, le Conseil décide de nommer .....(Prénom).....(Nom),.....(adresse) administrateur, à titre provisoire, sous réserve de la ratification de cette nomination par la plus prochaine assemblée générale ordinaire des actionnaires.

.....(Prénom).....(Nom) exercera ses fonctions conformément à l'article ..... des statuts pour une durée de ..... années, soit jusqu'à l'assemblée générale ordinaire qui statuera sur le compte de l'exercice ..... (année).

.....(Prénom).....(Nom) remercie le Conseil de la confiance qu'il lui a témoignée en le nommant à ces fonctions qu'il accepte sous réserve de la ratification de cette nomination par la plus prochaine assemblée générale ordinaire.

Il déclare en outre n'être frappé d'aucune incompatibilité, interdiction ou déchéance susceptibles de lui interdire l'accès et l'exercice de ces fonctions.

### 2. Nomination du Président

.....(Prénom).....(Nom) est nommé Président du Conseil d'administration pour la durée de son mandat d'administrateur, en remplacement de .....(Prénom).....(Nom), ancien Président .....(Prénom)..... (Nom) déclare accepter cette fonction.

La séance se poursuit sous sa présidence.

### 3. Mode d'organisation de la direction générale

Le Président indique que, conformément aux dispositions légales et à l'article ..... des statuts, le Conseil doit opter pour l'un des deux modes d'exercice de la direction générale prévues par la loi, soit le cumul des fonctions de Président du Conseil d'administration et de Directeur général, soit la dissociation de ces fonctions.

- **En cas de cumul des fonctions, indiquer :**

Le Conseil d'administration, après en avoir délibéré, décide d'opter pour le cumul des fonctions de Président du Conseil d'administration et de Directeur Général. En conséquence ..... (Prénom), ..... (Nom), Président, assumera sous sa responsabilité la direction générale de la société, pour une durée de ..... (durée) et prend le titre de Président-Directeur Général.

.....(Prénom).....(Nom) déclare accepter ces fonctions, et satisfaire aux conditions légales relatives au cumul du nombre des mandats d'administrateur, de Directeur Général, de membre du directoire ou de Directeur Général unique de sociétés anonymes.

- **Ou bien, en cas de dissociation des fonctions, remplacer par :**

Le Conseil d'administration, après en avoir délibéré, décide d'opter pour la dissociation des fonctions de Président du Conseil d'administration et de Directeur Général. En conséquence .....(Prénom)..... (Nom), ..... (adresse), est nommé Directeur Général et assumera sous sa responsabilité la direction générale de la société, pour une durée de ..... (durée).

.....(Prénom).....(Nom) déclare accepter ces fonctions, et satisfaire aux conditions légales relatives au cumul du nombre des mandats d'administrateur, de Directeur Général, de membre du directoire ou de Directeur Général unique de sociétés anonymes.

### 4. Pouvoirs du ..... (Président-Directeur Général ou Directeur Général)

Le ..... (Président-Directeur Général ou Directeur Général) est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social.

- **En cas de limitation de ses pouvoirs, certaines décisions devant obtenir l'autorisation préalable du Conseil d'administration, ajouter :**

Toutefois, le ..... (Président-Directeur Général ou Directeur Général) doit obligatoirement obtenir l'autorisation du Conseil d'administration :

- a. au-delà d'une somme de ..... (montant) € pour une seule et même opération, pour contracter au nom de la société, en vue de tous travaux et entreprises, faire toutes soumissions, passer, signer, exécuter tous marchés et contrats, les résilier ou les modifier, signer tous les avenants ;
- b. au-delà d'une somme de ..... (montant) € pour une seule et même opération, pour acquérir et céder tout titre de participation, recourir à l'emprunt, agir en justice ou transiger.

Par ailleurs, il est expressément autorisé à fournir pendant une période d'un an des cautions, avals ou garanties au nom de la société, dans la limite d'un montant total de ..... (montant) €, et sans limite de montant pour les engagements à l'égard des administrations fiscales et douanières.

• **Le cas échéant, ajouter :**

Chaque engagement, ne pourra excéder un montant de ..... (**montant**) €.

Obs. : Cette autorisation doit être renouvelée chaque année. Il est possible de prévoir que chaque engagement soit expressément autorisé par le Conseil.

Le ..... (**Président-Directeur Général ou Directeur Général**) est autorisé à consentir des subdélégations ou substitutions de pouvoirs pour une ou plusieurs opérations ou catégories d'opérations déterminées.

**5. Nominations des Directeurs Généraux Délégués.**

Sur la proposition du ..... (**Président-Directeur Général ou Directeur Général**), le Conseil d'administration nomme ..... (**nombre**), Directeurs Généraux Délégués, chargés d'assister le Directeur Général : ..... (**identité des candidats**) pour une durée égale à celles des fonctions du Directeur Général.

Les Directeurs Généraux Délégués susnommés disposent, à l'égard des tiers, des mêmes pouvoirs que le Directeur Général.

Le Conseil confère aux Directeurs généraux délégués de façon énonciative et non limitative, les pouvoirs suivants :

- nommer et révoquer tous salariés, fixer les conditions de leur contrat, ainsi que les traitements, salaires, remises et gratifications ;
- diriger et surveiller toutes les affaires sociales ;
- signer la correspondance ;
- effectuer tous achats de matériel, d'outillage, de matières premières, de marchandises et autres dans la limite de ..... (**montant**) € pour une seule et même opération ;
- passer et accepter tous traités et marchés, à forfait ou autrement, rentrant dans l'objet de la société toutes soumissions, prendre part à toutes adjudications dans la limite de ..... (**montant**) € pour une seule et même opération.

Obs. : pour ces actes, les statuts peuvent prévoir l'autorisation du Conseil.

- toucher les sommes dues à la société ; payer celles qu'elle pourra devoir ; régler et arrêter tous comptes ;
- souscrire, endosser, accepter, négocier et acquitter tous effets de commerce ;
- faire ouvrir à la société, dans tous les établissements de crédit ou banques, tous comptes courants et d'avances sur titres ; créer tous chèques et effets pour le fonctionnement de ces comptes ;
- exercer toutes actions judiciaires tant en demandant qu'en défendant ; représenter la société toutes opérations de redressement ou liquidation judiciaire ;
- faire tous traités et transactions ; consentir tous acquiescements, ainsi que toutes subrogations et antériorités et toutes mainlevées d'inscriptions, saisies, oppositions et autres droits, avant ou après paiement ;
- aux effets ci-dessus, passer et signer, tous actes et pièces, constituer tous mandataires spéciaux, et généralement faire tout ce qui sera nécessaire pour l'administration générale des affaires de la société et l'exécution des décisions du Conseil.

## 6. Rémunérations du Directeur général (des Directeurs généraux délégués)

Monsieur (Madame) (Prénom - Nom) percevra une rémunération annuelle brute de (somme en chiffres et en lettre).

Il (elle) sera assimilé (e) à un (e) salarié (e) et affilié (e) comme tel au régime général de la Sécurité Sociale.

Il (elle) sera affilié (e) au régime de retraite et de prévoyance des cadres (régimes ARRCO et AGIRC).

Outre la partie fixe de sa rémunération, il est prévu une part variable liée [ à définir ]

Le mandat social n'ouvrant pas le droit au bénéfice du régime de l'UNEDIC (assurance chômage) il est proposé au (à la) Directeur (trice) général (e) une adhésion de la Garantie Sociale des Chefs et dirigeants d'entreprise (GSC).

La société prend en charge la cotisation annuelle correspondant à la rémunération annuelle (fixe + variable), au régime de base + régime complémentaire soit XXXX.

Monsieur (Madame) (Prénom - Nom) bénéficiera de l'intéressement et l'abondement tel que défini par l'accord d'intéressement et le plan d'épargne entreprise des salariés de (nom de la société).

Monsieur (Madame) (Prénom - Nom) bénéficiera d'une retraite supplémentaire, [définir les dispositifs de retraite qui ne présenteront pas de caractère indemnitaire pris en charge].

Dans le cadre du mandat social, la société met à disposition du (de la) Directeur (trice) général (e) un véhicule de fonction de XX CV maximum.

Les frais de carburant correspondant à l'utilisation professionnelle de cette voiture de fonction ainsi que les frais d'entretien et d'assurance, y inclus le risque « promenade-trajet » sont pris en charge par la société.

Le (la) mandataire social (e) devra restituer son véhicule au moment de son départ de l'entreprise.

Dans l'hypothèse où le Directeur Général cesserait ses fonctions en raison de l'atteinte de la limite d'âge prévue dans les statuts de la Société ou en cas de départ à la retraite, il sera alloué à Monsieur (Madame) (Prénom - Nom) une indemnité de fin de mandat d'un montant brut correspondant à (●%+N\*●%) de sa rémunération brute annuelle, N étant le nombre d'années de mandat effectué par Monsieur (Madame) (Prénom - Nom) à compter du (date de la nomination), et ce dans la limite d'un plafond correspondant à une année de rémunération brute annuelle. Cette indemnité lui sera versée dans le délai de trois mois suivant la date de cessation de son mandat en fonction de la capacité financière de la société.

Tous pouvoirs sont donnés au porteur des copies ou extraits certifiés conformes du présent procès-verbal à l'effet d'accomplir toute formalité de publicité requise par la loi et afférente aux décisions ci-dessus adoptées.

Plus rien n'étant à délibérer, la séance est levée à ..... heures.

De tout ce qui précède, il a été dressé le présent procès-verbal qui a été signé, conformément à l'article ..... des statuts, par ..... pour servir et valoir ce que de droit.

## SUITE ANNEXE 6

Obs. : le procès-verbal doit être signé du Président de séance, et d'au moins un administrateur. Si le Président de séance est empêché, il doit être signé de deux administrateurs au moins.

Signature du Président

Mention manuscrite :

Bon pour acceptation des fonctions de Président du Conseil d'administration – Directeur Général.

Mention manuscrite :

Bon pour acceptation des fonctions de Directeur Général.



## ANNEXE 7 : MODÈLE DE DÉLIBÉRATION FIXANT LES ÉLÉMENTS DE RÉMUNÉRATION SOUMIS À L'APPROBATION DES ASSOCIÉS

L'an deux mil .....et le ..... (indiquer la date et l'heure), le Conseil d'Administration de la société..... (Nom), Société Anonyme ..... (forme sociale), au capital de ..... (montant), ayant son siège social ..... (adresse), immatriculée au registre du commerce et des sociétés de ..... (ville) sous le numéro .....s'est réuni à (lieu de convocation), sous la présidence de Monsieur/Madame. .... (Nom - Prénom).

Les convocations ont été faites par Monsieur/Madame ..... (Nom - Prénom), Président du Conseil d'Administration par (mode de convocation) adressé le (date).

Sont présents et ont émargés le registre des présences :

- 
- 
- 
- 
- ...

Le Conseil est présidé par Monsieur/Madame ..... (Nom - Prénom), en sa qualité de Président du Conseil d'Administration.

Le Président constatant que X administrateurs sur Y administrateurs sont présents, que le Conseil réunit donc la présence effective de la moitié des administrateurs, par conséquent le Conseil d'administration peut valablement délibérer.

Monsieur le Président ouvre la séance, assisté de (indiqué l'identité du secrétaire), secrétaire.

Le Président rappelle qu'en vertu de l'article L 225-37 du code de commerce, les administrateurs ainsi que toute personne appelée à assister aux réunions du Conseil d'administration sont tenus à la discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et données comme telles.

Le Président rappelle que l'ordre du jour porte sur la fixation des rémunérations de nature contractuelle du Directeur général (ou des Directeurs généraux délégués) ..... (Nom - Prénom).

Le Président rappelle que toute rémunération non déterminée par le Conseil d'administration est indûment perçue.

Par ailleurs, il rappelle que si un élément de rémunération n'est pas versé en raison de l'exercice du mandat social et en contrepartie de services rendus à la société, mais qu'il présente une nature contractuelle, la procédure des conventions réglementées s'applique.

Il énonce donc que la présente décision sera soumise à l'approbation de l'assemblée des actionnaires.

Le Président propose, à cet effet, de fixer :

- à un montant de ..... (montant) l'avantage de retraite ;
- à un montant de ..... (montant).....(indemnité de départ) ;
- ...

## SUITE ANNEXE 7

Tous pouvoirs sont donnés au porteur de copies ou extraits certifiés conformes au présent procès verbal à l'effet d'accomplir toute formalité de publicité requise par la loi afférente à la décision ci-dessus adoptée.

Plus rien n'étant à délibérer, la séance est levée à ..... heures.

De tout ce qui précède, il a été dressé le présent procès verbal pour servir et valoir ce que de droit.

Fait à ..... le .....

Président

Administrateurs

---

### RÉFÉRENCES DES ANNEXES :

- *Mémento pratique Sociétés commerciales*, éd. Francis Lefebvre, 2015.
  - *Maîtrise des risques du dirigeant*, éd. Francis Lefebvre, 2009.
  - *Dictionnaire permanent Droit des Affaires*, Éditions Législatives.
-

Étude réalisée par le Cabinet *Seban & associés* pour l'AND

Publication conçue et réalisée par Citéscom - 01 43 61 11 30 - pour l'AND  
400 exemplaires – Mars 2016

---

Association nationale des directeurs  
des entreprises sociales pour l'habitat

15, rue Châteaubriand  
BP 637-08  
75367 Paris cedex 8

Tél. : 01 40 75 52 46 - Fax. : 01 40 75 52 48

**[www.andesh.fr](http://www.andesh.fr)**

---

