

SOCIÉTÉS

Mesures de protection et dirigeant de société ^{147e7}

L'essentiel

Alors que les dirigeants de sociétés faisant l'objet, en cours de mandat social, d'une mesure de protection judiciaire sont de plus en plus nombreux, ni le droit de la protection des majeurs, ni le droit des sociétés ne comportent de disposition empêchant une personne, dont les facultés mentales auraient été officiellement reconnues défaillantes, de diriger une société. Dès lors, comment anticiper voire affronter les difficultés issues d'une telle situation ?



Étude par
Grégory Mouy
Avocat à la cour, barreau
de Paris, docteur en
droit privé à l'université
Panthéon-Sorbonne
(Paris 1), coprésident de
la commission droit des
sociétés de l'ACE



et **Charlotte Robbe**
Avocat à la cour, barreau
de Paris, B.W.G Associés

Avec l'allongement de l'espérance de vie, les dirigeants de sociétés faisant l'objet, en cours de mandat social, d'une mesure de protection judiciaire (tutelle, curatelle, sauvegarde de justice) ou juridique (mandat de protection future) sont de plus en plus nombreux. Ce phénomène va fatalement s'accroître avec le temps puisque, selon l'Insee, plus de 12 % des chefs d'entreprise ont aujourd'hui plus de 60 ans et plus de 40 % d'entre eux plus de 50 ans ⁽¹⁾. Cette évolution soulève de sérieuses difficultés et pose, de manière générale, la question de la nécessaire protection de la société face à la présence de ces dirigeants dont la conduite des affaires sociales peut s'avérer extrêmement préjudiciable pour la société et les tiers avec qui elle contracte. Se pose alors, notamment, la question de l'aptitude juridique du majeur protégé à continuer à exercer ses fonctions de dirigeant en dépit de la mesure qui le frappe et même, en amont, à être nommé dirigeant d'une société. De nombreux arguments, de bon sens, militent en faveur de la reconnaissance d'un principe d'incompatibilité entre la mise en place d'une mesure de protection judiciaire privant l'intéressé de sa pleine capacité juridique sur le plan civil avec l'exercice d'un mandat social. En particulier, le fonctionnement normal d'une société impliquant notamment rapidité dans la prise de décisions, s'accommode mal d'une gouvernance par des personnes fragiles intellectuellement. Pourtant, force est de constater que, ni le

droit des personnes vulnérables, ni le droit des sociétés, ne comportent de dispositions empêchant une personne, dont les facultés mentales auraient été judiciairement reconnues défaillantes, de diriger une société, ce qui rend l'acuité du problème encore plus forte.

Les enjeux sont loin d'être théoriques. On peut notamment imaginer que le dirigeant ayant fait l'objet d'une mesure de protection judiciaire se trouve dans le déni quant à son aptitude à continuer à exercer correctement ses fonctions de dirigeant et refuse alors de démissionner. Cela peut même conduire à des situations de blocage lorsque le dirigeant majeur protégé, détenteur de plus de la moitié du capital social de la société, s'oppose au vote de sa révocation en assemblée générale des associés. La protection des minoritaires fait donc également partie des différents problèmes soulevés par l'exercice des fonctions de dirigeant par une personne incapable.

La possibilité offerte au majeur protégé d'être dirigeant de société (II) invite alors à s'interroger sur l'éventuel particularisme des règles juridiques applicables à la direction de la société (III).

I. LA POSSIBILITÉ OUVERTE AU MAJEUR PROTÉGÉ D'ÊTRE DIRIGEANT DE SOCIÉTÉ

A. L'absence d'interdiction légale

Le droit de la protection juridique des majeurs ne prévoit pas d'impossibilité, pour le majeur protégé, d'être dirigeant de société. Dès lors, le placement sous une mesure de protection n'entraîne pas, *ipso facto*, la perte de la qualité de dirigeant social.

Le décret n° 2008-1484 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle conforte cette analyse. En effet, il fournit une classification des actes d'administration et de disposition, et comporte une catégorie consacrée aux « actes relatifs aux groupements dotés de la personnalité morale ». Or, il traite la « candidature aux fonctions de gérant et d'administrateur » comme un acte de disposition. Ainsi, le majeur protégé pourrait même accéder à la fonction de dirigeant de société, nonobstant la mesure de protection judiciaire dont il fait l'objet, avec l'assistance de son curateur, ou en étant représenté par son tuteur.

Par ailleurs, la compatibilité du statut de dirigeant social avec une mesure de protection est admise par la Cour de cassation. En effet, la chambre commerciale a énoncé,

(1) V. S. Shiller et H. Fabre, « La protection de la société contre l'état de vulnérabilité de son dirigeant » : JCP N 2012, n° 49, 1393, spéc. n° 2.

dans un arrêt du 29 septembre 2009⁽²⁾, statuant sur une affaire relative à une société anonyme dont le président du conseil d'administration était placé sous curatelle, que ce dernier « n'était pas frappé d'une interdiction d'exercer sa fonction de président du conseil d'administration à laquelle il n'avait pas renoncé ». Si cet arrêt a été vivement critiqué par la doctrine, relevant à juste titre qu'« une personne ne saurait être admise à décider ou à accomplir librement des actes au nom d'une société alors qu'ils lui seraient interdits ou qu'ils exigeraient une assistance si elle devait les décider ou les accomplir pour elle-même »⁽³⁾, il n'en demeure pas moins qu'il constitue actuellement le droit positif.

Face à la délicate situation du dirigeant de société qui deviendrait vulnérable et ferait l'objet d'une mesure de protection, l'un des remèdes envisageables au regard du droit de la protection juridique des majeurs semble être la démission du majeur protégé de ses fonctions de dirigeant. Le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 ne donne pas d'indication quant à la nature juridique d'un tel acte. S'agit-il d'un acte strictement personnel, auquel cas l'acte de démission ne pourrait être accompli que par le majeur protégé seul, ou d'un acte patrimonial de disposition en tant qu'il « engag(erait) le patrimoine de la personne protégée, pour le présent ou l'avenir, par (...) une altération durable des prérogatives de son titulaire »⁽⁴⁾, auquel cas il pourrait être régularisé par le majeur protégé avec l'assistance du curateur ou par le tuteur avec l'autorisation du juge des tutelles ? Il nous semble que c'est cette seconde qualification qui doit être retenue.

B. Des difficultés peuvent néanmoins être anticipées

Tout comme le droit civil, le droit des sociétés ne comporte aucune disposition empêchant une personne, dont les facultés mentales auraient été officiellement reconnues défaillantes, de diriger une société. Qui plus est, il faut bien reconnaître que les règles générales du droit des sociétés n'offrent que peu de possibilités à l'associé minoritaire pour surmonter le refus d'un dirigeant, ayant fait l'objet d'une mesure de protection, d'abandonner l'exercice de son mandat social, au cas où celui-ci serait titulaire de plus de la moitié du capital social de la société, lui permettant alors de s'opposer au vote de sa révocation en assemblée générale des associés. Dans certaines sociétés, cependant, des textes spécifiques autorisent la révocation du dirigeant par voie judiciaire, à côté de sa révocation en assemblée générale, et permettront alors de trouver un dénouement à cette situation de blocage. C'est ainsi que l'article L. 223-25 du Code de commerce permet à tout associé d'une SARL de demander au tribunal de prononcer la révocation du gérant pour « cause légitime » (V. égal., pour les sociétés civiles : C. civ., art. 1851, al. 2 et, pour la société en commandite par actions : C. com., art. L. 226-2, al. 4). Selon la jurisprudence, la cause légitime peut notamment résider dans le risque d'une mauvaise gestion de la société. C'est ainsi que la cour d'appel de Paris a jugé, le 4 avril 1997, que si le régime de curatelle n'empêche pas l'exercice des fonctions de

gérant, il est légitime de révoquer une personne physique vulnérable, capable de prodigalité et n'appréhendant pas parfaitement les lourdes implications de la gestion de son patrimoine⁽⁵⁾.

À défaut, pour l'associé minoritaire, de pouvoir se prévaloir de l'une de ces dispositions spéciales qui ne concernent que certaines sociétés, celui-ci devra alors se tourner vers les outils classiques du droit des sociétés, que sont, l'abus de majorité et la nomination d'un administrateur provisoire, pour tenter de trouver une issue à la direction de la société, potentiellement très dangereuse pour la société et les tiers, par un dirigeant devenu incapable. Dans une décision du 2 juillet 2002⁽⁶⁾, la cour d'appel de Paris s'est notamment fondée sur l'abus de majorité pour considérer comme fautive l'organisation de la direction d'une société qui permettait à l'actionnaire majoritaire placé sous curatelle de continuer à exercer la direction de fait de la société, au détriment des actionnaires minoritaires, en prenant bien soin de faire ressortir les trois éléments constitutifs de l'abus de majorité : violation de l'intérêt social, avantage du ou des majoritaires et préjudice pour les minoritaires.

“ Il est important, pour les parties, de pouvoir anticiper, au moment de la signature des statuts, les situations de vulnérabilité et de prévoir, statutairement, les conséquences juridiques qui seront attachées à la survenance d'un tel événement au cours de la vie sociale ”

Cependant, les deux outils en question, qui sont des constructions jurisprudentielles, ne permettront pas de régler toutes les difficultés et sont appliqués, de manière générale, avec beaucoup de prudence par la jurisprudence. C'est ainsi que les conditions de nomination d'un administrateur provisoire ayant vocation à se substituer momentanément aux organes de direction face à une situation de crise – à savoir la paralysie des organes sociaux et l'existence d'un péril imminent – sont tellement restrictives, que la possibilité d'obtenir en justice une telle nomination apparaît bien mince, au cas où le dirigeant serait frappé, de manière permanente, par une mesure de protection judiciaire.

Face aux lacunes du droit positif⁽⁷⁾, qui ne comporte aucune disposition générale permettant d'appréhender dans leur globalité les difficultés qui se posent et d'envisager la cessation des fonctions du dirigeant devenu incapable,

(2) Cass. com., 29 sept. 2009, n° 08-15125.

(3) H. Hovasse, note ss. Cass. com., 29 sept. 2009 : JCP E 2009, 2066, spéc. avant dernier §.

(4) D. n° 2008-1484, 22 déc. 2008, art. 2.

(5) CA Paris, 15^e ch., 4 avr. 1997, JurisData n° 1997-020959.

(6) CA Paris, 2 juill. 2002, n° 2001/19901.

(7) Le mandat de protection future et la fiducie gestion offrent également, dans une certaine mesure, certains avantages au dirigeant de société soucieux d'organiser en amont la survenance d'un état de vulnérabilité, en lui permettant de confier à un tiers de confiance des pouvoirs sur ses biens et sur sa personne. V. not. sur cette question S. Shiller et H. Fabre, « La protection de la société contre l'état de vulnérabilité de son dirigeant », précité, n° 15 et s.

il est important, pour les parties, de pouvoir anticiper, au moment de la signature des statuts, les situations de vulnérabilité et de prévoir, statutairement, les conséquences juridiques qui seront attachées à la survenance d'un tel événement au cours de la vie sociale. Les associés peuvent, tout d'abord, y compris semble-t-il dans les sociétés soumises à l'application d'un ordre public très marqué, contrôler, en amont, l'accès aux fonctions de dirigeant en érigeant dans les statuts, comme condition particulière d'accès aux fonctions de dirigeant, l'absence d'incapacité du candidat⁽⁸⁾. D'autre part, en ce qui concerne ensuite la cessation des fonctions, il semble également possible de prévoir dans les statuts qu'en cas de survenance d'une incapacité du dirigeant, ce dernier ne devra pas simplement démissionner mais, plus radicalement, « devra être déclaré démissionnaire d'office »⁽⁹⁾, sous réserve de l'accomplissement des mesures de publicité instituées pour la protection des tiers (C. com., art. L. 210-9, al. 2). Dans cette hypothèse, jouant à la manière d'une clause résolutoire expresse, l'intéressé perdra automatiquement, par l'effet de la clause statutaire, sa qualité de dirigeant lors de la survenance de l'événement dont les éléments doivent alors être très précisément définis à l'avance dans la clause.

II. LES PRINCIPES APPLICABLES À LA DIRECTION DE LA SOCIÉTÉ PAR LE MAJEUR PROTÉGÉ

A. La délicate question de l'autonomie du dirigeant vulnérable dans l'exercice de son mandat

Le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 comporte une catégorie consacrée aux « actes relatifs aux groupements dotés de la personnalité morale », ce qui laisse à penser que le curateur, ou le tuteur, pourrait être en situation d'exercer les prérogatives sociales du majeur protégé.

Mais dans un arrêt remarqué du 12 juillet 2012, la première chambre civile de la Cour de cassation a énoncé que « le tuteur d'une personne protégée à laquelle a été dévolue la fonction de gérant d'une société n'est pas investi du pouvoir de représenter celle-ci »⁽¹⁰⁾, au visa de l'article 473 du Code civil, qui dispose que « le tuteur représente [la personne en tutelle] dans tous les actes de la vie civile ».

Cette solution se justifie en ce que les actes relatifs à la gestion d'une société ne sont pas des « actes de la vie civile », mais également par le principe d'autonomie des personnalités et des patrimoines (ceux de la société devant impérativement être distincts de ceux de ses membres) ainsi que par la notion d'*intuitu personae*, chère au droit

des sociétés. Ainsi, « représentation sur représentation ne vaut », ou plus précisément, « mandat judiciaire du tuteur sur mandat social du dirigeant ne vaut... »⁽¹¹⁾. Cette décision importante est néanmoins porteuse de nombreuses interrogations.

Si le « protecteur » venait à s'immiscer dans l'exercice des prérogatives du dirigeant de société, les actes ainsi accomplis seraient-ils frappés de la nullité de plein droit de l'article 465, 4° du Code civil⁽¹²⁾ selon lequel, « si le tuteur ou le curateur a accompli (...) un acte qui aurait dû être fait par la personne protégée (...) seule (...), l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice » ?

Surtout, doit-on considérer que le dirigeant de société majeur protégé peut agir seul dans l'exercice de ses prérogatives sociales ? L'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 29 septembre 2009, visé plus haut, semble aller dans ce sens. Il conforte d'ailleurs la cour d'appel de Paris qui avait énoncé, une dizaine d'années plus tôt, que « le régime de la curatelle n'empêche pas en théorie l'exercice des fonctions de gérant de SCI »⁽¹³⁾. Ces solutions prétoriennes, dont on peut considérer qu'elles sont valables quelle que soit la mesure de protection en cause⁽¹⁴⁾, sont sources d'inquiétudes quant à la préservation de l'intérêt social...

En effet, les actes accomplis par le majeur protégé pour le compte de la société pourraient-ils à tout le moins être annulés ? L'article 465 1° du Code civil, qui envisage le cas où « la personne protégée a accompli seule un acte qu'elle pouvait faire sans l'assistance ou la représentation de la personne chargée de sa protection », prévoit simplement que l'acte est « sujet aux actions en rescision ou en réduction prévues à l'article 435 comme s'il avait été accompli par une personne placée sous sauvegarde de justice ». La nullité pourra donc seulement être recherchée en application du droit commun, à savoir l'article 414-1 du Code civil, lequel nécessite la preuve d'un trouble mental au moment précis où l'acte attaqué a été passé. Dans un cas comme dans l'autre, ces actions n'appartiennent qu'à l'intéressé et, après sa mort, à ses héritiers⁽¹⁵⁾. Elles ne permettent donc pas de protéger la société, voire les tiers, dont les intérêts seraient lésés du fait des actions, ou même tout simplement de l'inertie, du dirigeant de société dont la vulnérabilité est telle qu'elle a donné lieu à l'instauration d'une mesure de protection.

B. Le dirigeant vulnérable face à ses responsabilités

Si la position qui est celle du droit positif, selon laquelle la pleine capacité juridique ne constitue pas une condition requise pour exercer un mandat social peut s'avérer extrêmement préjudiciable pour la société, une telle solution peut également être très dangereuse pour le dirigeant

(8) La doctrine semble, en effet, admettre que les statuts puissent, à côté des conditions requises par la loi (telle l'exigence d'une limite d'âge dans certaines sociétés, par exemple) édicter des conditions particulières pour la nomination des dirigeants. V. par ex. à propos des gérants de SARL, A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *Sociétés commerciales*, Mémento pratique Francis Lefebvre, 2013, spéc. n° 31050.

(9) H. Hovasse, note ss. Cass. com., 29 sept. 2009 : JCP E 2009, 2066, spéc. dernier §.

(10) Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2012, n° 11-13161 ; Pour des commentaires de cet arrêt, v. AJ famille 2012, p. 505 ; note T. Verheyde ; Rev. sociétés 2013, p. 86, note A. Gaudemet ; JCP N, 2012, n° 45, 1365, commentaire J.-D. Azincourt, p. 43.

(11) JCP N 2012, n° 45, p. 1365, commentaire J.-D. Azincourt.

(12) Sous réserve d'une confirmation autorisée par le conseil de famille ou le juge des tutelles.

(13) CA Paris, 15^e ch., 4 avr. 1997, JurisData n° 1997-02959.

(14) Pour la tutelle, v. JCP N 2012, n° 45, 1365, commentaire J.-D. Azincourt ; pour le mandat de protection future v. « Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés, le cas du mandat de protection future », H. Fabre : JCP N, 2009, n° 52, p. 29.

(15) C. civ., art. 414-2, s'agissant de l'action de droit commun ; C. civ., art. 435, s'agissant de l'action prévue par l'article 465, 1° du Code civil.

vulnérable lui-même. En effet, l'ouverture d'une mesure de curatelle ou de tutelle ne constitue en rien une cause d'exonération, ni même d'atténuation de la responsabilité pesant sur le dirigeant à raison de la mauvaise gestion par lui des affaires sociales. Au contraire, en application de l'article 414-3 du Code civil (anciennement l'article 489-2 du Code civil), le dirigeant vulnérable engagera sa responsabilité civile, tout comme n'importe quel autre dirigeant, suivant les conditions propres au droit des sociétés (qui distingue suivant que cette responsabilité s'exerce à l'égard de la société/des associés ou des tiers) à raison de ses fautes de gestion, sans que l'on prenne en considération, dans la caractérisation de cette faute, les déficiences mentales de celui-ci ou l'ouverture d'une mesure de protection judiciaire à son encontre. En effet, en application de ce texte, aux termes duquel, « celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation », les juges caractériseront, de manière purement objective, l'existence d'une faute de gestion comme étant un comportement contraire à l'intérêt social. C'est ainsi que, dans une décision du 17 juin 1986, la Cour de cassation a

notamment approuvé une cour d'appel d'avoir condamné la succession du dirigeant décédé et intellectuellement inapte de son vivant à combler le passif de la société mise en liquidation judiciaire qu'il avait dirigée en ayant relevé « les initiatives hasardeuses [du dirigeant] et son manque de mesure, incompatible avec une saine gestion et qui s'est traduit par une progression rapide du déficit »⁽¹⁶⁾. L'application de ce principe, ajoutée à la conception parfois extensive que les juges retiennent de la faute de gestion, est donc potentiellement ruineuse pour le dirigeant incapable. Les plus prudents n'auront pas manqué de souscrire une assurance de responsabilité civile, dont les primes seront prises en charge par la société, destinée à couvrir la responsabilité personnelle de ses dirigeants contre les conséquences pécuniaires des fautes qu'ils pourraient commettre dans l'exercice de leurs fonctions, aussi bien s'agissant de la responsabilité engagée envers la société et les associés, qu'envers les tiers.

(16) Cass. com., 17 juin 1986, n° 84-17668 : Bull. civ. IV, n° 129.