

La représentation dans les groupes de sociétés à l'épreuve du nouveau droit des contrats

L'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations est entrée en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2016.

Parmi les dispositions innovantes de cette réforme figure l'article 1161 du Code Civil qui sanctionne par la nullité les conflits d'intérêts de représentation dans les contrats dits « avec soi-même ». Une disposition dont l'application ne sera pas sans poser des difficultés d'articulations avec les règles figurant déjà dans le Code de commerce, et applicables notamment au sein des groupes de sociétés.

1. L'encadrement des pouvoirs du représentant par l'ordonnance du 10 février 2016

Les articles 1145 à 1161 nouveaux du Code civil consacrent le mécanisme de la représentation et mettent en place une réglementation générale applicable à la capacité et à la représentation des co-contractants.

Appliqués aux personnes morales, ces articles définissent le cadre juridique de leur représentation par leur représentant légal.

Plus spécifiquement, l'article 1161 nouveau sanctionne le sort des conflits d'intérêts présumés des contrats signés par une seule et même personne, agissant en qualité de représentant de chacune des parties.

Pour remédier à cette situation, l'alinéa 1^{er} du nouvel article 1161 du Code Civil pose une double interdiction

de principe :

« *Un représentant ne peut agir pour le compte des deux parties au contrat ni contracter pour son propre compte avec le représenté* ».

Dès lors, encourra la nullité le contrat signé par une seule et même personne si elle agit

- en qualité de représentant de deux cocontractants (double représentation). C'est en pratique spécifiquement le cas où une même personne, représentant légal de deux sociétés, signe un contrat pour le compte de ces deux entités ;
- en qualité de représentant et de représenté (contrat dit avec soi-même), situation qui se rencontre lorsque le représentant légal contracte à titre personnel avec la société dont il est le représentant légal.

Il convient d'entendre par représentant légal les gérants de sociétés civiles, sociétés en nom collectif et sociétés à responsabilité limitée, le Président des sociétés par actions simplifiées, les directeurs généraux des sociétés anonymes et, dans certains cas, des sociétés par actions simplifiées.

L'objectif ici recherché est avant tout la protection du représenté qui, aux termes de l'alinéa 2nd du même article pourra, pour sauver le contrat, l'autoriser ou le ratifier *a posteriori* :

« *En ces cas, l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié* ».

Faute d'autorisation ou de ratification, la sanction est sévère, même s'il n'est pas contesté qu'elle ne sera que relative (la nullité ne peut être invoquée que par les parties à la convention) dès lors qu'elle a pour objet la protection d'un intérêt privé, celui de la société représentée.

Mais comment combiner ces nouvelles contraintes avec les dispositions du Code de commerce relatives au contrôle de certaines conventions au sein de groupes de sociétés ?

2. L'articulation du nouvel article 1161 du Code Civil avec le droit des sociétés

Le droit des sociétés fait l'objet aux termes du Code de Commerce d'une réglementation spécifique d'interdiction ou d'approbation de certaines conventions susceptibles de générer des conflits d'intérêt, notamment au sein des groupes de sociétés. Il distingue en effet les conventions purement et simplement interdites des conventions « réglementées » qui sont soumises à une procédure de contrôle par les associés de la société concernée, en vue de prévenir les conflits d'intérêts.

La difficulté concerne en l'espèce les conventions dites « libres », c'est-à-dire celles portant principalement sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales et les conventions conclues entre deux

sociétés dont l'une détient, directement ou indirectement, la totalité du capital de l'autre.

Ces conventions « libres » échappent à la procédure de contrôle des conventions réglementées telle que prévue par les dispositions spéciales du Code de Commerce, mais doivent-elles être désormais autorisées ou ratifiées en application de l'article 1161 du Code civil ?

Il convient à ce sujet de se référer au dernier alinéa à l'article 1105 nouveau du Code Civil qui prévoit que « *les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* » et qui, aux termes du Rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance du 10 février 2016 (JO du 11 février 2016 texte n°25) a fait l'objet de la précision suivante : « [...] *les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de simultanément les appliquer avec certaines règles prévues par le Code Civil pour régir les contrats spéciaux, ou celles résultant d'autres codes tels que le Code de Commerce ou le Code de la Consommation* ».

A ce jour, les auteurs sont divisés sur la position qu'il convient de retenir. Certains considèrent que le nouveau droit commun des contrats, en ce compris l'article 1161 nouveau du Code Civil, doit s'appliquer dès lors que le droit spécial des sociétés est silencieux, cette analyse étant notamment soutenue par l'objectif de protection dudit article. D'autre estiment qu'il convient au contraire d'appliquer la réglementation du droit des sociétés, « *le silence du législateur sur certains points devant être interprété comme une volonté délibérée de ne pas imposer des règles* » (BRDA 9/2016).

Faute de position claire, une attention particulière devra être portée à ce sujet par les dirigeants.

En cas de pluralité de représentants légaux, la difficulté pourra être contournée en faisant intervenir le représentant non directement concerné par le contrat.

A défaut, le représentant légal devra, soit obtenir une ratification *a posteriori* par la collectivité des associés, avec le risque qu'un accord ne soit pas délivré, soit obtenir une autorisation préalable de la collectivité des associés, ce qui peut s'avérer extrêmement lourd si cette autorisation est délivrée au cas par cas.

L'article 1161 ne définissant pas le formalisme de l'autorisation, certains auteurs envisagent la possibilité de faire adopter par la collectivité des associés une autorisation générale pour les représentants légaux de signer des conventions susceptibles de tomber sous le coup de la nullité prévue par ledit article. D'autres auteurs évoquent la possible insertion dans les statuts d'une disposition qui autorisera la collectivité des associés ou tout autre organe nommant le représentant légal à l'exonérer des limitations de l'article 1161.

L'ensemble des commentateurs de cet article s'accordent toutefois sur l'extrême prudence qu'il convient d'adopter tant que la jurisprudence n'aura pas entériné les mécanismes d'autorisation et/ou d'exonération générale.

SOULIER : BUNCH

Soulier Bunch est un cabinet d'avocats pluridisciplinaire proposant aux différents acteurs du monde industriel, économique et financier une offre de services juridiques complète et intégrée.

Nous assistons nos clients français et étrangers sur l'ensemble des questions juridiques et fiscales susceptibles de se poser à eux tant dans le cadre de leurs activités quotidiennes qu'à l'occasion d'opérations exceptionnelles et de décisions stratégiques.

Chacun de nos clients bénéficie d'un service personnalisé adapté à ses besoins, quels que soient sa taille, sa nationalité et son secteur d'activité.

Pour plus d'informations, visitez soulierbunch.com.

Le présent document est fourni exclusivement à titre informatif et ne saurait constituer ou être interprété comme un acte de conseil juridique. Le destinataire est seul responsable de l'utilisation qui pourrait être faite des informations qu'il contient.