

**UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS - INSTITUT DE DROIT
COMPARÉ**

MASTER 2 RECHERCHE DE DROIT EUROPÉEN COMPARÉ

2012 - 2013

**L'EXERCICE DES FONCTIONS
DE DIRECTION
DANS LA SOCIÉTÉ ANONYME
EN FRANCE ET EN POLOGNE**

Mémoire rédigé sous la direction du
Professeur Bertrand ANCEL

BRIAND Morgan

Uniwersytet Warszawski

L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans
les mémoires, ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Table des matières

Table des principales abréviations utilisées	iii
Résumé	v
Introduction	1
I La vie juridique du mandat social, cadre normal des fonctions de direction	5
A L'organisation structurelle et temporelle de l'exercice des fonctions de direction	5
A.1 L'accession aux fonctions de direction	5
a) Les conditions de détention du pouvoir de direction <i>de jure</i>	6
b) L'apparente opposition des modalités de nomination	14
A.2 Le cadre temporel d'exercice des fonctions de direction	19
a) Durée du mandat et exercice effectif des fonctions de direction	19
b) La suspension dans l'exercice des fonctions de direction	27
B La remise en cause des organes de direction dans une société <i>in bonis</i>	31
B.1 La défaillance structurelle ou fonctionnelle de la société	31
a) La désignation d'un <i>kurator</i> et d'un administrateur provisoire : une mesure exceptionnelle	32
b) Un écart entre les pouvoirs du <i>kurator</i> et de l'administrateur provisoire dû à la valorisation d'enjeux distincts	39
B.2 L'exercice du droit politique de révocation des dirigeants	45
a) Le droit de révocation, expression de la précarité du mandat social	46

b)	La mise en œuvre du droit de révocation . . .	53
II	Les rapports entre le mandat social, construction du droit commercial, et les droits du travail et civil	59
A	Le mandat social, cadre juridique normal mais non exclusif de l'exercice des fonctions de direction	59
A.1	L'étendue des pouvoirs des organes de direction	60
a)	La double nature des fonctions de direction	60
b)	Les limites légales et conventionnelles	65
A.2	Les contrats de travail et de droit civil visant l'exercice des fonctions de direction : un principe en Pologne, une exception en France	69
a)	Les enjeux et aspects du cumul des statuts de salarié et de dirigeant	70
b)	Les contrats de droit français visant l'exercice de fonctions sociales de direction : un essai de rapprochement	76
B	Les modalités d'emploi des personnes assumant des fonctions de direction au sein d'une société isolée	81
B.1	Le cumul de fonctions en droit français	81
a)	Des conditions rigoureuses au service d'une stricte indépendance des deux rapports juridiques	81
b)	Les sanctions des interférences et l'impossible pratique de l'indépendance	85
B.2	Le cumul de statuts en droit polonais	90
a)	Les interférences entre les deux rapports juridiques au service du cumul des statuts de salarié et de dirigeant social	91
b)	Les différentes articulations entre le mandat social et les contrats visant son exercice	95
	Conclusion	103
	Bibliographie	105

Table des principales abréviations utilisées

AJ : Actualité juridique (revue Dalloz)
al. : alinéa
art. : article
BRDA : Bulletin rapide de droit des affaires
Bull. civ. : Bulletin civil
Bull. Joly : Bulletin Joly
C.civ : Code civil
C.com : Code de commerce
Civ. : Chambre civile de la cour de cassation
Com. : Chambre commerciale de la cour de cassation
comm. : commentaire
D. : Recueil Dalloz
Dr. sociétés : Droit des sociétés (revue LexisNexis)
Dz. U. : Dziennik Ustaw, Journal officiel
Gaz. Pal. : Gazette du Palais
Ibid. : Ibidem
JCP E : La Semaine juridique Entreprises et Affaires
JCP N : La Semaine juridique Notariale et Immobilière
JCP : La Semaine juridique
JO Sénat : Journal officiel du Sénat
JOAN : Journal officiel de l'Assemblée nationale
k.c. : Kodeks cywilny, Code civil
k.h. : Kodeks handlowy, Code de commerce
k.p. : Kodeks pracy, Code du travail
k.p.c. : Kodeks postępowania cywilnego, Code de procédure civile
k.r.i.o. : Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Code de la famille et des tutelles
k.s.h. : Kodeks spółek handlowych, Code des sociétés commerciales
Mon.Praw. : Monitor Prawniczy, Moniteur juridique (revue)
n° : numéro

Nr : numer, numéro
op. cit. : opus citatum
OSA : Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych, Recueil de jurisprudence des cours d'appel
OSNAP : Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Administracyjna i Pracy, Recueil de jurisprudence administrative et du travail
OSNAPIUS : Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Administracyjna Pracy i Ubezpieczeń Społecznych, Recueil de jurisprudence du travail et de la protection sociale
OSNC : Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna, Recueil de jurisprudence civile
par ex. : par exemple
P-DG : Président directeur général
PIP : Państwo i prawo, L'Etat et le droit (revue)
PiZS : Praca i zabezpieczenie społeczne, Travail et protection sociale (revue)
pkt. : punkt, point
PPH : Przegląd Prawa Handlowego, Revue de droit commercial
Pr. Pracy : Prawo Pracy, Droit du travail (revue)
Pr.Gosp. : Prawo Gospodarcze, Droit commercial (revue)
Pr.Sp : Prawo Spółek, Droit des sociétés (revue)
Q. : question
QE : question écrite
Rép. soc. : Répertoire Dalloz de droit des sociétés
Rev. Soc. : Revue des sociétés Dalloz
RJ com. : Revue de jurisprudence commerciale
RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJS : Revue de jurisprudence sociale
RTD Com : Revue trimestrielle de droit commercial
S.ap. : Sąd apelacyjny, Cour d'appel
SA : société anonyme
SARL : société à responsabilité limitée
SAS : Société par actions simplifiée
SN. : Sąd Najwyższy, Cour suprême
Soc. : Chambre sociale de la cour de cassation (ibid.)
v. : voir
z późn. zm. : z późniejszymi zmianami, avec modifications ultérieures

Résumé

Les conditions et les modalités d'exercice des fonctions de direction dans la société anonyme sont précisément réglementées par le législateur. En droit français cependant, le contenu législatif a vocation à l'exclusivité contrairement au droit polonais où la liberté contractuelle est bien plus mise en avant. Le droit polonais a, plus fondamentalement, une conception contractuelle de la société. L'intérêt social s'y confond avec l'intérêt des actionnaires alors que le droit français distingue précisément ces deux notions. Cela explique que la voix législative soit en quelque sorte plus timide en droit polonais et que ce droit se montre plus méfiant vis à vis de l'ingérence de mesures judiciaires dans la vie sociale, même lorsque la société rencontre des difficultés de nature à entraver son fonctionnement. En effet, le droit français prend quant à lui l'intérêt social pour guide, critère conçu comme l'intérêt propre de la société, là où le droit polonais se veut respectueux d'une véritable souveraineté des associés.

Le mandat social en France comme en Pologne constitue le cadre normal d'exercice des fonctions de direction. Le droit polonais permet de compléter ce cadre avec un second lien juridique, notamment un contrat de travail, dont l'objet est précisément l'exercice des fonctions découlant du mandat social. L'absence de lien de subordination dans l'exercice des fonctions de direction est une caractéristique du mandat social en France qui fonde la distinction avec le rapport salarié rencontré dans le contrat de travail. Le droit français est par conséquent plutôt hostile aux interactions entre le mandat social et le droit du travail et n'envisage, sauf exception, le cumul des statuts de dirigeant et de salarié que sous l'angle de l'exercice de fonctions distinctes, les unes relatives à une activité technique précise et les autres liées à l'exercice du mandat social.

Introduction

La direction est avant tout un pouvoir. Il est dès lors nécessaire de distinguer d'emblée les titulaires de droit de cette prérogative de ses détenteurs effectifs. En effet, les deux ne s'identifient pas toujours. Comme le remarque S. Schiller, « le pouvoir se distinguerait, ainsi, par son caractère dynamique, de l'autorité. Il est action alors que l'autorité ne serait qu'un état statique ¹ ». Aussi la forme de la société anonyme choisie, critère juridique, la dilution de l'actionnariat, circonstance économique, ainsi que les rapports politiques entre la direction et le capital participent tous d'un tracé du paysage du pouvoir. C'est son exercice dans le cadre défini par le législateur qui va nous intéresser dans la présente étude. La société, en tant que personne morale, agit nécessairement par le biais de personnes physiques pour exercer ses droits dans ses rapports avec les tiers ainsi que pour assurer le fonctionnement interne de la société. L'exercice des fonctions de direction par les organes sociaux qui en sont chargés se matérialise sous deux angles : un aspect interne qui correspond aux opérations liées au fonctionnement de la société et un aspect externe, qui recoupe la représentation de la société à l'égard des tiers.

Le législateur organise, pour chaque forme de société, ses modalités de fonctionnement et distingue les organes de décision, de représentation et le cas échéant, de contrôle. C'est l'exercice des fonctions de direction par ces organes légaux et statutaires qui va nous intéresser, c'est-à-dire par les personnes investies d'un pouvoir légal de direction, liées à la société par un mandat social. L'exercice de fait du pouvoir de direction ou de ses attributs dans le cadre d'une délégation de pouvoir est dans ce sens écarté de notre étude. Les modalités d'exercice des fonctions de direction diffèrent dans la société *in bonis* et dans la société en procédure collective. C'est cette première hypothèse qui va retenir notre attention. Seul le « droit commun » de la société anonyme sera présenté ici. Nous ne mentionnerons donc pas les règles spéciales qui s'appliquent aux sociétés anonymes à capitaux publics ou privatisées, celles dont les titres sont négociés sur un marché réglementé, ou dont l'activité particu-

1. S. SCHILLER, *Limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés*, LGDJ, 2002, n° 403, p. 192.

lière commande l'application de lois spéciales.

Il existe deux modèles de sociétés anonymes, qui présentent une organisation différente des pouvoirs au sein de la société. Le droit français offre le choix entre ces deux structures : celle à conseil d'administration (structure de type moniste), correspondant au modèle traditionnel de droit français et celle à directoire² (structure de type duale). Le droit polonais ne connaît la structure moniste que dans le cadre de la société européenne³. Il a, en dehors de cette circonstance, récupéré le modèle allemand de la société anonyme, dont la structure répartit les pouvoirs entre le *Vorstand* (directoire) et l'*Aufsichtsrat* (conseil de surveillance). Il nous faut encore distinguer au sein de la société anonyme de type moniste deux modèles d'organisation des pouvoirs issus de la réforme de la loi NRE en 2001, qui permet de choisir entre une association des fonctions de présidence et de direction générale et la séparation de ces deux fonctions. Cette dualité du droit français sera comparée avec le modèle polonais de la société anonyme.

Ce sont les organes de direction qui vont attirer notre attention, à savoir dans la société anonyme classique, le directeur général ou P-DG et les directeurs généraux délégués, dans la SA duale, les membres du directoire, le président du directoire, les directeurs généraux et dans la SA polonaise, les membres du directoire et le président de cet organe.

Nous laisserons en marge de cette étude le cas de la société anonyme à directoire unipersonnel dont les règles à certains égards diffèrent de celles applicables aux sociétés anonymes dotées d'un directoire pluripersonnel. Nous excluons l'analyse des organes de la société qui ne sont pas des dirigeants sociaux au sens strict. C'est le cas des membres du conseil de surveillance dont la fonction légale n'est pas de diriger la société mais de contrôler et de superviser la gestion et les affaires sociales de la société, qui est bel et bien dirigée par le directoire. Notre étude s'intéresse aux mandataires sociaux et non aux personnes dotées d'un pouvoir de direction (exclusivement) en vertu d'un contrat de travail, souvent dénommés « directeurs ». Nous ne considérerons pas non plus le conseil d'administration, organe non-permanent doté essentiellement d'une mission de contrôle et de conseil à la direction, veillant à la mise en œuvre des orientations de l'activité de la société qu'il a déterminé. Il en va de même de son président, qui a perdu ses pouvoirs de direction et de représentation dans la cadre de la réforme de 2001 lorsqu'il n'occupe pas cumulativement les fonctions de direction générale.

L'exercice *de jure* des fonctions de direction dans la société prend sa source dans le mandat social. Celui-ci est une construction du droit commercial, pré-

2. Introduite en France avec la loi n 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

3. Loi du 4 mars 2005, Dz. U. Nr 62, poz. 551 z poz. zm.

cisément réglementée, qui confère certains droits et obligations, mais aussi un statut, celui de dirigeant social. C'est l'organisation légale et conventionnelle du statut du dirigeant qui va nous intéresser, laissant de côté les obligations et responsabilités qui incombent aux dirigeants dans l'exercice de leur activité de gouvernance.

L'exercice des fonctions de direction est subordonné à la condition que soient respectées les règles légales qui l'organisent. Le droit d'exercice est par ailleurs passible d'être remis en cause, par la volonté active des associés (droit de révocation), voire passive (blocage social) (I). Le mandat social correspond au cadre normal d'exercice des fonctions de direction. Il confère des pouvoirs très étendus dont les limites se dessinent, vis-à-vis des tiers, sous le prisme de la responsabilité limitée des associés. Les fonctions de direction sont en droit polonais aussi susceptibles d'être encadrées par le droit du travail et le droit civil, de manière complémentaire. Ce type de cumul de rapports juridiques est commun dans ce droit alors que le droit français ne l'admet qu'exceptionnellement (II).

Chapitre I

La vie juridique du mandat social, cadre normal des fonctions de direction

A L'organisation structurelle et temporelle de l'exercice des fonctions de direction

1. L'exercice de fonctions de direction dans le contexte d'un mandat social est fortement encadré par la loi qui exclut certaines catégories de personnes de ces fonctions et impose un cadre organique dans lequel ces fonctions peuvent et doivent impérativement être exercées (1). Le mandat social, de durée en principe déterminée, ne correspond pas à nécessairement à l'exercice effectif des fonctions de direction (2).

A.1 L'accession aux fonctions de direction

2. La détention de droit du pouvoir de direction requiert que les conditions d'accession aux fonctions sociales soient respectées. Ces conditions ont trait aux qualités personnelles des personnes briguant un mandat social et valent pour toute la durée d'exercice du mandat. Le législateur a par ailleurs institutionnalisé le cadre d'exercice des fonctions sociales en déterminant les organes pouvant assumer de telles fonctions. Une forte concentration du pouvoir de direction caractérise les organes qui ont vocation à se confondre avec leur représentant, le mandataire social, tandis que les organes de direction de nature collégiale connaissent une déconcentration du pouvoir qui peut varier en fonction de l'effectif de celui-ci (a). La détention de droit du pouvoir de direction procède d'un acte de

nomination aux fonctions correspondantes, ce qui conduit à s'interroger sur la qualité des organes (ou individus) qui ont le pouvoir de choisir les personnes destinées à diriger la société (b).

a) **Les conditions de détention du pouvoir de direction *de jure***

3. Les personnes morales sont exclues des fonctions de direction dans la société anonyme et ce aussi bien dans la forme classique que nouvelle. Le non-respect de cette règle est sanctionné par la nullité de la nomination (respectivement dans le code de commerce les articles L 225-51-1, al. 1 et -53 pour le directeur général et les directeurs généraux délégués, L 225-47, al. 1 relativement au président du conseil d'administration, L 225-59, al. 3 et 18 § 1 du k.s.h. relativement aux membres du directoire). Il en va de même pour le Président du directoire et le cas échéant, les directeurs généraux, sélectionnés parmi les membres du directoire. Jusqu'à l'entrée en vigueur du code des sociétés commerciales en Pologne le 1er janvier 2001 en vertu d'une loi du 15 septembre 2000¹, l'admission d'une personne morale dans l'organe de direction d'une société de capitaux était discutée² et, survivance du débat passé, le droit polonais autorise dans des lois spéciales la présence de personnes morales dans le directoire³.
4. Outre la qualité de personne physique, le k.s.h. dispose que l'exercice des fonctions de direction requiert la pleine capacité juridique (art. 18 § 1 k.s.h.). Le droit commun fixe la pleine capacité juridique à la majorité, soit 18 ans (art. 11 du k.c). L'article 10 § 2 du même code dispose que le mineur qui se marie obtient la pleine capacité juridique. Cependant, cette disposition revêt une faible importance puisque le code de la famille et des tutelles (ci-après « k.r.i.o.⁴ ») fixe la nubilité des deux sexes à 18 ans. Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que le tribunal des tutelles peut autoriser la conclusion du mariage d'une femme qui a atteint l'âge de 16 ans (art. 10. § 1. k.r.i.o.).
Le code de commerce ne donne aucune indication sur la question de la capacité des dirigeants sociaux. C'est donc au droit commun qu'il convient de se référer. Il y a trois cas de figure à considérer : celui du

1. *Ustawa z dnia 15 września 2000 r. - Kodeks spółek handlowych.*

2. A. GBURZYŃSKA, "Cłonkowstwo w zarządzie spółek kapitałowych", *PPH* 1997, n° 5, p. 16.

3. Par ex. : article 2 § 1 de la loi relative à l'organisation et au fonctionnement des fonds de retraite (*Ustawa o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych*).

4. *Kodeks rodzinny i opiekuńczy.*

mineur, du mineur émancipé et du majeur frappé d'incapacité totale ou partielle. Comme l'article 413-6, al. 1 du code civil dispose que le mineur émancipé est capable comme un majeur, de tous les actes de la vie civile et que les fonctions de direction dans une société anonyme ne requièrent pas la qualité de commerçant (qualité qui lui est refusée), il peut y occuper un quelconque poste de direction. Dans une réponse ministérielle du 21 décembre 1977 rendue à propos de mineurs non émancipés nommés administrateurs⁵, le ministre de la justice a estimé que le mineur non émancipé ne saurait assumer des fonctions de direction dans une société anonyme, ce qui rejoint l'opinion majoritaire sur la question⁶. La même solution devrait naturellement s'appliquer à l'égard des majeurs sous tutelle ou curatelle car ceux-ci ne jouissent pas de la pleine capacité juridique (art. 467 et 473 du C.civ). En effet, l'intrusion d'un tiers afin d'assister ou autoriser les actes de l'incapable s'accorde mal avec la nature des fonctions de direction qui demandent non seulement de l'autonomie mais également une rapidité de décision pour conclure des opérations dans le commerce. Pourtant, un arrêt récent a admis qu'un dirigeant de société anonyme placé sous curatelle en cours de mandat continuait d'exercer valablement ses fonctions et notamment qu'une transaction qu'il avait passée était régulière bien qu'elle figurât au nombre de celles qui commandent l'assistance du curateur en vertu du droit commun⁷. Quant au majeur placé sous sauvegarde de justice, l'interdiction de l'exercice d'un mandat de dirigeant paraît plus discutable puisque ce dernier conserve l'exercice de ses droits en vertu de l'article 435 du code civil.

5. En ce qui concerne les organes dotés du pouvoir de direction dans la société anonyme classique, seul le P-DG doit avoir la qualité d'administrateur car l'article L. 225-47, al. 1 du code de commerce l'impose à l'égard du président du conseil. Le directeur général et les directeurs généraux délégués peuvent être choisis en dehors du conseil d'administration ou en son sein. Ils devront alors, le cas échéant, satisfaire aux exigences légales et statutaires imposées aux administrateurs, comme la détention d'actions de la société si les statuts le prévoient.
6. Depuis la loi de modernisation de l'économie dite loi LME du 4 août 2008, la qualité d'actionnaire n'est plus exigée à l'égard des administrateurs (article L. 225-25 du C.com). Par conséquent, le régime du président

5. Rép. VALBRUN : JOAN 21 décembre 1977 p. 9127 n° 40253.

6. Documentation pratique, série "Dirigeants", Francis Lefebvre, n°1021.

7. Com., 29 sept. 2009, n° 08-15.125, JCP E 2009 n° 2066, note H. HOVASSE.

du conseil d'administration qui cumule les fonctions de direction générale rejoint celui du directeur général, des directeurs généraux délégués et des membres du directoire qui peuvent ne pas être actionnaires (art. L 225-59, al. 3 du C.com et 368 § 3 du k.s.h.).

La dissociation entre la propriété et le pouvoir est avantageuse à deux égards au moins. Elle offre la possibilité de promouvoir la carrière de personnes reconnues pour leurs compétences (généralement des cadres salariés) en leur permettant d'accéder à des fonctions de direction sans qu'elles aient à investir dans le capital de la société. Lorsque la qualité d'actionnaire est exigée, la personne nommée aux fonctions de direction qui n'est pas propriétaire du minimum d'actions imposé par la loi ou les statuts peut recourir à des montages mis en place par le législateur, tel que la pratique du prêt de titres ou de la vente à réméré, qui permettent de mettre à la disposition des personnes originellement non actionnaires le nombre d'actions imposé pour la durée du mandat auquel elles ont été nommées via une transmission effective de la propriété des titres pendant cette durée.

La dissociation prend ensuite en compte la possibilité pour les associés de choisir entre plusieurs modèles de gestion en fonction de leurs souhaits et besoins. Il existe une *summa divisio* entre deux principaux modèles de gestion. L'un est qualifié de « professionnel » car exercé par des personnes sélectionnées en principe en dehors de la société pour leurs qualités et expertise dans le domaine de la gestion. Il s'agit du modèle adopté en principe par les grandes sociétés, qui est plus récent car traditionnellement, la direction de la société était associée à la propriété de celle-ci (modèle de la gestion par les associés).

7. Le code des sociétés commerciales polonaises ne rajoute pas d'autres conditions à remplir pour assumer les fonctions de membre du directoire. A l'instar du droit français, le droit polonais prévoit la possibilité d'ajouter des conditions supplémentaires dans les statuts. Le cas échéant, elles ont généralement trait à l'expérience des candidats, aux diplômes obtenus, aux langues étrangères connues ou à l'âge. Quant à l'âge des dirigeants sociaux dans la société anonyme en France, une limite peut être fixée dans les statuts. A défaut d'une telle stipulation, la loi fixe la limite d'âge à 65 ans (respectivement les art. L 225-48, al. 1, -54, al. 1 et -60 du C.com relativement au président du conseil d'administration ou P-DG, au directeur général et directeurs généraux délégués et membres du directoire). Lorsque la limite d'âge est atteinte, l'intéressé est réputé démissionnaire d'office. Les statuts de la société anonyme à conseil d'administration peuvent toujours exiger des dirigeants qu'ils aient la qualité

d'actionnaire et fixer le nombre minimum d'actions de la société que ces derniers doivent détenir. Dans la SA polonaise, la qualité d'actionnaire peut être simplement exigée sur le fondement d'une décision du directoire et peut ne concerner qu'une partie des membres du directoire en instaurant des quotas d'associés et de non-associés.

Lorsque les statuts exigent la qualité d'actionnaire des administrateurs, si l'intéressé n'a pas au jour de la nomination le nombre requis d'actions, ou qu'il les perd en cours de mandat, en droit français il a six mois pour régulariser sa situation sous peine d'être réputé démissionnaire d'office (art. L 225-25, al. 2 C.com). C'est le mandat d'administrateur qui tombe sous cette sanction, ce qui entraînera la perte des fonctions du Président qui doit être administrateur mais non pas celle du directeur général ou des directeurs généraux délégués dont les fonctions ne sont pas subordonnées à la qualité d'administrateur. Le défaut de régularisation n'est pas sanctionné par la nullité de la nomination. Par conséquent, la validité des délibérations auxquelles l'intéressé a pris part pendant le délai qui lui était imparti n'est pas remise en cause. En droit polonais, les dirigeants qui ne satisfont pas aux conditions statutaires relatives à leur fonction sont susceptibles de se voir révoquer de leurs fonctions.

Les conditions statutaires sont sans effet à l'égard des tiers. La nomination aux fonctions de direction de personnes qui ne remplissent pas les critères envisagés dans les statuts sera valable dans les rapports externes.

8. Quid, dans la société anonyme classique, des dispositions statutaires ou extra-statutaires ayant pour objet de formaliser un accord sur la répartition des sièges des dirigeants (les conventions de votes) ? Cette répartition peut résulter d'un accord entre deux groupes d'actionnaires ou du fait que les statuts ont créé différentes catégories d'actions et prévoient qu'un nombre déterminé de membres de l'organe de direction devront être désignés par les actionnaires de telle ou telle catégorie. Ces conventions sont, en France, en marge de la légalité. Les juges n'acceptent ce type de clauses qu'à la double condition qu'elles soient conformes à l'intérêt social⁸ et que les personnes compétentes pour procéder à la désignation des dirigeants conservent une liberté de choix entre plusieurs personnes : il n'est pas possible d'annihiler entièrement cette liberté en leur imposant par exemple une personne déterminée⁹. La jurisprudence a également admis un accord portant sur une alternance au poste de président. Cependant, ce type de conventions a surtout la faveur des juges

8. Paris, 30 juin 1995, *JCPE* 1996, II, 795, note J.-J DAIGRE.

9. Douai, 24 mai 1962, *JCP* 1962, II, 12871, note D. BASTIAN ; *D.* 1962, p. 688, note A. DALSACE ; Com., 19 déc. 1983, *Rev. soc.* 1985, 105, note D. SCHMIDT

dans le contexte des groupes de sociétés. Il convient de noter que, dans la mesure où ces clauses sont admises, elles ne portent que sur la répartition des sièges d'administrateurs et n'ont donc qu'une influence très indirecte sur l'identité des personnes qui viendront assumer les fonctions de P-DG, de directeur général ou de directeur général délégué. Le droit polonais admet également ces clauses et va plus loin puisque, comme nous le verrons, le droit polonais admet entre autres qu'une personne soit nommément désignée dans les statuts au poste de membre du directoire.

9. En droit français, le législateur a souhaité restreindre le cumul de certains mandats sociaux afin de lutter contre la passivité des dirigeants et l'accaparement des postes de direction par un cercle restreint de personnes dans les sociétés cotées. Le régime actuel trouve ses sources dans la loi NRE du 15 mai 2001¹⁰ et dans la loi dite Houillon du 29 octobre 2002¹¹. Le régime se compose d'interdictions spécifiques à chaque fonction, d'une limitation globale tous mandats compris, mais aussi de certaines dérogations. Dans la société anonyme, les limitations s'appliquent au directeur général (qu'il exerce également les fonctions de président du conseil ou non), aux membres du directoire ainsi qu'au directeur général unique. Il est interdit à ces dirigeants d'exercer simultanément plus d'un mandat en même temps (art. L. 225-54-1 et L. 225-67, al. 1).

Il existe deux dérogations à cette règle aux alinéas 3 et 4 de ces articles. La première permet d'exercer un mandat supplémentaire dans une société contrôlée. La seconde, qui peut être cumulée avec la première dérogation, admet le cumul lorsqu'aucune des sociétés n'est cotée.

Enfin, le plafond global de tous les mandats confondus est fixé au nombre de cinq (art. L. 225-94-1, al. 1). Lorsqu'une personne physique se trouve en contravention avec ces dispositions, le législateur lui accorde un délai de trois mois pour renoncer à l'un de ses mandats, à défaut de quoi elle sera réputée démise d'office de son mandat excédentaire. Les opérations réalisées dans le cadre de l'exercice du mandat excédentaire ne seront cependant pas remises en cause. Les directeurs généraux délégués sont par ailleurs soustraits à toute limitation au titre d'un cumul de mandats.

10. Dans le cadre de la société anonyme à conseil de surveillance, il est interdit aux membres du directoire de faire partie du conseil de surveillance

10. Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques dite "loi NRE".

11. Loi n° 2002-1303 du 29 oct. 2002 modifiant certaines dispositions du code de commerce relatives aux mandats sociaux.

(art. L 225-74 et 387 k.s.h § 1). En réalité, cette règle en droit polonais signifie qu'il est interdit d'exercer ces deux mandats de manière concomitante car, comme nous le verrons, un membre du conseil de surveillance peut dans certains cas se retrouver délégué dans les fonctions de membre du directoire ce qui entraîne simplement la suspension de son mandat au conseil de surveillance et non son extinction.

11. Au sein de la SA classique, la question s'est posée de savoir si le président du conseil pouvait cumuler ses fonctions avec celles de directeur général délégué. La loi ne l'interdit pas expressément mais la jurisprudence s'est prononcée contre ce genre de cumul¹², solution approuvée par la doctrine à un double égard. D'abord, cette solution est respectueuse de la finalité de la loi qui vise une séparation effective des fonctions du président à l'égard de la direction dans la SA ayant opté pour ce modèle. Cette jurisprudence prend en compte le principe de la répartition hiérarchique des pouvoirs dans la société anonyme qui implique une stricte séparation entre les pouvoirs des différents organes.
12. Il faut enfin noter que le candidat au poste de direction ou en cours d'exercice de son mandat (sous peine d'être déchu de ses fonctions) ne doit pas faire l'objet d'une interdiction de gérer¹³ (ce qui peut résulter d'une infraction au droit des sociétés¹⁴ ou au droit pénal¹⁵) et que l'exercice des fonctions de direction est incompatible avec certaines activités (pour ne citer que quelques exemples, l'exclusion s'adresse aux personnes exerçant un mandat public, aux fonctionnaires et à certains officiers ministériels et auxiliaires de justice). Les dirigeants étrangers doivent respecter des conditions supplémentaires. Le droit français a récemment introduit une loi qui a pour but d'augmenter la parité dans le conseil d'administration de la société anonyme, ce qui peut avoir une incidence sur la composition de l'organe de direction¹⁶.
13. C'est la société anonyme de type classique qui présente le modèle au

12. Lyon, 25 août 2003, n° 03-2257, *RJD* 7/04 n° 848

13. Cette interdiction peut en droit français être prononcée à titre de peine complémentaire (article 131-6 du code pénal pour les infractions au droit pénal et L. 249-1 du C.com pour les infractions au droit des sociétés) ou alternative (article 131-27 du code pénal). La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 organise des déchéances similaires (art. L. 653-2 et -8).

14. Infractions énumérées aux articles 587, 590, 591 du k.s.h.

15. Infractions énumérées dans les sections XXXIII –XXXVII du code pénal polonais.

16. Loi n° 2011-103 du 27 janv. 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle.

sein duquel les pouvoirs de direction se trouvent en principe les plus concentrés, puisque le législateur n'a prévu qu'un seul organe légal pour assumer cette fonction : le P-DG ou le directeur général suivant que le conseil d'administration ait ou non opté pour la dissociation des fonctions de présidence et de direction générale. Le législateur permet à ces organes de recourir à l'assistance de tout au plus cinq directeurs généraux délégués qui participeront alors à la direction de la société. Les directeurs généraux délégués sont des organes statutaires. Dans la forme classique de société anonyme, le pouvoir peut se concentrer sur une seule tête (le P-DG ou le directeur général) ou être dévolu à un groupe de deux à six personnes selon le nombre de directeurs généraux délégués. Le directeur général délégué n'a qu'une mission d'assistance dans l'ordre interne mais vis à vis des tiers, il constitue un véritable organe de direction disposant « *des mêmes pouvoirs que le directeur général* » (article L 225-56 al. 2 C.com).

14. Dans la société anonyme à conseil de surveillance, le nombre de membres composant le directoire doit être fixé dans les statuts. Le droit français prévoit qu'à défaut, ce nombre peut être également fixé par le conseil de surveillance (article R. 225-35, al. 1) tandis que les statuts de la société anonyme polonaise peuvent attribuer cette compétence à tout organe ou personne liée la société.
15. A la différence du droit français qui impose de convenir d'un nombre statique de directeurs, le droit polonais permet d'établir un seuil minimal ou maximal de directeurs dans la société anonyme à conseil de surveillance (art. 304 § 1 point 8 du k.s.h.). Cette flexibilité du directoire du point de vue de sa composition a certains avantages : elle permet de « dégonfler » le directoire lorsque la société connaît des difficultés économiques sans passer par la procédure de modification des statuts et évite de procéder immédiatement à une nouvelle nomination lorsque l'effectif du directoire diminue suite à la vacance d'un siège (provoquée par exemple par la mort, la démission ou la révocation d'un membre). Cet avantage revêt une importance particulière au vu des conséquences que le droit polonais attache au sous-effectif du directoire. Celui-ci est alors réputé caduc, c'est-à-dire qu'il ne constitue plus un organe de la société. Un tel incident emporte des conséquences néfastes sur la vie de la société. Il est certes admis que les membres du directoire peuvent toujours, dans une telle situation, représenter la société. Cependant, les décisions qui relèvent de la compétence collégiale de cet organe et qui seraient adoptées par le directoire caduc seraient inefficaces car cet or-

gane est réputé ne plus exister¹⁷. Ce n'est qu'au moment où l'effectif du directoire redevient conforme au seuil minimum fixé dans les statuts que l'organe de direction est reconstitué. C'est pourquoi dans la pratique, les associés fixent presque systématiquement de tels seuils.

16. Le directoire d'une société anonyme doit en principe être composé d'au moins deux membres (a contrario de la règle posée par l'article L. 225-58 al. 2 en vertu duquel une seule personne peut exercer les fonctions du directoire à la condition que le capital de la société soit inférieur à 150 000 euros). Le législateur polonais n'a pas fixé de nombre maximal de directeurs en Pologne à la différence du droit français qui fixe à cinq cette limite, à l'exception des sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, pour lesquelles les statuts peuvent porter jusqu'à sept le nombre de directeurs (art. L 225-58 al 1 C.com). Même à défaut de seuils maximums de directeurs dans les SA polonaises, la pratique se garde d'avoir un directoire pléthorique face au risque de voir cet organe perdre de son efficacité et se transformer en un cadre de discussions, ce qui lui ferait perdre de son efficacité. D'un autre côté, il faut également prendre en compte, dans la détermination du nombre de directeurs, les départs de fonction, congés et autres absences qui ne devraient pas avoir d'impact sur la direction de la société.
17. La société anonyme à directoire propose un modèle déconcentré du pouvoir : le pouvoir revêt par principe un caractère collégial. Cette affirmation connaît une atténuation en droit français qui institue un organe légal au sein du directoire qui rompt l'égalité des membres de cet organe. Il s'agit de son président, qui concentre sur sa tête le pouvoir de représenter la société. Son homologue polonais n'est pas un organe légal mais statutaire. Sa désignation est facultative et, à moins que les statuts n'en disposent autrement, il a des pouvoirs de direction stricto sensu et de représentation identiques à ceux de ses pairs. Cependant, rien n'empêche en droit français de doter d'autres membres de la qualité de représentant légal ; ils portent alors le titre de directeur général. Une réponse ministérielle a précisé qu'il était même possible d'étendre le pouvoir de représentation à l'ensemble des membres du directoire¹⁸.

17. R. CZERNIAWSKI, *Zarząd spółki akcyjnej*, Oficyna 2008, p. 85

18. Rép. min. à QE n° 18155, JOAN Q. 8 mai 1975, p. 2498.

b) L'apparente opposition des modalités de nomination

18. Les associés d'une SA polonaise peuvent librement moduler les règles de compétence de désignation des dirigeants sociaux qui ont un caractère supplétif, contrastant avec la compétence impérative mise en place par le législateur en droit français. Cette opposition est dans une certaine mesure seulement apparente. *In fine*, la composition des organes de direction n'est dans les deux cas que l'expression, de manière indirecte au moins, de la majorité en terme de poids économique.

19. Dans la société anonyme à conseil d'administration, les organes investis des fonctions de direction sont nommés par le conseil d'administration, qu'ils soient ou non administrateurs (art. L. 225-47, al. 1, -51-1, al 1 et -53, al 1 du C.com relativement au président du conseil, au directeur général et aux directeurs généraux délégués). Cependant, les directeurs généraux délégués sont nommés sur proposition du directeur général. La Cour de cassation a très tôt posé les principes qui sous-tendent le fonctionnement de la société anonyme dans un arrêt dit « Motte » de 1954 : l'organisation de la société anonyme se fonde sur la hiérarchisation des organes et la séparation des pouvoirs, principes auxquels il ne peut être porté atteinte¹⁹. Il résulte de ces fondements que chaque organe de la société est investi de pouvoirs qui lui sont propres. Le pouvoir de nommer les organes de direction constitue une compétence propre et exclusive du conseil. C'est pourquoi par exemple, les associés ne peuvent désigner dans les statuts une personne aux fonctions de président du conseil²⁰ et l'assemblée générale ne peut réparer le vice entachant la désignation d'un président par un conseil d'administration irrégulièrement composé²¹. Dans le même sens, la désignation du directeur général ne peut résulter d'une délégation de pouvoirs reçue du président du conseil d'administration, aussi large soit-elle²².

20. Dans la société anonyme à conseil de surveillance, les membres composant l'organe de direction sont toujours nommés par un organe (ou personne(s) en droit polonais) extérieur au directoire. La cooptation au sein du directoire, soit la nomination d'un directeur par les autres membres du directoire eux-mêmes, ne semble d'ailleurs pas autorisée dans les

19. Civ., 4 juin 1946 : *JCP* 1947, II, 3518, note BASTIAN.

20. Civ., 4 juin 1946, *op. cit.*

21. Com., 31 janv. 1968, SA LE LAMA/ c/PIN ès QUAL, D. 1968 p. 321.

22. Paris, 1^{er} fév. 2012, n° 10-19173, *BRDA* 2012, n° 8, *inf.* 3, *Rev. soc.* 2012, p. 503, note J.-P.

MATTOUT

deux droits²³. Les procédures établies pour assurer la continuité de la direction dans le cas de vacance d'un siège du directoire en cours d'exercice excluent le recours à la cooptation : l'article R 225-36 du code de commerce impose au conseil de surveillance de pourvoir aux sièges vacants dans un délai de deux mois, à défaut de quoi « *tout intéressé peut demander au président du tribunal de commerce, statuant en référé, de procéder à cette nomination, à titre provisoire* », tandis que l'article 383 § 1 du k.s.h. autorise, dans une telle situation, le conseil de surveillance à déléguer un ou plusieurs de ses membres dans les fonctions de membre du directoire pour une période maximale de trois mois. Un membre du conseil de surveillance de la société anonyme française peut également être désigné pour compléter le directoire mais, contrairement au droit polonais, ce faisant, son mandat au conseil prend fin dès son entrée dans l'organe de direction (art. R 225-37 C. com) tandis que le mandat de son homologue polonais n'est que suspendu durant la période de délégation dans les fonctions de membre du directoire.

21. Le droit polonais laisse une grande liberté aux associés pour réguler les modalités de désignation des dirigeants de société anonyme dualiste dans les statuts (art. 304 § 1 point 8 du k.s.h.) contrairement au droit français où cette question est réglée par les dispositions du code de commerce qui prévoient que le conseil de surveillance nomme les membres du directoire. Le principe d'organisation hiérarchique de la société anonyme classique est transposable au nouveau modèle en France ce qui signifie que la règle de compétence du conseil de surveillance est d'ordre public. En Pologne, Ce n'est que dans le silence des statuts que la règle de compétence instaurée par le k.s.h. a vocation à s'appliquer jusqu'à ce que cette question fasse l'objet, le cas échéant, d'une stipulation statutaire. L'article 368 § 4 du k.s.h. prévoit alors, à l'instar du droit français, la compétence du conseil de surveillance.

En droit français, la question s'est posée de savoir si le conseil de surveillance pouvait, lorsque les statuts lui attribuent la faculté de fixer le nombre de membres du directoire, compléter le directoire en cours de mandat ou si, au contraire, sa composition telle que fixée au moment de la désignation de cet organe était intangible jusqu'à l'extinction des mandats des membres du directoire. C'est cette seconde possibilité qu'a

23. Il n'est d'ailleurs pas autorisé de subordonner, dans les statuts, la nomination des membres du directoire par les membres du conseil de surveillance à la proposition du président du directoire, même si elle ne lie pas ces derniers : Versailles, 8 juill. 1993, 13è ch., *RJDA* 11/93 n° 917

retenue la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 14 juin 2002²⁴. Notons qu'admettre cette compétence au profit du conseil de surveillance peut avoir comme effet de changer la majorité au sein de cet organe. En tout état de cause, une telle nomination est frauduleuse si elle est destinée à contrer la voix prépondérante du président du directoire. Certains auteurs estiment par ailleurs que, lorsque le conseil de surveillance est compétent pour déterminer le nombre de membres du directoire (en l'absence de limite statutaire), il pourrait décider en cas de vacance d'un siège de réduire leur nombre au lieu de pourvoir à son remplacement²⁵. Cette solution est largement controversée en doctrine car elle se heurte à l'article L. 225-62 du code de commerce qui impose au conseil de surveillance de pourvoir au remplacement d'un siège vacant pour le temps qui reste à courir jusqu'au renouvellement du directoire. C'est au conseil de surveillance qu'il revient d'attribuer à l'un des membres du directoire la qualité de président du directoire (art. L 225-59 C.com) et de désigner le cas échéant les directeurs généraux. En droit polonais, le président du directoire est un organe statutaire et facultatif. L'article 371 § 2 du k.s.h. dispose que les statuts peuvent stipuler qu'un des membres du directoire aura cette qualité. En pratique, les associés procèdent à cette désignation afin que les travaux du directoire soient efficacement supervisés.

22. L'article 368 § 4 ayant un caractère supplétif, les statuts de la SA polonaise peuvent organiser autrement les modalités de désignation en confiant cette compétence à un autre organe de la société. Les statuts peuvent aussi désigner compétent de manière abstraite un actionnaire ou un groupe d'actionnaires qui possèdent un certain pourcentage d'actions ou bien désigner nommément dans les statuts les futurs dirigeants (art 354 du k.s.h), ce qui est fréquemment le cas lorsque les associés possèdent la majeure partie du capital de la société.

Une personne peut en effet en droit polonais se voir doter d'un droit personnel de siéger au directoire en vertu des statuts (art. 354 § 1 k.s.h.)²⁶, mais aussi sur le fondement de la possession de ce qu'on appelle les

24. Paris, 3^e ch. C, 14 juin 2002, *RJDA* 2003, n° 398, *Rev. soc.* 2002, p. 575, note Y. GUYON, *JCP E* 2003, n° 627, p. 708, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; *contra* : Versailles, 8 juill. 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 1024, n° 298, P. LE CANNU (estimant que le directoire est nommé pour une période déterminée et intangible pendant laquelle le conseil de surveillance ne peut ni réduire ni augmenter le nombre de membres du directoire).

25. In *Lamy sociétés commerciales* 2013, n° 3652 : JCP G 1968, I, no 2183, note BASTIAN ; *J. Soc.*, 1973, p. 266, note LECOMPTE.

26. Arrêt de principe, SN., 20 sept. 1996, III CZP 67/96, note A. W. Wiśniewski, in *Glosa* 1997, n°7, p. 18

« actions dorées » (*złote akcje*). Ces actions dorées doivent être distinguées des “*golden shares*” nées d’une pratique du gouvernement britannique, dont la légalité est aujourd’hui controversée²⁷, de conserver des actions dans les sociétés soumises au processus de privatisation qui lui donnaient un droit de veto sur l’ensemble du capital dans certaines circonstances déterminées. Les actions dorées qu’on trouve dans le droit polonais ont une portée plus large. Elles ont la particularité d’attribuer certains privilèges (par exemple, un droit d’information plus large que celui des actionnaires ordinaires, un droit de veto à l’occasion d’une délibération de l’assemblée générale...) et en particulier de conférer un droit personnel de siéger au directoire. Lorsque le droit personnel d’exercer les fonctions de membre du directoire a une source statutaire et que l’intéressé a signé les statuts comportant une disposition le désignant comme dirigeant, sa responsabilité pourra être engagée s’il ne s’y conforme pas pour avoir contrevenu aux conventions internes à la société. Enfin, il est possible de confier la compétence de nommer le directoire à des personnes tierces par rapport à la société²⁸.

23. Un autre aspect de cette liberté mérite d’être soulevé. Les statuts de la SA polonaise peuvent introduire un système dit mixte qui permet de convenir de modalités de nomination différentes pour certains membres du directoire ou pour chacun d’entre eux. Par exemple, une partie des membres du directoire peut être nommée par l’organe compétent du fait de la loi, soit le conseil de surveillance, et l’autre partie par l’organe, le groupe ou la personne désignée dans les statuts. Le droit de nommer le ou les remplaçants peut changer de main. Le tirage au sort de l’ensemble des membres du directoire ou d’une partie d’entre eux est également admis.
24. Il est important de souligner la différence terminologique utilisée par les deux législations. En droit français, il est question de « nommer » les dirigeants. Le législateur polonais parle d’être « appelé à exercer des fonctions de direction ». D’après la doctrine, il faut entendre par cette formulation le fait d’investir une personne d’un mandat, indifféremment à la source de l’investiture (interne ou externe par rapport à la société) ou de sa forme²⁹. Les commentateurs dénombrent quatre différentes ma-

27. Arrêt de la Cour de justice de l’Union européenne, 8 nov. 2012, *Commission c/ Grèce*, aff. C-44/11

28. C. PODSIADLIK, “Instrumenty stabilizacji pozycji członków zarządu spółki kapitałowej”, *Pr.Sp.* 2002, n° 9, p. 10

29. M. MAREK, A. KIDYBA (dir.), *Spółka akcyjna*, Oficyna, 2010 p. 297 (éd. électronique)

nières d'appeler une personne à des fonctions sociales. Le mandat de dirigeant peut avoir une source interne ce qui est le cas lorsque le mandat résulte de la sélection ou nomination suite à un vote (*wybór*) et du droit pour un organe ou personne liée à la société de recommander (de manière impérative) une personne (*wskazanie*). Le mandat peut également avoir une source externe dans le cas d'une délégation (*delegowanie*) qui consiste en général dans le fait pour une société mère d'investir un de ses actionnaires ou personnes qui lui sont liées (dirigeants, salariés) dans l'exercice des fonctions de dirigeant de sa filiale afin que cette direction soit conforme à la politique souhaitée par la mère. Dans ce cas de figure le dirigeant de la filiale est rattaché juridiquement à la société mère. Il est aussi possible que la société mère (mais cela vaut également pour une entité tierce) ait le droit de désigner dans les fonctions de direction de sa filiale une personne qui est cette fois liée juridiquement à cette dernière (*powołanie*).

25. L'acte de nomination doit mentionner la date à partir de laquelle la nomination prend effet. Si en principe la décision de nomination et sa prise d'effet sont concomitantes, il est toujours possible de retarder conventionnellement la date de sa prise d'effet³⁰. A partir de cette date, la personne nommée aux fonctions de direction acquiert tous les droits et obligations découlant de son mandat social, avec la responsabilité qui s'en suit.
26. La nomination est un acte constitutif d'une nouvelle situation juridique, indépendamment de sa publication, au Registre du commerce et des sociétés en France (ci-après RCS) ou au *Krajowy rejestr sądowy* en Pologne (ci-après KRS). Cette inscription, bien qu'obligatoire, a un effet déclaratoire ; elle n'est pas une condition de validité de la désignation mais permet de rendre la nomination opposable aux tiers³¹. La *ratio legis* des règles de publicité est la protection des tiers. L'inopposabilité de la nomination non-publiée tombe lorsque le tiers avait connaissance de la nomination.

En droit français, l'accomplissement des formalités de publicité fait obstacle à ce que la société ou les tiers invoquent une éventuelle irrégularité dans la nomination (ou la révocation) d'un dirigeant pour se soustraire à leurs engagements. On dit que la publication purge les vices de nomination (ou de révocation). On ne retrouve pas ce principe en droit polonais. Ainsi, si un tiers contracte avec une personne investie d'un mandat ir-

30. R. SZCZĘSNY, *Zarząd w spółkach kapitałowych*, Zakamycze, 2004, p. 50.

31. SN., 15 avr. 1999, I Aca 818/98, OSA 2001/1 poz. 2 ; articles L 210-9 et L 123-9 C.com.

régulier, conscient de ce que le registre ne reflète pas la réalité, il pourra valablement contester la validité d'un contrat en se fondant sur l'irrégularité de représentation de la société³².

A.2 Le cadre temporel d'exercice des fonctions de direction

27. Le temps pour lequel une personne est appelée à exercer des fonctions de direction dans la société anonyme est, sauf exception, une durée déterminée. Le droit polonais opère une distinction entre le droit d'exercer des fonctions sociales (mandat) et la durée pour laquelle les mandataires sociaux ont été appelés à exercer ce mandat (cadence), distinction qui soulève certaines difficultés propres à ce droit (a). L'exercice des fonctions de direction peut dans une SA polonaise être interrompue via la mise en œuvre d'une mesure de suspension à leurs égards (b).

a) Durée du mandat et exercice effectif des fonctions de direction

28. La désignation des dirigeants sociaux s'accompagne, sauf exception, de la détermination de la durée de leur mandat. L'entité compétente pour déterminer cette durée exprime ce faisant son intention de voir les personnes nommées diriger l'entreprise pour un laps de temps défini. Cependant, la durée du mandat, telle que fixée par l'organe *ad hoc*, ne coïncide pas toujours avec l'exercice effectif des fonctions de direction. Ce dernier peut-être plus court et en droit polonais, le mandat peut même continuer à être exercé au-delà de la période de temps pour laquelle les dirigeants ont été appelés à exercer leurs fonctions.
29. La nomination aux fonctions de dirigeant prend effet dès l'instant de la désignation, avec tous les droits et obligations qui en découlent, à moins qu'il soit décidé de retarder conventionnellement la date de prise d'effet du mandat social en fixant cette date dans l'acte de nomination³³.
Le problème de la durée de l'exercice des fonctions de direction en Pologne s'exprime à travers deux notions : celle de cadence (« *kadencja* ») et de mandat (« *mandat* »). Il ne s'agit pas de notions synonymes : chaque terme recouvre un champ temporel propre même si cette affirmation fait débat et qu'une doctrine, minoritaire, conteste cette dualité

32. G. DOMAŃSKI et J. PALINKA, "Ustalenie daty wygaśnięcia mandatu członka zarządu spółki akcyjnej - aspekty praktyczne", *PPH* 2008, n° 11, p. 4-5

33. R. SZCZĘSNY, *Zarząd w spółkach kapitałowych*, op. cit. p. 50.

et considère que l'extinction du mandat a pour effet d'éteindre la cadence³⁴. Le mandat constitue le droit d'exercer les fonctions sociales auxquelles une personne est nommée. La cadence correspond au délai pendant lequel le mandataire social est appelé à remplir ses fonctions. Si la cadence désigne le délai pour lequel le dirigeant est appelé à exercer ses fonctions, il ne désigne pas le délai pendant lequel ce dernier va effectivement les exercer³⁵. Certains événements (par exemple la mort, la démission ou la révocation du dirigeant) vont provoquer l'extinction du mandat avant son terme. L'extinction du mandat social emporte la perte du droit de représenter et de conduire les affaires de la société.

30. Conformément à l'article 369 du k.s.h., la cadence (soit la durée pour laquelle le membre du directoire a été appelé à exercer ses fonctions) ne peut être supérieure à 5 ans, renouvelable pour la même durée. La durée du mandat des membres du directoire d'une société anonyme à conseil de surveillance en France doit être déterminée dans les statuts dans les limites comprises entre deux et six ans, renouvelable. Dans le silence des statuts, la durée du mandat est fixée à quatre ans (art. L. 225-62 C.com). La durée d'exercice des fonctions de P-DG ne peut excéder celle de son mandat d'administrateur qui est de 6 ans, renouvelable (art. L. 225-47, al. 2), sauf à ce que les statuts aient exclu la possibilité pour les administrateurs de se faire réélire. Par contre, l'ancien article L. 225-56, al. 1er qui prévoyait la même limitation à l'égard du directeur général, lorsque celui-ci était un administrateur, n'a pas été conservé suite à la loi NRE et le législateur est resté muet sur la question. Par conséquent, les associés peuvent librement déterminer dans les statuts la durée de son mandat. Dans leur silence, c'est au conseil d'administration que revient cette tâche, sans quoi les fonctions du directeur général sont réputées être à durée indéterminée. Lorsque le directeur général est administrateur, il est possible de lier la durée de ses fonctions à celle de son mandat d'administrateur. Quant aux directeurs généraux délégués, c'est le conseil d'administration qui fixe la durée de leurs fonctions en accord avec le directeur général (L. 225-56, II C.com).
31. Les statuts de la société anonyme dans les deux droits peuvent limiter le nombre de mandats successifs. En Pologne, le renouvellement du mandat doit intervenir au plus tôt dans la dernière année de la cadence en

34. S. SOLTYŃSKI, A. NOWICKA, "Okres urzędowania a czas trwania mandatu członków zarządu spółek kapitałowych", *PPH* 1998, n° 5, p. 1 s.

35. A. NOWACKI, "Kadencja członka organu", *PPH* 2013, n°1, p. 20.

cours (art. 369 § 1 du k.s.h). Cette règle, calquée sur le droit allemand³⁶, a pour but de prévenir les tentatives de contournement de la limite de la cadence fixée à 5 ans, en prévoyant en amont un renouvellement pour plusieurs cadences successives³⁷. La *ratio legis* de la règle qui permet le renouvellement de la cadence des dirigeants avant le terme de celle en cours est la mise en place d'un cadre qui permet la réalisation des objectifs à moyen et long terme. Cela dit, le mandataire social désigné à une cadence ultérieure peut être révoqué de celle-ci avant même qu'elle n'ait commencé.

32. Le droit polonais propose un choix entre une cadence individuelle, catégorielle ou commune à l'ensemble des membres du directoire. Dans le premier cas, si les différents membres du directoire sont nommés à différentes dates, le mandat de chacun d'entre eux prendra fin également à des dates distinctes, jusqu'à ce que la cadence pour laquelle chacun d'entre eux a été nommé prenne fin. Lorsqu'une nomination intervient dans le cadre d'une cadence commune, le mandat d'un dirigeant nommé pendant une cadence en cours s'éteint le même jour que celui du reste des membres du directoire : le terme est commun à tous les membres du directoire³⁸. Si les statuts ne précisent pas la nature de la cadence, les commentateurs estiment qu'il convient de décompter la durée de la cadence de manière individuelle³⁹. Le législateur se réfère *in personam* aux dirigeants et non au directoire dans son ensemble : l'article 369 § 1 parle de la « *durée d'exercice des fonctions du membre du directoire* ». Est cependant défendu le fait d'instituer des cadences individuelles de durées différentes selon les membres du directoire.

A l'inverse, le droit français propose de fixer la durée des fonctions pour le directoire en tant qu'organe collectif ce qui implique que la date d'expiration du mandat est commune à l'ensemble des membres du directoire. Il en va ainsi également pour les directeurs nommés en cours de mandat suite aux vacances de sièges (art. L. 225-62 C.com), qui voient leur mandat cesser avec le reste des membres du directoire. Il en va différemment à l'égard du président du directoire et des directeurs généraux pour lesquels la durée des fonctions peut être plus courte en vertu d'une disposition statutaire ou d'une décision du conseil de sur-

36. § 84 de la loi du 6 septembre 1965 relative à la société anonyme (*Aktiengesetz vom 6. September 1965*).

37. PODSIADLIK, "Instrumenty stabilizacji (...)" op. cit., p. 8.

38. R. SZCZĘSNY, *Zarząd w spółkach kapitałowych*, op. cit., p. 56.

39. R. CZERNIAWSKI, *Zarząd (...)*, op. cit. p. 199.

veillance⁴⁰. Cette distinction serait justifiée eu égard d'une part à l'absence de dispositions spécifiques relatives à ces organes (l'article L. 225-62 du C.com concerne exclusivement la durée du mandat des membres du directoire) ainsi que d'autre part, du fait des fonctions particulières de ces dirigeants qui consistent dans la représentation de la société. Le pouvoir de direction leur échappe car il appartient au directoire *in corpore*. Or la loi, en imposant de fixer la durée des fonctions du directoire, vise à protéger le pouvoir de direction et non celui de représentation de la société.

33. Le choix de la cadence individuelle en Pologne comporte certains désavantages. D'abord, ce choix peut diminuer le caractère collégial du directoire. La fixation en amont d'une cadence commune à l'ensemble des dirigeants permet sans aucun doute de mieux définir les rapports mutuels entre chacun et de répartir leurs tâches, notamment en fonction de leurs compétences respectives. Le renouvellement du directoire ou d'une partie de celui-ci implique généralement une réorganisation interne de l'organe ce qui, réalisé trop fréquemment, pourrait nuire à son efficacité. Plus grave est la question de la détermination, dans le temps, de la responsabilité respective des membres du directoire, qui se complique avec cette configuration. Le terme de la cadence de chacun des directeurs doit, pour prévenir les conflits en la matière, être minutieusement contrôlé. Ce contrôle est aussi nécessaire afin que soient prises dans les délais, les mesures nécessaires pour procéder au remplacement des anciens dirigeants afin que le directoire ne tombe pas, le cas échéant, en sous-effectif, ce qui le rend comme on l'a vu caduc.

Le code des sociétés commerciales polonais autorise le renouvellement partiel de la composition du directoire durant une cadence en cours, contrairement au droit français qui impose un renouvellement global du directoire, bien que ce type de renouvellement soit admis dans la société anonyme classique. Cela vise à ce que tous les ans, un nombre défini de mandataires soit remplacé, au service d'une certaine continuité dans la direction de la société.

34. La durée des fonctions des membres du directoire d'une SA à directoire en France peut être librement fixée dans les statuts sous les réserves temporelles susmentionnées. Dans le silence des statuts, ce délai devrait être calculé de quantième à quantième. Par exemple, « *un directoire nommé*

40. Paris, 3^e ch. C, 10 déc. 1999, *RJDA* 3/00 n° 296, *Bull. Joly* 2000, p. 313, n° 60, note P. LE CANNU ; *JCPE* 2000, p. 798, note A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; *Rev. soc.* 2000, p. 384, note Y. Guyon.

*pour quatre ans qui est entré en fonctions le 1er février 2012 voit ses pouvoirs expirer le 31 janvier 2016*⁴¹ ». Mais il serait possible de prévoir dans les statuts que ces fonctions prendront fin à l'issue de l'assemblée générale ayant statué sur les comptes de l'exercice écoulé et tenue dans l'année en cours de laquelle expirent ces fonctions, par analogie des règles applicables aux mandats d'administrateurs et de membres du conseil de surveillance⁴².

La première proposition correspond *grosso modo* en droit polonais au mode de calcul de la cadence qui propose un décompte annuel (art. 369 § 1 du k.s.h). Reprenant l'exemple précédent, le membre du directoire de la SA polonaise verrait son mandat prendre fin le 1 février 2016. Le mode de détermination de l'expiration du mandat en droit polonais diffère quelque peu de la seconde proposition puisque l'article 369 § 4 du k.s.h. dispose que « *le mandat de membre du directoire expire au plus tard à la date de tenue de l'assemblée générale approuvant les comptes annuels du dernier exercice social complet d'exercice des fonctions de membre du directoire*⁴³ ». Pour déterminer la date d'expiration du mandat, il faut prendre en compte la possibilité pour l'assemblée générale ordinaire d'approuver les comptes annuels au plus tard six mois après la clôture du dernier exercice (art. 395 § 1 du k.s.h.).

35. La durée du mandat du membre du directoire de la société anonyme polonaise va dépendre de trois facteurs. Le premier a trait au choix de la date de commencement d'un exercice qui peut ne pas correspondre à l'année civile et le second est relatif à la date à laquelle l'assemblée générale ordinaire va approuver les comptes annuels du dernier exercice. Le dernier facteur regarde la détermination de la durée de la cadence (qui est d'au maximum cinq ans). Nous allons voir qu'il résulte de ces éléments que la durée du mandat et de la cadence peuvent ne pas coïncider (au-delà des cas, par exemple, de démission ou de révocation). Les quelques exemples suivants vont illustrer dans quelle mesure la durée du mandat ne rejoint en réalité celle de la cadence que très rarement. A travers ces exemples, nous verrons par ailleurs que deux courants s'opposent dans le mode de détermination de la date de cessation du mandat par rapport à l'écoulement de la cadence, opposition qui reflète la variété de solutions choisies par les sociétés dans la pratique. Une branche de la doctrine, majoritaire, plaide pour la prolongation de la durée d'exercice

41. Mémento, *Sociétés commerciales*, éd. Francis Lefebvre, n° 43664.

42. *Ibid.*

43. Traduction proposée par A. RYCHEL, *Code des sociétés commerciales - Kodeks spółek handlowych*, éd. C.H. Beck 2010, p. 219 (art. 369 § 4)

du mandat par rapport à la cadence tandis que ses adversaires estiment qu'il serait préférable d'écourter le mandat, ce qui revient à admettre son extinction avant l'écoulement de la cadence.

Dans une étude consacrée au problème de la détermination de la date d'extinction du mandat, deux auteurs, G. Domański et J. Palinka donnent l'exemple suivant : « *le directoire est nommé pour une cadence de trois ans le 1.08.2005 et l'assemblée générale ordinaire approuvant les comptes de l'année 2007 se tient le 30.06.2008. (...). Certaines sociétés vont estimer que le mandat du dirigeant s'éteindra le 30.06.2008, considérant que l'année 2007 correspond au dernier exercice social complet d'exercice des fonctions de membre du directoire. Cependant d'autres sociétés estimeront que l'approbation des comptes annuels pour l'année 2007 n'a pas pour effet d'éteindre le mandat, car au jour de la tenue de l'assemblée générale, la durée de leur cadence ne s'est pas encore écoulée*⁴⁴ ». En effet, lorsqu'on décompte la cadence annuellement, celle-ci dans l'exemple donné prend fin le 1.08.2008. Mais si on part du principe que le mandat ne s'est pas éteint le 30.06.2008 (date de la tenue de l'assemblée générale approuvant les comptes annuels de l'exercice écoulé) puisque la cadence a été fixée jusqu'au 1.08.2008, le mandat va continuer à durer jusqu'à la tenue de l'assemblée générale qui devra approuver les comptes annuels de l'exercice de l'année 2008, l'année 2008 correspondant à la dernière année complète d'exercice des fonctions de membre du directoire.

J.P. Naworski donne un exemple de prolongation qui peut s'étendre jusqu'à durer plus d'un an et demi : dans l'hypothèse où « *un membre du directoire est nommé pour une cadence de deux ans le 10 janvier 2001, qui s'écoule le 10 janvier 2003 et que l'assemblée générale approuvant les comptes annuels pour l'année 2002 se tient le 5 janvier 2003 et donc pas après l'écoulement de la cadence mais avant. La prolongation du mandat va durer jusqu'à la tenue de l'assemblée générale approuvant les comptes annuels pour le dernier exercice complet d'exercice des fonctions de membre du directoire, correspondant à l'année 2003, soit (théoriquement) jusqu'au 30 juin 2004. Le dépassement du délai pour lequel le membre du directoire a été appelé à remplir ses fonctions est de 17 mois et 20 jours (du 11 janvier 2003 au 30 juin 2004)*⁴⁵ ».

Il peut aussi arriver que l'assemblée générale ordinaire n'approuve pas les comptes annuels (en l'absence de la majorité requise). Dans ce cas également, le mandat ne s'éteint pas malgré l'écoulement du terme de la cadence.

44. G. DOMAŃSKI et J. PALINKA, "Ustalenie (...)", op. cit. p. 6.

45. In G. DOMAŃSKI et J. PALINKA, *Ibid.* p. 6-7.

36. La thèse de la prolongation du mandat au-delà de la cadence est peu respectueuse de la volonté des associés qui de manière légitime, s'attendent à ce que les dirigeants de la société remplissent leurs fonctions pour le temps qu'ils leur ont imparti. D'autre part, la doctrine ne manque pas de relever le paradoxe qu'elle contient. A. Opalski souligne que « l'affirmation selon laquelle la cadence - entendue comme la durée d'exercice de ses fonctions sociales - d'un membre du directoire s'est écoulée, et que, malgré cela, ce dernier dispose toujours d'un mandat et donc du droit d'exercer ces fonctions, dénote une contradiction intrinsèque. Comment le délai d'exercice des fonctions sociales a-t-il pu s'éteindre si le dirigeant a toujours le droit et l'obligation de les exercer ?⁴⁶ ». Cependant, les partisans de la théorie de la prolongation soulignent le fait que les circonstances qui peuvent, en vertu des dispositions du code des sociétés commerciales polonaises, provoquer la cessation du mandat (à savoir, la démission, la révocation, le décès, l'écoulement de la cadence et la survenance d'un obstacle juridique à l'exercice de ces fonctions, tels que ceux visés à l'article 18 § 2 du k.s.h.) constituent sans aucun doute un *numerus clausus*⁴⁷ ce qui condamne la possibilité de cessation du mandat pour d'autres causes. Par ailleurs, le dirigeant appelé pour une cadence donnée a le droit légitime de s'attendre à exercer son mandat jusqu'au terme de la cadence en l'absence de survenance d'un des événements décrits plus haut. Lorsque le mandataire polonais est par ailleurs lié à la société par un rapport obligationnel qui a pour objet l'exercice de fonctions sociales, une cessation prématurée du mandat par application de la théorie de l'écourtement de la durée du mandat social fonderait l'intéressé à réclamer une indemnisation pour rupture injustifiée des relations contractuelles⁴⁸.

A côté du problème de détermination de la date d'expiration du mandat social, certaines sociétés décomptent la durée de la cadence, non par année, mais par exercice social complet. Conformément à cette méthode, saluée par une partie de la doctrine, « *la période d'exercice des fonctions sociales qui ne rentre pas dans le champ temporel d'un exercice social ne doit pas être comptée dans le décompte de la cadence*⁴⁹ ».

37. Lorsque la date d'expiration du mandat est incorrecte (ou qu'elle est estimée inexacte par les tiers), des problèmes importants peuvent surve-

46. A. OPALSKI, "Kadencja i mandat członka zarządu", *PPH* 2003 n° 10, p. 38.

47. G. DOMAŃSKI et J. PALINKA, "Ustalenie (...)" op. cit. p. 7.

48. G. DOMAŃSKI et J. PALINKA, *Ibid.* p. 5.

49. W. POPIOŁEK in J. KRAUSS, "Mandat i kadencja członków organów spółki akcyjnej", *PPH* 2009, n° 5, p. 19.

nir. Lorsque la date d'extinction du mandat a été fixée trop tôt, les nouveaux dirigeants risquent de disposer d'un mandat irrégulier, le mandat des mandataires précédents ne s'étant toujours pas éteint. Sans être exhaustif sur les conséquences désastreuses d'un tel cas de figure, on peut mentionner à titre d'exemple qu'une délégation donnée pour ester en justice par une personne irrégulièrement nommée justifierait une fin de non-recevoir pour défaut de pouvoir (article 379 point 2 du code de procédure civile polonais, ci-après « k.p.c. »⁵⁰).

Lorsque, à l'inverse, la date d'extinction du mandat est fixée tardivement, la société risque d'être dépourvue d'organe de direction, le mandat des membres du directoire s'étant éteint sans qu'elle ait eu le temps de désigner de nouveaux dirigeants pour une nouvelle cadence⁵¹.

Le problème de détermination de la date de cessation du mandat social concerne de manière analogue les membres du conseil de surveillance. Si le conseil de surveillance est l'organe compétent pour nommer les membres du directoire et que le conseil a été irrégulièrement désigné, la désignation de l'organe de direction le sera également.

Il arrive que les greffiers du KRS refusent d'inscrire le nom des nouveaux dirigeants, considérant selon leur méthode de décompte de la cadence ou du mandat que celui-ci est toujours en cours à l'égard de ceux que la société a remplacé⁵². Les sociétés, conscientes de ces incertitudes et de l'insécurité juridique que ces divergences provoquent, déjouent le problème de manière assez originale. C'est ainsi qu'« *il n'est pas rare de voir les sociétés, afin d'éviter toute incertitude, dans une logique préventive et malgré la conviction qu'elles peuvent avoir relativement à la date d'expiration des mandats de ses dirigeants, de révoquer en plus ses dirigeants*⁵³ ». Et malgré cette sécurité supplémentaire, reste la question de savoir si les remplaçants des membres révoqués ont été nommés afin de terminer une cadence qui en réalité n'a toujours pas pris fin ou bien, pour une nouvelle.

Pour ces raisons, la doctrine insiste sur la nécessité d'aménager conventionnellement la synchronisation du terme de la cadence avec l'expiration du mandat social.

38. La question s'est posée de savoir ce qu'il advient de l'exercice des fonctions de direction postérieurement à l'écoulement de la cadence alors que le mandat ne s'est quant à lui pas éteint. Un arrêt de la Cour Su-

50. *Kodeks postępowania cywilnego*.

51. G. DOMAŃSKI et J. PALINKA, "Ustalenie (...)", op. cit. p. 4.

52. *Ibid.*

53. *Ibid.* p. 5.

prême du 10 novembre 2006 affirme que le mandat constitue le droit d'exercer les fonctions sociales, droit qui continue après l'écoulement de la cadence⁵⁴. C'est donc qu'il n'existe pas de mandat amputé du droit de l'exercer et de l'exercer effectivement⁵⁵. La Cour avait émis une opinion contraire dans un arrêt du 19 juin 1997⁵⁶, fortement critiquée et dont la solution n'a pas connue de suite dans la jurisprudence ni en doctrine.

La seule limite ainsi posée par le législateur à la continuation du mandat postérieurement à l'écoulement de la cadence est la tenue de l'assemblée générale approuvant les comptes annuels de la dernière année complète d'exercice des fonctions de membre du directoire (art. 369 § 4).

b) La suspension dans l'exercice des fonctions de direction

39. La suspension du mandat est une mesure spécifique au droit polonais qu'on trouve aux articles 368 § 4 et 383 § 1 du k.s.h. et qui correspond à une forme de sanction disciplinaire à l'égard des dirigeants. Son emploi vise à soustraire temporairement le droit d'exercer les fonctions de membre du directoire.

Les raisons qui justifient sa mise en œuvre sont nombreuses. A défaut d'énumération légale des actes qui entrent dans son champ d'application, la doctrine a fait l'état de son usage dans la pratique. La suspension du mandat est un instrument juridique utilisé lorsqu'un membre du directoire est suspecté de commettre une infraction ou que cette circonstance est établie, lorsque l'intéressé a un comportement qui pourrait nuire aux intérêts de la société ou avoir un impact négatif sur son image. Il sera également possible d'avoir recours à cette mesure dans le cas où un directeur a enfreint les conventions internes de la société (les statuts ou le règlement intérieur du directoire).

Les statuts peuvent préciser les modalités de la suspension (durée, nombre de fois où il sera possible de la prononcer à l'égard d'un même dirigeant) et restreindre le champ d'application du droit de suspendre un directeur à l'existence de motifs importants. Il n'est pas permis en revanche d'éteindre le droit de suspendre les membres du directoire, de manière individuelle ou *in corpore*. Il est recommandé aux associés de préciser dans les statuts la notion de motifs importants afin de prévenir toute contestation portant sur le bien-fondé de la suspension et de sa régula-

54. SN., 10 nov. 2006, I CSK 246/06, OSNC 2007/7-8, poz. 124.

55. J. KRAUSS, "Mandat (...)", op. cit. p. 18.

56. SN., 19 juin 1997, III CZP 28/97, note A. JAKUBECKI in PPH 1998, n° 5, p. 31 et s.

rité *in fine*.

En pratique, cette forme de sanction présente l'intérêt à la fois de réprimander un membre dont la société ne souhaite pas se séparer, mais aussi de l'écartier de la direction en l'absence de fondement suffisant pour le révoquer, le droit polonais contenant des mécanismes permettant de protéger dans certains cas les dirigeants contre la démission de leurs fonctions.

40. La suspension peut être générale ou particulière et peut être prononcée à l'égard d'une personne ou même de l'ensemble du directoire. Elle est générale lorsqu'elle s'applique à l'ensemble des droits et obligations relevant de l'exercice du mandat de membre du directoire (assumer la direction générale de la société et sa représentation). Elle est spéciale lorsqu'elle ne s'étend qu'à l'interdiction d'accomplir un ou plusieurs actes déterminés. Par exemple, le membre du directoire n'aura plus le droit d'accomplir des actes de dispositions sur des biens immobiliers de la société au-delà d'une certaine valeur ou de la représenter en justice jusqu'à l'arrivée du terme de la période pour laquelle il a été suspendu.

Dans les deux cas, le directeur suspendu garde son statut de dirigeant ainsi que son mandat, qu'il ne peut simplement exercer. De même, cette suspension n'a pas pour effet d'interrompre la cadence du mandat du membre du directoire (la cadence correspondant, comme nous le verrons plus loin, au délai pour lequel le dirigeant a été appelé à exercer ses fonctions sociales) qui continue à courir tout le temps de la suspension. La suspension est sans effet sur le contrat de travail du dirigeant ou sur tout autre lien contractuel entre celui-ci et la société⁵⁷. Cela implique que si le contrat de travail avait en l'espèce pour objet de formaliser les modalités d'exercice du mandat social, la société doit continuer à exécuter ses obligations contractuelles et notamment, rémunérer le dirigeant suspendu.

41. Bien que le k.s.h. ne fixe pas la durée maximale de la suspension, il s'agit d'une mesure provisoire impliquant une durée déterminée. Elle doit prendre fin en principe à l'instant même de la disparition de l'élément ou des suspicions qui avaient justifié cette mesure. La suspension peut prendre fin de trois manières. Lorsque la décision prononçant la suspension fait mention du délai pour lequel le membre ne peut plus exercer ses fonctions sociales, la suspension prend fin avec l'écoulement de ce délai. Si la décision invoque l'élément qui a provoqué cette mesure, la suspension cesse automatiquement avec la disparition de cet élément.

57. R. CZERNIAWSKI, *Zarząd (...)*, op. cit., p. 236

Enfin, il est possible de prévoir que l'organe qui a prononcé cette mesure doit également la défaire dans un nouvel acte.

La prolongation de la suspension peut être vue comme une tentative visant à contourner les règles de révocation d'un membre du directoire. Le maintien de la suspension au-delà d'un délai raisonnable est abusif si, par exemple, les statuts exigent une majorité qualifiée pour révoquer un dirigeant tandis que la majorité simple suffit pour sa suspension. Une prolongation injustifiée peut être contraire à l'intérêt de la société, le directoire travaillant avec un effectif moindre, ce qui peut affecter la qualité de son travail, d'autant plus qu'il n'est pas possible de nommer un nouveau directeur pour remplacer le membre suspendu.

42. Le législateur a désigné deux organes compétents pour prononcer ce type de sanction : l'assemblée générale (article 368 § 4 du k.s.h.) et le conseil de surveillance (article 383 § 1 du k.s.h.). La compétence de ces organes est impérative et doit être respectée abstraction faite des organes ou personnes qui ont le pouvoir de nommer ou de révoquer les dirigeants. Le droit de suspendre un membre du directoire ne leur est cependant pas exclusif : les statuts peuvent prévoir que d'autres organes ou personnes physiques de la société auront également ce pouvoir.

La doctrine critique la compétence du conseil de surveillance en la matière lorsque ce même organe est compétent pour nommer et révoquer les directeurs (or dans le silence des statuts, la loi l'investit de ces pouvoirs). Ce cumul de mécanismes subversifs à l'égard du directoire est nuisible à leur indépendance⁵⁸.

Le pouvoir de suspension du conseil de surveillance n'a cependant pas un caractère discrétionnaire contrairement, semble-t-il, à celui de l'assemblée générale qui peut prendre une telle mesure sans devoir en justifier la cause. Le conseil de surveillance ne peut suspendre un dirigeant qu'en raison de « motifs importants »⁵⁹ (art. 383 § 1 du k.s.h.)⁶⁰. Le législateur impose au conseil de surveillance de motiver sa décision de suspendre un membre du directoire par écrit, sans quoi sa décision serait frappée de nullité. C'est le conseil de surveillance qui apprécie la gravité de l'acte. Le motif grave peut aussi bien être constitué par un comportement fautif de l'intéressé qu'en dehors de toute faute⁶¹. A titre

58. R. CZERNIAWSKI, *Ibid.* p. 235.

59. Traduction proposée par A. CHRABOŁOWSKI, *Kodeks spółek handlowych - Code des sociétés commerciales (wersja polsko-francuska)*, Zakamycze, 2005, p. 290 (art. 383 § 1).

60. S.ap., Rzeszów, 20 déc. 2012, I ACa 403/12 (arrêt rendu au sujet de la suspension d'un dirigeant de SARL mais transposable à la société anonyme).

61. A. KIDYBA, *Komentarz aktualizowany do art. 301-633 Kodeksu spółek handlowych*, 2013,

d'exemple, sont considérés comme des motifs importants la conduite d'une activité concurrentielle ou un comportement contraire aux intérêts de la société (par exemple, qui porte atteinte à sa réputation), le fait d'ignorer les réunions formelles du directoire, la dissimulation d'informations et de documents... En dehors de toute faute, un membre du directoire peut se voir suspendu de ses fonctions s'il tombe gravement malade, ou à l'occasion d'un départ prolongé à l'étranger.

43. La suspension d'un membre du directoire est l'une des causes autorisant le conseil de surveillance à déléguer, pour une durée qui ne peut dépasser trois mois, l'un de ses membres dans l'exercice des fonctions d'un membre du directoire, en l'espèce du dirigeant suspendu⁶². L'article 383 § 1 du k.s.h. dispose que le conseil de surveillance peut déléguer ses membres dans les fonctions des membres du directoire qui ont été révoqués, qui ont démissionné de leurs fonctions ou qui pour toute autre raison ne peuvent exercer leurs fonctions. Cette délégation est limitée par son objet à l'accomplissement d'actes de représentation. La direction générale de la société est en effet exclue de cette forme de délégation.

44. La procédure de suspension connaît deux issues en principe. La plus fréquente est la révocation du membre suspendu ce qui implique l'extinction de son mandat et donc l'interdiction définitive de diriger la société (sous réserve d'une nomination postérieure). Encore faut-il pour cela que la cause de la suspension soit suffisante pour justifier la révocation de l'intéressé : il se peut que les statuts aient limité la liberté de révocation du membre concerné ou de l'ensemble du directoire. La suspension ne doit cependant pas être utilisée, comme on l'a vu, afin de révoquer un directeur, ce qui constituerait un abus.

La seconde issue consiste dans le recouvrement de toutes les compétences de membre du directoire dès la cessation de la mesure de suspension. La décision qui met fin à la suspension revient au conseil de surveillance ou à l'assemblée générale en fonction de celui qui a prononcé la mesure. Néanmoins, le dirigeant suspendu sur décision du conseil de surveillance peut recouvrer ses fonctions sur une délibération de l'assemblée générale des actionnaires⁶³.

Pendant la période de suspension du dirigeant, l'extinction de son man-

art. 383, n° 1, p. 33 (éd. électronique).

62. A. NOWACKI, "Delegowanie członków rady nadzorczej do czasowego wykonywania czynności członków zarządu", *PPH* 2010, n°10, p. 13 et s.

63. A. KIDYBA, *Komentarz aktualizowany (...)*, op. cit., art. 368, n° 8, p. 289 (éd. électronique).

dat peut aussi résulter de l'écoulement de la cadence pour laquelle il a été nommé, de sa mort ou de sa démission. Le dirigeant peut par ailleurs avoir fait l'objet d'une décision de justice le déclarant frappé d'une incapacité partielle ou totale ou d'une interdiction de gérer sur le fondement d'une condamnation visée à l'article 18 § 2 k.s.h.

45. La suspension doit avoir été déclarée au KRS (art. 39 point 5 de la loi du 20 septembre 1997 relative au KRS ⁶⁴). Cependant, si le membre du directoire qui réalise un acte au nom de la société est suspendu, ou bien l'était et la mention de suspension au KRS n'a pas fait l'objet de rectification, la société se trouve engagée. La représentation de la société par ce membre présume en effet à l'égard des tiers qu'il a recouvré ses fonctions de mandataire social ⁶⁵.

B La remise en cause des organes de direction dans une société *in bonis*

46. La remise en cause des organes de direction est principalement due à deux facteurs dans une société *in bonis*. Leur droit d'exercice est passible d'être remis en cause, par la volonté active des associés (droit de révocation). Les dirigeants sociaux qui ont cessé de plaire peuvent être à tout moment remplacés. Ce principe connaît certains tempéraments dans le droit polonais qui laisse une marge aux instruments visant à assurer une plus grande stabilité du mandat. (2). L'exercice des fonctions de direction peut aussi être remis en cause en raison de la passivité des associés qui se trouvent dans l'incapacité de solutionner une crise frappant la société. Les troubles internes d'une certaine ampleur, qui se manifestent par une défaillance structurelle (organique) ou fonctionnelle (le fonctionnement de la société se trouve paralysé) des organes de direction justifient l'intervention d'un mandataire judiciaire dans la vie sociale (1).

B.1 La défaillance structurelle ou fonctionnelle de la société

47. Les mesures invasives du juge constituent dans les deux droits des mesures exceptionnelles. Deux enjeux, quelque peu opposés, sont pris en compte pour déterminer les conditions d'intervention de ce mandataire

64. Art. 39 pkt. 5 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym

65. A. NOWACKI, "Delegowanie (...)" op. Cit. p. 17 (note 22).

(a), sa mission dans la société et l'étendue de ses pouvoirs (b). Le premier impératif est le respect de la souveraineté des associés qui commande une intervention exceptionnelle et peu invasive. De l'autre côté, lorsque l'intérêt de la société (sa survie économique) est au premier plan, des mesures moins respectueuses de la souveraineté des associés s'avèrent indispensables.

a) La désignation d'un *kurator* et d'un administrateur provisoire : une mesure exceptionnelle

48. Le *kurator* est une institution de droit civil mise en place avec l'introduction du code civil en Pologne en 1964⁶⁶, qu'on retrouve à l'article 42 § 1 du k.c relatif à la curatelle des personnes morales, dans le chapitre consacré à celles-ci. Cet article a vocation à s'appliquer à toutes les entités dotées de la personnalité morale, d'où les termes généraux utilisés par le législateur : « *si la personne morale se trouve dans l'impossibilité de conduire ses affaires en raison d'un manque d'organe(s) nommé(s) pour assumer cette fonction, le tribunal lui assigne un curateur*⁶⁷ ». La loi ne précise pas la nature de l'organe, l'organisation structurelle d'une entité variant avec sa nature⁶⁸. C'est la jurisprudence qui a précisé les conditions de mise en œuvre de cette disposition relativement aux sociétés de capitaux dans un sens qui a fait l'objet de vives critiques doctrinales.
49. La flexibilité des règles que la matière commande a justifié, en France, l'effacement du législateur. L'administrateur provisoire du droit des sociétés tire ses prémices d'une construction prétorienne du début du XX^{ème} siècle⁶⁹, via l'octroi au juge des référés du droit d'assigner de manière provisoire un mandataire judiciaire chargé d'accomplir certaines missions ponctuelles. De nombreux instruments juridiques existent en droit civil visant à protéger les intérêts des personnes frappées d'une incapacité totale ou partielle et ouvrent fréquemment la porte à la désignation d'administrateurs judiciaires⁷⁰. L'administrateur provisoire témoigne de

66. Loi du 23 avr. 1964 relative au code civil (*Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.*).

67. Art. 42 § 1 k.c : « *Jeżeli osoba prawna nie może prowadzić swoich spraw z braku powołanych do tego organów, sąd ustanawia dla niej kuratora* ».

68. À titre d'exemple, l'organe chargé de conduire les affaires dans les entreprises publiques polonaises est un directeur – art. 32 § 1 de la loi relative aux entreprises publiques (*Ustawa z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych, Dz. U. 1981 nr 24 poz. 122*)

69. Civ., 29 juin 1925, DH 1925. 593

70. Par ex : l'absence (art. 113 et 128, al. 2 C.civ) ; l'indivision (art. 815-6 du C.civ) ; la tutelle (art. 390 à 413-8 du C.civ pour les mineurs et art. 440 à 476 du C.civ pour les majeurs) ;

la volonté de « *transposer, en matière commerciale, certaines mesures ponctuelles prévues par le code civil*⁷¹ » et constitue une illustration du principe du droit français selon lequel le juge a un pouvoir légitime d'imixtion dans le cours de la vie sociale lorsque la survie de la société est menacée⁷².

50. Dans les deux droits, ce mandataire judiciaire n'est appelé à intervenir dans la vie de la société que de manière exceptionnelle, lorsque la gravité des circonstances le justifie. Comme a pu l'affirmer la Cour de cassation, « *la désignation d'un administrateur provisoire est une mesure exceptionnelle, qui suppose rapportée la preuve de circonstances rendant impossible le fonctionnement normal de la société, et menaçant celle-ci d'un péril*⁷³ *imminent* »⁷⁴. En ce sens, le juge va analyser les événements au regard de leur impact sur l'intérêt social et non à la lumière des intérêts catégoriels des organes ou des personnes liées à la société. C'est pourquoi les conditions de désignation d'un administrateur provisoire, qui consistent dans la preuve de la paralysie des organes sociaux et de l'existence d'un péril certain et imminent de nature à mener la société à sa perte⁷⁵, sont appréciées de manière stricte. Le juge, souverain dans l'appréciation de ces conditions⁷⁶, préférera souvent faire appel à d'autres instruments juridiques moins intrusifs, destinés à régler les conflits internes qui n'entravent pas le fonctionnement de la société au point de mettre sa survie en cause. C'est le cas du contrôleur ou observateur de gestion qui dispose de pouvoirs moins étendus ou encore du mandataire ad hoc, dont le rôle est d'accomplir une formalité déterminée, telle que la convocation d'une assemblée. Le juge ne devrait d'ailleurs faire droit à la demande de désignation d'un administrateur provisoire que si aucune autre me-

la curatelle (art. 508 à 515 du C.civ).

71. B. LECOURT, "Administrateur provisoire", *Rép. Soc.*, Dalloz 2010, n° 1

72. M. COZIAN, M. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 23e éd. 2010, n° 396.

73. Certaines décisions font référence, non pas au péril imminent de l'intérêt social, mais au « *dommage imminent* ». V. par ex., Com. 25 janv. 2005, n° 00-22.457 ; *Rev. soc.* 2005. 828, note B.LECOURT, cité par B. LECOURT in "Administrateur (...)", op. cit. n° 51. D'après l'auteur, les deux notions seraient transposables.

74. V. par ex. : Com., 21 fév. 2012, n° 11-18.608, *Rev. soc.* 2012. 289, note B. BRIGNON et D. PORRACHIA ; Com., 6 fév. 2007, n° 05-19.008, *RTD com.* 2007, p. 373, note C. CHAMPAUD et D. DANET ; *Bull. Joly* 2007, p. 690, n° 187, note P. SCHOLER ; *Dr. Sociétés* 2007, n°73, note H. HOVASSE (dissentiments même graves entre associés n'empêchant pas le fonctionnement des organes sociaux dans une société anonyme familiale).

75. V. C. RUELLAN, "Les conditions de désignation d'un administrateur provisoire", *Dr. Sociétés*, oct. 2000, p. 4, cité par P. MERLE, *Sociétés commerciales*, Dalloz, 2013, n° 574, p. 721

76. Com., 25 mars 1974, *JCP* 1974, II, 17853, Y. CHARTIER.

sure n'est envisageable⁷⁷. D'un autre côté, comme la notion d'intérêt social n'a jamais fait l'objet d'une définition législative et reste l'objet de positions doctrinales divergentes⁷⁸, le juge dispose d'une vaste latitude pour déterminer si les blocages éprouvés par la société compromettent réellement l'intérêt social.

51. Les crises sociales se manifestent sous de nombreuses formes (conflits, carence d'un ou plusieurs organes, défaillance de ces organes). La question qui se pose est alors de savoir lesquelles sont suffisamment graves pour justifier des mesures invasives du juge dans la vie de la société. Le législateur polonais a confiné l'intervention du *kurator* à la disparition d'un organe tandis que la jurisprudence en France parle de « *fonctionnement irrégulier (ou anormal) des organes sociaux* », formulation large qui permet d'englober plusieurs formes de crises internes. Il arrive même que cette première condition ne soit pas requise si, malgré le fonctionnement normal des organes sociaux, les intérêts sociaux sont gravement compromis.

52. Comme on l'a vu, le législateur polonais n'a pas précisé la nature de l'organe visé par l'article 42 § 1 du k.s.h.. Celle-ci doit être déterminée en fonction de sa mission qui est de conduire les affaires de la société. Dans les sociétés de capitaux, c'est à l'organe de direction qu'incombe cette tâche. C'est pourquoi une majeure partie de la doctrine estime que, relativement à la société anonyme, l'article 42 § 1 du k.c ne devrait s'appliquer qu'en l'absence du directoire et de ce seul fait⁷⁹. Cet incident fait généralement suite à l'impossibilité de reconstituer l'organe de direction en raison du désaccord portant sur le remplacement des membres qui ont démissionné ou ont été révoqués.

Les autres organes légaux de la société anonyme n'exercent des fonctions de direction qu'en vertu d'attributions spéciales et ponctuelles. Leur carence en présence du directoire n'aurait pas pour effet d'entraver la conduite des affaires de la société telle qu'elle est comprise dans l'article 42 § 1 car cet article énonce une entrave générale et non des cas précis d'empêchement⁸⁰. Même là où les statuts subordonnent l'accomplissement de certains actes de représentation à l'accord du conseil

77. Com., 26 nov. 1996, n° 94-16.309, *RjDA* 1997, n° 210.

78. B. LECOURT, "Administrateur(...)", op. cit., n° 49.

79. P. GRZELCHAK, "Kurator spółki kapitałowej powołany na podstawie art. 42 k.c.", *PPH* 2011, n° 8, p. 31 ; M. BIELECKI, "Kurator w spółce kapitałowej", *Pr.Sp.* 2007, n°10, p. 11.

80. Même s'il n'est pas possible de marginaliser le rôle de ces organes dans la conduite des affaires de la société. Par exemple, c'est le conseil de surveillance qui en vertu de l'article 382 § 3 du k.s.h. opère l'évaluation des rapports financiers au regard des lois comptables,

de surveillance (l'article 384 § 1 du k.s.h. permet d'élargir les attributs du conseil de surveillance dans ce sens), le non-respect de la procédure de codécision est sans effet sur la validité de l'acte – simplement, il sera possible d'engager la responsabilité des membres du directoire envers la société sur ce fondement (art. 17 § 3 du k.s.h.).

53. Le droit français se distingue ici du droit polonais en ce que l'intervention d'un administrateur provisoire est justifiée par le dysfonctionnement des organes sociaux, indépendamment de leur nature ou fonction dans la société. Par exemple, en présence d'un conflit entre actionnaires empêchant la reconstitution du conseil de surveillance, un administrateur provisoire peut être nommé jusqu'à ce qu'une majorité se dessine parmi les actionnaires.

Aussi, il convient de rappeler que la disparition d'un organe peut avoir comme source deux causes en droit polonais, toutes deux justifiant la désignation du *kurator*. En premier lieu, à l'instar du droit français, il arrive qu'un organe n'ait pas pu être reconstitué. Ensuite, s'il résulte des dispositions statutaires qu'un organe est en sous-effectif, la loi polonaise sanctionne une telle irrégularité par la caducité de l'organe⁸¹. L'organe irrégulièrement composé est comme inexistant jusqu'à ce que soit respectée la disposition statutaire fixant le nombre minimum de directeurs.

54. La Cour suprême a retenu une interprétation de l'article 42 § 1 qui a fortement restreint son champ d'application dans un arrêt du 7 mai 2004⁸² venu préciser les conditions de désignation du *kurator*, en l'espèce dans une société anonyme. La Cour affirme que l'impossibilité de conduire les affaires de la société provoquée par l'absence d'organes chargés de cette fonction ne peut être caractérisée lorsque les organes visés à l'article 368 § 4 du k.s.h. fonctionnent régulièrement, car l'un d'eux au moins a la compétence de nommer le directoire à tout instant. En d'autres termes,

ainsi que des demandes du directoire relatives au partage des bénéfices ou à la couverture des pertes. Ses observations font l'objet d'un rapport annuel qui doit être remis à l'assemblée générale. Bien que le k.s.h. ne dispose pas que le défaut de ce rapport soit de nature à entraver la tenue des délibérations de l'assemblée générale ordinaire, l'article 68 de la loi comptable du 29 septembre 1994 (*ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości*) impose à la société de mettre à la disposition des actionnaires ce rapport avant que l'assemblée n'ait lieu. Le fait de ne pas rendre disponible ce rapport peut être considéré comme contraire au droit d'information des actionnaires et sans aucun doute complique le fonctionnement de la société. De même, c'est l'assemblée générale qui est compétente pour voter la distribution des dividendes.

81. A. KIDYBA (dir.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna, wyd. II*, art. 42, n° 2, p. 103 (éd. électronique).

82. SN., 7 mai 2004, III CK 249/03, OSNC 2005/5/87, note A. ŁOPUSZYŃSKI, *Mon.Praw.* 2006, n° 12, p. 6.

le *kurator* ne pourra être institué qu'en l'absence du directoire et de l'organe légalement ou statutairement compétent pour le constituer. Par exemple, l'article 42 § 1 trouve à s'appliquer si, en l'absence du directoire et du conseil de surveillance, c'est ce dernier organe qui est compétent pour nommer les membres du directoire. Par contre, si l'assemblée générale est compétente, l'institution d'un *kurator* ne devient plus possible, à moins que le nombre d'actionnaires ne devienne inférieur au minimum légal, ce qui le rendra caduc.

55. Comme le droit polonais conditionne la désignation d'un *kurator* à l'impossibilité de conduire les affaires de la société, il convient de préciser le champ de cette notion. La doctrine s'accorde pour retenir une acception large⁸³ ce qui a pour conséquence de retenir l'application de l'article 42 aussi bien lorsque c'est l'aspect interne de la direction (conduite des affaires *stricto sensu*) que son aspect externe (représentation de la société) qui est affecté. Dans certains cas de figure, il est en effet possible que l'absence du directoire n'altère pas cumulativement ces deux fonctions. C'est particulièrement dans les sociétés qui se caractérisent par une forte concentration du pouvoir, parce que les dirigeants n'ont pas pris de mesures pour déléguer certaines de leurs compétences à un appareil exécutif subordonné au directoire (comprenant principalement des directeurs techniques), que l'absence du directoire entravera la marche interne des affaires de la société. En l'absence de délégation, personne dans la société n'a le pouvoir de prendre les décisions relevant normalement de la compétence des membres du directoire. L'organisation déconcentrée connaît toutefois une limite importante liée à la nature personnelle de certaines attributions qui sont insusceptibles d'être déléguées⁸⁴. A titre d'exemple, seuls les membres du directoire sont compétents pour signer les comptes annuels ou peuvent convoquer l'assemblée générale ordinaire et extraordinaire (sous réserves des attributions du conseil de surveillance et des associés).

Lorsque la conduite des affaires internes s'avère impossible pour les raisons susmentionnées, la société peut néanmoins être représentée dans ses rapports avec les tiers par le biais d'un fondé de pouvoir ou d'un mandataire lorsque ces organes ont été nommés (leur désignation étant facultative). Inversement, lorsqu'une délégation conséquente permet à la société de fonctionner dans l'ordre interne malgré l'absence du di-

83. M. BARCZAK, "Kurator ustanowiony na podstawie art. 42 KC", *Pr.Sp.* 2010 n° 2, p. 37 ; M. BIELECKI, "Kurator (...)", op. cit. p. 11 ; P. GRZELCZAK, "Kurator (...)", op. cit. p. 30 ; A. KIDYBA (dir.), *Kodeks cywilny. Komentarz (...)* op. cit. , art. 42, n° 4, p. 103.

84. M. BIELECKI, "Kurator (...)", op. cit. p. 11.

rectoire mais qu'aucun fondé de pouvoir ou mandataire n'a été nommé, c'est dans une large mesure seulement la représentation externe de la société qui sera compromise.

56. Mises à part les situations de crises internes résultant de la disparition d'un organe et de l'impossibilité d'en nommer de nouveaux, la désignation d'un administrateur provisoire s'impose encore en droit français en cas d'inaction ou de défaillance d'un organe. Ce deuxième aspect est le fruit d'une évolution jurisprudentielle tendant à élargir le champ d'intervention de l'administrateur provisoire aux situations de crises dans lesquelles, malgré la présence des organes sociaux, le conflit opposant les membres d'un même organe⁸⁵ ou plusieurs organes entre eux est tel qu'il entrave le fonctionnement de la société au point d'en compromettre sa survie. Pour marquer cette évolution, la Cour de cassation utilise désormais dans son dispositif la formule de « *fonctionnement anormal*⁸⁶ », notion plus large que le fonctionnement irrégulier proprement dit. On constate donc que seules les crises matérialisées par une défaillance d'ordre structurelle justifient l'intervention du juge en droit polonais tandis que le juge français prend également en compte l'aspect fonctionnel des organes régulièrement constitués, ce qui permet au juge français de désigner un administrateur provisoire quelle que soit la source de la crise sociale, dès lors qu'elle compromet le fonctionnement de la société en l'exposant à un péril imminent.
57. Cependant, il doit réellement être question de paralysie et non d'un simple conflit, même virulent⁸⁷ car l'administrateur provisoire ne joue pas le rôle d'arbitre chargé de trancher entre les intérêts opposés⁸⁸. C'est pourquoi, tant que les organes sociaux fonctionnent normalement, le juge préfère laisser les dissensions se résoudre par le jeu des mécanismes sociétaires, entre autres la loi de la majorité⁸⁹, ou faire appel à d'autres

85. Com., 2 déc. 2008, n° 07-19.698, *JCP E* 2009, 1089 (divergences au sein du conseil d'administration justifiant la désignation d'un administrateur provisoire).

86. Com., 17 janvier 1989, n° 87-10.966, *Rev. soc.* 1989, 209, note Y. GUYON ; *Bull. Joly* 1989, 321, note J.-J. DAIGRE.

87. Com., 6 fév. 2007, op. cit.

88. Com., 24 mai 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 789 ; *RJDA* 1994, n° 1031 et 1035 ; *Dr. Sociétés* 1995, comm. 3, note T. BONNEAU (la mésentente entre associés ne permet d'entraîner la désignation d'un administrateur provisoire que si elle fait obstacle au fonctionnement normal de la société soit qu'elle entraîne la paralysie des organes de direction ou qu'elle mette en péril la société elle-même).

89. Com., 6 fév. 2007, n° 05-19.008, *BRDA* 6-2007, n°4 ; *Dr. Sociétés* avr. 2007, n° 73, note H. HOVASSE ; *JCPE* 2007, 2158, note A. VIANDIER ; *Gaz. Pal.* 2007, n° 220, p. 5, note F. GUERCHOUN ;

instruments juridiques.

58. Pourtant, les actionnaires minoritaires tendent à instrumentaliser ce mécanisme qui permet de faire intervenir un tiers dans la vie de la société lorsqu'un conflit les oppose aux majoritaires, malgré l'existence d'un autre outil, l'abus de majorité, également né de la créativité des juges afin de contrer les décisions émanant des actionnaires majoritaires contraires à l'intérêt de la société et favorisant ces derniers au détriment des minoritaires. Depuis un arrêt dit *Fruerauf* du 22 mai 1965⁹⁰, le juge accède à la demande des actionnaires minoritaires en l'absence de toute paralysie des organes sociaux lorsque ce conflit expose les intérêts de la société à un péril imminent⁹¹. La demande sera justifiée par exemple lorsque le conflit en cause est de nature à nuire à l'image de marque de la société⁹² ou bien à l'occasion d'agissements frauduleux des associés majoritaires⁹³. Inversement, les minoritaires peuvent également se rendre coupable d'un comportement de nature à nuire aux intérêts de la société ce qui, le cas échéant, justifie à titre exceptionnel la demande des majoritaires de nomination d'un administrateur⁹⁴.
59. La deuxième condition posée par la jurisprudence française tient à la gravité des circonstances : l'intérêt social doit être compromis, la société étant exposée à un péril certain et imminent. Le danger seulement éventuel est donc exclu. Ce principe connaît un assouplissement lorsque la menace risque de se réaliser si aucune mesure d'urgence n'est prise. Par exception le rôle du mandataire sera, dans ce cas de figure, préventif : son rôle ne sera pas de trouver une solution à un danger actuel, mais futur.
60. Le droit polonais impose un lien de causalité entre les deux conditions de l'article 42 du k.s.h. c'est-à-dire que l'impossibilité de conduire les affaires de la société doit être la conséquence directe de la carence de l'organe chargé d'assumer cette fonction. L'exigence d'un lien de cau-

Bull. Joly 2007. 690, note P. SCHOLER ; *RTD com.* 2007.373, note C. CHAMPAUD et D. DANET.

90. Paris, 22 mai 1965, *JCP* 1965. II. 14274 bis, concl. av. gén. NEPVEU ; *D.* 1968. 147, note R. CONTIN ; *RTD com.* 1965. 631, note R. RODIÈRE ; *Grands arrêts du droit des affaires*, 1995, Dalloz, n° 44, p. 487.

91. Amiens, 11 fév. 2003, n° 02/04683, *Bull. Joly* 2003, p. 440, n°88, note A. CONSTANTIN (conflit entre associés d'une SA familiale justifiant la désignation d'un administrateur provisoire).

92. Paris, 12 oct. 1989, *Bull. Joly* 1989. 965 ; *D.* 1989. IR 28.

93. Versailles, 18 juin 1998, *RTD com.* 1999. 124, note C. CHAMPAUD et D. DANET.

94. Paris, ch. 14, A, 31 mars 1999, *SCI ANK / BÉCHERET*.

salité a pour effet d'exclure l'intervention du juge dans la vie d'une société lorsque, malgré la présence d'organes régulièrement nommés, la conduite de ses affaires est entravée. C'est le cas par exemple en cas de dissensions graves au sein du directoire ou entre les dirigeants et les actionnaires majoritaires empêchant toute prise de décision sur la politique sociale.

En France, il arrive que les juges admettent que la circonstance de la paralysie des organes sociaux est en elle-même de nature à mettre en péril les intérêts de la société, allant jusqu'à admettre un lien de connexité entre les deux conditions⁹⁵. La seconde condition découle alors de la première et n'a pas besoin d'être établie pour obtenir du juge qu'il désigne l'administrateur provisoire⁹⁶. Cependant, la jurisprudence majoritaire est plus contraignante et exige la réunion cumulative des deux éléments⁹⁷. Telle est la position que la Cour d'appel de Paris a adoptée dans le considérant de principe d'un arrêt du 5 novembre 1993⁹⁸.

b) Un écart entre les pouvoirs du *kurator* et de l'administrateur provisoire dû à la valorisation d'enjeux distincts

61. L'objectif essentiel de ces deux mandataires de justice est de résoudre la crise interne de la société dans laquelle ils ont été désignés, ce qui justifie les mesures invasives du juge dans celle-ci. Le pouvoir dont dispose le mandataire de justice institué dans ce cadre en droit polonais est beaucoup moins étendu que celui de son homologue français. Le droit polonais se veut plus respectueux de la volonté et du pouvoir souverain des associés. D'un autre côté, une branche de la doctrine estime qu'il faudrait mettre ce principe en balance avec l'avenir de la société qui est en jeu, et prône de ce fait une extension des pouvoirs du *kurator*. Les juges français ont, avec le temps, investi l'administrateur provisoire de compétences de plus en plus larges, qui doivent être circonscrites dès lors que cette institution est la voix de la puissance publique et non celle des associés.

62. L'administrateur provisoire a pour vocation de se substituer temporairement en tout ou partie⁹⁹ aux dirigeants en place, le juge venant détermi-

95. Com., 23 mars 1981, *Rev. soc.* 1981. 784, note J.-L. SIBON.

96. Com., 26 avr. 1982, *Bull. civ.* IV, n° 136 ; Com., 24 mai 1994, *Bull. Joly* 1994. 789 ; *RJDA* 1994, n° 1031 et 1035 ; *Dr. Sociétés* 1995, n° 3, note T. BONNEAU.

97. Com., 6 fév. 2007, *op. cit.* ; Com., 18 mai 2010, n° 09-14.838.

98. Paris, 5 nov. 1993, *Bull. Joly* 1994. 59, note M. GERMAIN.

99. Paris, 14 juin 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 1228, n° 333 ; *RJDA* 1994, p. 808, n° 1025.

ner l'étendue de ses compétences dans l'ordonnance qui le désigne. La substitution de l'administrateur dans les pouvoirs des dirigeants jusqu'à en place entraîne leur dessaisissement partiel ou total¹⁰⁰, leurs pouvoirs sociaux étant corrélativement suspendus¹⁰¹ durant la période d'administration provisoire de la société.

La suspension des dirigeants dans le cadre de l'administration provisoire de la société est similaire au mécanisme de suspension du mandat social qu'on rencontre dans le droit polonais sous la forme de sanction disciplinaire envers les dirigeants (art. 368 § 4 du k.s.h.). Dans les deux cas, les dirigeants conservent leur statut de mandataire social¹⁰² et certains droits qui en découlent, comme le droit à une rémunération¹⁰³, et ce aussi bien lorsque la suspension est totale que partielle. La suspension n'est jamais assimilable à une révocation¹⁰⁴.

63. Rien de tel en droit polonais où le *kurator* n'a jamais vocation à se substituer aux mandataires sociaux. L'article 42 § 2 du k.c dispose que le *kurator* doit, dès sa désignation, s'efforcer de reconstituer le ou les organes sans lesquels la conduite des affaires de la société est entravée et, lorsque c'est nécessaire, amener la société à sa liquidation.

Un débat doctrinal a porté sur la question de savoir si cet article énonce une liste limitative d'attributions ou s'il ne fait qu'énumérer les principaux objectifs de la curatelle. Dans cette dernière proposition, les dispositions de l'article 42 § 2 serviraient de fondement et d'encadrement à une mission dont l'étendue pourrait être déterminée par le juge¹⁰⁵. La doctrine majoritaire¹⁰⁶ ainsi que la jurisprudence¹⁰⁷ considèrent que l'article 42 § 2 constitue un *numerus clausus*, mais les partisans de cette solution et leurs opposants ont en commun de chercher des arguments justifiant l'extension des pouvoirs du *kurator* dans d'autres textes législatifs.

100. Civ. 3ème, 25 oct. 2006, n° 05-15.393, *Bull. Joly* 2007, p. 274, n°56, note P.X. LUCAS ; *D.* 2006, p. 2792, note A. LIÉNHARD ; Com. 15 mai 1990, n° 88-19.232, *Bull. civ. IV*, n° 146, p. 99.

101. Ils ne peuvent plus gérer la société, l'engager ni conduire un procès en son nom (Com., 15 mai 1990 précité).

102. Soc., 6 déc. 1972, *Bull. civ. V*, n° 67.

103. Com., 21 avr. 1992, n° 90-19.860, *Bull. civ. IV*, n° 175 ; *JCPE* 1992. II. 348, note PETIT, *Rev. soc.* 1992. 485, note Y. GUYON ; *Bull. Joly* 1992. 661, note P. LE CANNU ; *RTD com.* 1993. 109, note C. CHAMPAUD et D. DANET ; *Dr. sociétés* 1992, n° 167, note H. LE NABASQUE.

104. Civ., 1ère, 9 juill. 1974, *Bull. civ. I*, n° 222.

105. P. GRZELCHAK, "Kurator (...)", op. cit. p. 32.

106. M. BARCZAK, "Kurator (...)", op. cit. p. 38 ; A. KIDYBA (dir.), *Kodeks cywilny. Komentarz (...)*, op. cit., art. 42, n° 8, p. 104.

107. SN., 7 mai 2004 précité ; SA., Katowice, 11 mars 2010, V *ACa* 47/10.

La lecture restrictive de l'article 42 § 2 implique que le rôle du *kurator* est strictement binaire : il doit mettre en œuvre tous les pouvoirs dont il dispose pour amener la société à nommer ses organes vacants conformément aux dispositions légales et statutaires s'appliquant à la société, ou bien préparer sa liquidation. Le juge qui l'a institué ne peut, dans sa décision de nomination, étendre ses compétences au-delà. Le *kurator* peut-il alors user de tous les mécanismes légaux permettant la reconstitution des organes ?

64. L'article ne donnant pas d'indications sur les pouvoirs dont ce mandataire pourrait user pour accomplir sa mission, la jurisprudence a déterminé son champ d'action en lui refusant certains pouvoirs. La Cour suprême a jugé que le *kurator* n'a, dans aucune circonstance, la compétence de nommer de son propre fait le directoire, car il ne se substitue pas à l'assemblée générale ni au conseil de surveillance de cette société¹⁰⁸. Cette solution ainsi que son fondement se retrouvent en droit français : l'administrateur provisoire n'a pas à empiéter sur les compétences des autres organes légaux de la société. Par contre, le droit français admet que l'administrateur provisoire puisse convoquer l'organe compétent pour nommer l'organe absent. La jurisprudence française a dans ce sens admis que l'administrateur puisse convoquer l'assemblée générale de la société afin qu'elle reconstitue le directoire¹⁰⁹ car, ce faisant, l'administrateur ne fait qu'aider les associés à décider sur le sort de la société. Leur pouvoir souverain est respecté. La Cour suprême polonaise a rejeté cette proposition dans l'arrêt susmentionné du 7 mai 2004, contre l'avis de la doctrine¹¹⁰. Toute autre initiative visant à faciliter la reconstitution des organes de la société est *a priori* autorisée. Il s'agira par exemple de familiariser les actionnaires avec la situation de la société, ou de les conseiller sur les solutions qui permettraient de nommer les organes du directoire¹¹¹. Si l'organe compétent pour nommer le directoire est le conseil de surveillance, les efforts du *kurator* devraient en première ligne toucher à sa reconstitution car c'est la condition *sine qua non* à la nomination du directoire. Il revient également au *kurator*

108. SN., 7 mai 2004 précité.

109. Rennes, 29 avril 2008, n° 07/02965 (attribution à l'administrateur provisoire des pouvoirs du conseil d'administration, ce qui lui a permis de convoquer régulièrement une assemblée générale).

110. A. ŁOPUSZYŃSKI, "Uprawnienia kuratora spółki akcyjnej – glosa", *Mon.Praw.* 2006, n° 12, p. 6 ; M. BIELECKI, "Kurator (...)", op. cit. p. 13 ; P. GRZELCZAK, "Kurator (...)", op. cit. p. 30 ; A. KIDYBA (dir.), *Kodeks cywilny. Komentarz (...)*, op. cit., art. 42, n° 8, p. 104.

111. M. BIELECKI, "Kurator (...)", op. cit. p. 13 ; P. GRZELCZAK, "Kurator (...)", op. cit. p. 32.

d'apprécier l'intérêt de renouveler ses tentatives en cas d'échec.

65. Les prérogatives de direction échappent donc entièrement à ses attributions contrairement à son homologue français qui devient un nouvel organe de gestion de la société. Si traditionnellement, comme on l'a vu, son rôle était confiné à des missions ponctuelles, désormais, l'usage est de doter l'administrateur des pouvoirs d'administration et de représentation de la société¹¹². Ses pouvoirs de gestion sont la conséquence logique du dessaisissement des dirigeants : la société doit continuer à être gouvernée durant la crise ainsi que sa gestion quotidienne assurée. C'est justement afin de sauvegarder l'activité interne et externe de la société que certains auteurs polonais militent pour l'extension des pouvoirs du *kurator* aux fonctions de gestion et de représentation.
66. La détermination des fonctions du *kurator* et de l'administrateur provisoire sera souvent formulée en termes généraux, afin que ce dernier puisse adapter ses actes à l'évolution de la situation sociale. Si l'ordonnance qui l'a désigné ne lui permet pas de prendre certaines décisions qu'il juge nécessaire, le juge pourra toujours compléter l'étendue de sa mission. La circonscription de ses pouvoirs est primordiale au regard de la détermination de la validité des actes qu'il conclut, mais aussi au regard de sa responsabilité et de celles des dirigeants dessaisis, dans le cadre d'une société anonyme française. En cas de litige, il convient de garder à l'esprit que l'intrusion de ce tiers dans la vie de la société constitue une mesure exorbitante, commandant une interprétation restrictive de ses pouvoirs.
67. La gestion quotidienne des affaires sociales par l'administrateur provisoire de la société est dans tous les cas subsidiaire par rapport à sa mission essentielle qui consiste à prendre d'urgence toutes les mesures nécessaires à sa sauvegarde et à la résolution de la crise sociale. Cela signifie que l'administration provisoire de la société est par nature conservatoire. Ce caractère limite intrinsèquement les pouvoirs de l'administrateur provisoire aux actes conservatoires et d'administration qu'implique la gestion courante¹¹³. Il arrive que le juge écarte sur ce fondement certains actes d'administration qui ne correspondent pas à la nature conservatoire de la mission de l'administrateur. Ce sont les actes de disposition

112. Com., 25 oct. 2006 précité ; Com. 7 nov. 2006, n° 05-14.712, *Bull. civ. IV*, n° 219.

113. Par ex., assurer le fonctionnement des comptes bancaires et postaux de la société (Aix-en-Provence, 14 nov. 1957, *JCP* 1957. II. 10304, note J. R.) ou tenir la comptabilité et payer les dettes de la société (Com., 15 janv. 1964, *Bull. civ. III*, n° 29).

qui soulèvent le plus de difficultés, car ces actes sont d'une particulière gravité et engagent la société pour l'avenir. La jurisprudence a admis que de tels actes puissent rentrer dans le champ de la mission de l'administrateur¹¹⁴ sous le prisme de l'intérêt social. Finalement, on constate qu'il existe une multitude de situations qui varient en fonction de la nature de la crise, de l'activité et de la taille de la société. Le droit français admet que ce mandataire de justice puisse disposer de tous les pouvoirs conférés par la loi aux organes de direction¹¹⁵, le principe restant qu'au regard de la nature conservatoire de sa mission, ses pouvoirs seront rarement analogues à ceux des dirigeants sociaux et seront même souvent strictement confinés aux « pouvoirs d'usage¹¹⁶ ».

68. Certains auteurs militent pour que, à l'instar du droit français, le *kurator* puisse représenter la société et la gérer pendant la durée de la curatelle. Ces auteurs regrettent la faible utilité de cette institution et estiment qu'il serait dans l'intérêt de la société que ce dernier voie ses compétences étendues. D'une part, ces autres compétences pourraient être mises au service de la réalisation de l'objectif posé à l'article 42 § 1, à savoir la reconstitution des organes vacants. D'autre part, au vue de la durée souvent longue de la curatelle, en l'état du droit actuel la société peut se retrouver dans l'incapacité de protéger ses propres intérêts, si par exemple aucun mandataire ou fondé de pouvoir n'a été institué pour la représenter, d'où l'avantage d'admettre au *kurator* le pouvoir de gérer ou de représenter la société.

Les partisans de cette extension considèrent que le champ de compétence des curateurs n'est pas délimité par le seul code civil. Dans ce sens, un auteur, P. Grzelczak, considère que plusieurs textes sont à prendre en compte et en particulier le code de la famille et des tutelles où pourraient se trouver les fondements de l'élargissement des compétences du *kurator*¹¹⁷. *Praeter legem*, en vertu de l'article 178 § 2 k.r.i.o, les lois spéciales sur la curatelle doivent être complétées avec les dispositions sur la garde (art. 178 § 2 k.r.i.o). D'après l'article 155 § 1 de ce code, le gardien exerce son contrôle sur la personne et sur ses biens sous l'autorité

114. Civ., 2ème, 3 mai 2006, n° 04-11.121 ; Civ. 3ème, 1er déc. 2009, n° 08-19.719, *Bull. Joly* 2009. 98 ; *RTD com.* 2010. 135, note C. CHAMPAUD et D. DANET).

115. Com., 6 mai 1986, *Bull. civ. IV*, n° 77 ; *Deffrénois* 1987, art. 33950, p. 606, note J. HONORAT ; *Rev. soc.* 1987, p. 286, note Y. GUYON ; Paris, 3. déc. 1993, *Bull. Joly* 1994, p. 299, n° 79, note B. SAINTOURENS ; *Dr. Sociétés* 1994, n° 58, note H. LE NABASQUE.

116. Com. 27 oct. 1969, *Bull. civ. IV*, n° 314, *RTD com.* 1970. 423, note R. HOUIN.

117. P. GRZELCZAK, "Kurator (...)", op. cit. p. 31 et *contra* : *Kodeks cywilny. Komentarz (...)*, op. cit., art. 42, n° 12, p. 105.

du tribunal des tutelles. Les modalités d'exercice de la garde sont à rechercher dans les dispositions du code relatives à l'autorité parentale, règles qu'il convient d'adapter à l'objet de la garde (art. 155 § 2 k.r.i.o). Les parents de l'enfant sont ses représentants légaux (98 § 1 k.r.i.o), à qui incombe l'obligation de gérer les biens de l'enfant avec suffisamment de diligence (101 § 1 k.r.i.o). Selon l'auteur, ces dispositions transposées à la curatelle des personnes morale et plus précisément aux sociétés de capitaux, fondent la compétence du *kurator* de l'article 42 du code civil d'assurer la gestion d'usage des biens de la société d'une part et d'autre part, de la représenter. Ces pouvoirs permettraient d'assurer la protection indispensable des intérêts pécuniaires de la société.

69. Il est possible que les difficultés rencontrées par la société se révèlent insurmontables et qu'un changement de circonstances semble inenvisageable. Il paraît évident qu'une société qui n'est plus viable doit être dissoute. Les pouvoirs du *kurator* et de l'administrateur provisoire confrontés à cette réalité soulèvent certaines questions.

En droit polonais le législateur prévoit qu'en cas de nécessité, c'est-à-dire lorsque les tentatives de reconstitution de l'organe vacant s'avèrent infertiles et sans espoir, le *kurator* devra s'efforcer à conduire la société à sa liquidation. L'utilisation de la formule « *en cas de nécessité* » par le législateur manifeste le caractère subsidiaire de cette fonction. Pourtant, il est possible pour le tribunal d'investir le *kurator* de cette unique fonction si, au moment où la mise en place de la curatelle est demandée, le juge constate que le conflit est tel que toutes mesures visant à le résorber seraient vaines.

La loi ne précisant pas les droits du *kurator*, c'est la jurisprudence qui est venue préciser que là encore, le *kurator* n'a en principe qu'une mission d'accompagnement et ne peut initier seul cette procédure. On retrouve la même solution en droit français¹¹⁸ car dans les deux droits, ce mandataire judiciaire ne peut empiéter sur les compétences des autres organes de la société. La dissolution de la société n'est rien d'autre que la rupture du lien contractuel (issu du contrat de société) qui avait donné lieu à sa naissance. C'est pourquoi cette décision doit relever de la volonté des cocontractants, donc des associés.

70. Dans la pratique, le *kurator* et l'administrateur provisoire vont tenter d'amener les associés à se mettre d'accord sur la dissolution anticipée de la société en vue de sa liquidation amiable. En droit français, la jurispru-

118. Pau, 4 déc. 2008, *Rev. soc.* 2009, p. 669, note URBAIN-PARLÉANI ; *Bull. Joly* 2009, p. 470, note G. GIL.

dence admet que l'administrateur provisoire puisse convoquer pour cela une assemblée générale extraordinaire afin que les actionnaires puissent se prononcer sur le sort de la société et votent le cas échéant la dissolution anticipée ¹¹⁹. La volonté des associés dans ce cadre est pleinement respectée. Les juges polonais n'ont pour l'instant pas admis cette hypothèse, que certains auteurs voudraient voir consacrer ¹²⁰.

Dans les deux droits se pose la question de savoir si ce mandataire peut en cas d'échec demander la dissolution judiciaire de la société. En droit français, un arrêt semble l'avoir admis, de manière implicite, à propos d'une SCP dans laquelle l'*affectio societatis* entre associés avait entièrement disparu ¹²¹. La solution retenue dans l'arrêt n'a pas fait l'unanimité de la doctrine, pour qui seuls les associés devraient pouvoir solliciter une telle procédure conformément à l'article 1844-7 du C.civ ¹²². Dans l'état actuel de la jurisprudence en Pologne, la réponse à cette question est controversée. La Cour d'appel de Varsovie a pour l'instant admis dans un arrêt du 19 avril 2000 ¹²³ que le *kurator* pouvait représenter une société de capitaux à l'occasion de sa dissolution judiciaire sur le fondement de l'article 42 si le juge, dans sa décision de nomination, lui a attribué cette compétence.

B.2 L'exercice du droit politique de révocation des dirigeants

71. Les dirigeants sont susceptibles d'être révoqués de leurs fonctions, c'est-à-dire qu'il soit mis fin à leur mandat avant l'écoulement du terme pour lequel ils ont été nommés. Les règles encadrant la mise en œuvre de la révocation manifestent le statut précaire du dirigeant. Néanmoins, la confrontation des règles applicables à la révocation permet de constater différents degrés de fragilité de ce mandat social en distinguant trois modèles (a). Le cercle d'organes susceptibles de mettre en œuvre cette mesure est plus ou moins restreint en fonction de la forme de société et du droit considéré. En principe, elle met fin à tous les droits et obligations découlant du mandat social et n'a pas d'effet, le cas échéant, sur

119. Paris, Ch. 23, 3 déc. 1993, *Dr. sociétés* 1994, n° 58, note H. LE NABASQUE, *Bull. Joly* p. 299 (sur la demande d'annulation d'une délibération de l'assemblée générale extraordinaire votant la dissolution anticipée dans une SARL) ; CONTRA : Com. 27 oct. 1969, *Bull. civ. IV*, n° 314 ; *RTD com.* 1970, p. 423, note R. HOUIN.

120. P. GRZELCZAK, "Kurator (...)", *op. cit.* p. 33.

121. Civ., 1ère, 14 déc. 2004, n° 02-13.582, *Bull. Joly*, 2005, n°4, p. 525, note J.-J. DAIGRE.

122. B. LECOURT, "Administrateur (...)", *op. cit.*, n°104.

123. S.ap., Varsovie, 19 avr. 2000, I ACa 1469/99, OSA 2001, z. 3, poz. 16.

tout autre lien juridique liant le dirigeant à la société (b).

a) Le droit de révocation, expression de la précarité du mandat social

72. Le modèle le moins protecteur vis-à-vis du mandat social des personnes exerçant des fonctions de direction est fourni par la société anonyme à conseil d'administration auquel s'oppose le modèle de la société anonyme à directoire polonaise. Son homologue français se situe entre les deux.
73. Le modèle de la société anonyme traditionnelle met en place à l'égard de ses dirigeants ce qu'on appelle une révocation *ad nutum*, signifiant littéralement « au signe de tête », parce qu'elle est entièrement discrétionnaire et sans conséquences financières (en principe) pour la société. Une atténuation a été consacrée par le législateur dans la loi NRE à l'égard du directeur général, lorsqu'il ne cumule pas les fonctions de président du conseil (art. L. 225-55, al. 1 C. com.), la révocation de ses fonctions prononcée sans juste motif donnant lieu à dommages-intérêts. Cet article applique le même tempérament vis-à-vis des directeurs généraux délégués qui sont révocables sur proposition du directeur général. On retrouve ce régime dans la société anonyme à conseil de surveillance, dans laquelle il sera toujours possible de prononcer la révocation des membres du directoire mais à un certain coût lorsque celle-ci intervient sans juste motif (art. L. 225-61, al. 1 C. com.). Le principe de la libre révocation revêt un caractère impératif en France contrairement au droit polonais, dans lequel il est possible de contourner le principe de libre révocation posé par le législateur puisque, dans certains cas, l'absence de « motifs importants ¹²⁴ » fait obstacle à la révocation.
74. L'article L. 225-47, al. 3 relatif au président du conseil d'administration (et au P-DG), L. 225-47, al. 3 relatif au directeur général et directeurs généraux délégués et 370 § 1 du k.s.h relatif aux membres du directoire emploient la même formule en vertu de laquelle ces dirigeants peuvent être révoqués « à tout moment ». Bien que l'article L. 225-61, al. 1 afférent aux membres du directoire ne reprenne pas cette formulation, le principe de la libre révocation leur est également applicable. La règle de la libre révocation posée par les articles du livre II du code de commerce constitue une règle d'ordre public (L. 225-47, al 3 du C.com).

124. Traduction proposée par : A. CHRABOŁOWSKI, *Kodeks spółek handlowych - Code des sociétés commerciales (wersja polsko-francuska)*, op. cit. p. 282 (art. 370 § 2).

75. C'est le mandat du P-DG qui est le plus fragile puisque la loi NRE a apporté une exception au principe de la révocabilité sur juste motif du directeur général lorsqu'il est également président du conseil d'administration (art. L 225-55, al 1er). Le pouvoir de révocation *ad nutum* appartenant aux actionnaires correspondrait à leur seule « prérogative de volonté pure ¹²⁵ » selon l'expression utilisée par un auteur, S. Schiller. Le pouvoir au sens de « prérogative de volonté pure » est celui dont l'exercice ne peut être sanctionné sur le terrain de l'abus de droit. Les autres prérogatives, au demeurant nombreuses des associés (d'information, droit de vote, les quelques droits de gestion...) sont au contraire des « pouvoirs finalisés » c'est-à-dire que leur exercice pourra être qualifié d'abusif lorsqu'il est détourné de sa finalité, l'intérêt social ¹²⁶. La révocation *ad nutum* entraîne trois conséquences. D'abord, son aspect discrétionnaire implique que celle-ci est soustraite au contrôle du juge. Elle peut intervenir sans justification et ses motifs n'ont pas à être communiqués. Toutefois, une indemnisation judiciaire peut être octroyée lorsque la révocation est intervenue dans des circonstances vexatoires ou injurieuses ¹²⁷ (injures, accusations diffamatoires, coups et blessures...). Cette limitation s'étend également à la révocation *ad nutum* car celle-ci n'autorise pas la malveillance : le dirigeant évincé dans ces circonstances est fondé à demander des dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1382 du code civil. Ensuite, la révocation peut intervenir sans préavis. Il existe une réserve qui s'impose aussi bien à l'égard des dirigeants révocables *ad nutum* que sur juste motif. Depuis l'arrêt Pesnelle du 26 avril 1994 ¹²⁸, les dirigeants démis de leurs fonctions peuvent invoquer le caractère abusif de leur révocation en se fondant sur la violation du respect du principe de la contradiction, c'est-à-dire lorsqu'ils n'ont pas été en mesure de s'expliquer, faute de quoi ils peuvent demander réparation du préjudice subi ¹²⁹. Cette atténuation doit cependant être relativisée car les juges considèrent que ce principe est respecté lorsque l'intéressé est

125. S. SCHILLER, *Limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés*, LGDJ, 2002, n° 413, p. 197.

126. *Ibid.* p. 196.

127. Voir par ex. pour la révocation d'un membre du directoire : Paris, 31 janv. 2001, *Bull. Joly* 2001, p. 791, note P. LE CANNU ; *JCP G* 2001, I, 372, n° 6, note A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

128. Com., 26 avr. 1994, *Bull. Joly* 1994, § 221, p. 831, note P. LE CANNU ; *JCP E* 1994, I, 392, § 8 ; *Rev. soc.* note D. COHEN, 1994, p. 725 (au sujet de la révocation abusive du directeur général).

129. Com., 24. janv. 1998, *JCP E* 1998, I, 1306, n° 6, note A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN, *Dr. sociétés* juin 1998, n° 9, note D. VIDAL (révocation abusive du directeur général) ; Paris, 28 mai 2004, n° 03-9719, *RJDA* 4/05, n° 386 (révocation abusive d'un membre du directoire).

simplement informé de cette intention, même de manière informelle¹³⁰. Enfin, aucune indemnité (par exemple, aux fins de compenser la perte de leur siège) n'est due aux dirigeants révocables *ad nutum*.

76. Outre la révocation intervenue en infraction du respect du principe du contradictoire ainsi que dans des circonstances vexatoires ou injurieuses, le directeur général qui n'assume pas les fonctions de président du conseil ainsi que les directeurs généraux délégués et les membres du directoire peuvent bénéficier d'une indemnité lorsque la révocation est prononcée sans juste motif. La possibilité d'obtenir des dommages-intérêts dans cette circonstance constitue la seule différence avec le régime de la révocabilité *ad nutum*. En l'absence de définition de la notion de « juste motif » par la loi, c'est la jurisprudence qui a précisé ses contours à l'occasion d'un contentieux abondant. Le juste motif est sans aucun doute caractérisé lorsque le dirigeant a eu un comportement fautif (par exemple, est fautif le comportement de nature à nuire à l'image de la société ou la conduite d'une activité concurrentielle). Le juste motif peut également être caractérisé en dehors de toute faute, sur le fondement de la divergence de points de vue sur la politique sociale. La frontière avec la révocabilité *ad nutum* en l'absence de faute est plus floue. En principe, la dissension doit revêtir une certaine ampleur, ce qui sera le cas par exemple en présence d'un conflit entre dirigeants de nature à compromettre l'intérêt social ou à gêner la marche de la société¹³¹, ou si un dirigeant se trouve opposé aux associés majoritaires.
77. Les stipulations statutaires et extra-statutaires tendant à assouplir le principe de la libre révocation et à protéger les dirigeants ont fait l'objet d'un contentieux important. Ce contentieux vise particulièrement les P-DG et les directeurs généraux car ce sont eux qui le plus souvent, concluent avec la société des conventions pourvues de clauses visant à protéger leur siège de dirigeant. Tel est le cas d'une clause stipulant que le mandat du dirigeant est à durée déterminée¹³², ou par laquelle la société s'engage à verser une indemnité importante au dirigeant démis (notam-

130. Com., 12 mai 2004, n°00-19.415, *Bull. Joly* 2004, § 258, p. 1275 (rejet de la demande en annulation de la délibération du conseil d'administration qui a prononcé la révocation de son président).

131. Com., 19 déc. 2006, n° 05-15.803 : *JCP E* 2007, n° 1877, n°5, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN et G. WICKER ; *Rev. soc.* 2007, p. 331, note B. SAINTOURENS (la révocation prononcée à l'encontre d'un membre du directoire trouve un juste motif dans l'existence d'une mésentente avec un autre membre de nature à compromettre l'intérêt social).

132. Paris, 3^e ch. B, 11 fév. 1994, *RJDA* 1994, p. 420 (nullité d'une convention entre actionnaires prévoyant l'irrévocabilité du président pendant cinq ans).

ment la pratique dite des « parachutes dorés » qui désignent des primes de départ aux montants exorbitants) ou de lui racheter ses actions à un montant important. Cependant, en réalité, le juge ne sanctionne pas automatiquement de telles clauses. Ce n'est que dans la mesure où elles tendent à contourner le caractère libre ou *ad nutum* de la révocation parce qu'elles ont un effet dissuasif qu'elles tomberont sous le coup de la nullité, de telles clauses étant réputées non-écrites.

78. Le législateur polonais a quant à lui aménagé des ouvertures pour l'assouplissement du principe de la libre révocation, dont nous verrons les limites. Le deuxième paragraphe de l'article 370 du k.s.h. met en place la possibilité de restreindre à tout moment la liberté de révocation dans les statuts, et en particulier de subordonner la révocation à l'existence de « motifs importants ». Il est à noter que la subordination de la révocation à des « motifs importants » ne constitue qu'une illustration de l'aménagement conventionnel qu'il est possible d'apporter à la révocation, ce qui permet de distinguer le régime de révocation des membres du directoire des sociétés à directoire françaises et polonaises. Il est aussi loisible de prévoir des modalités de révocation distinctes pour les différents membres, en assurant une plus grande stabilité pour seulement certains d'entre eux.

Il est possible, dans les statuts de la société anonyme polonaise, de ne pas du tout se référer à de quelconques motifs importants et de prévoir, par exemple, que le dirigeant pourra être révoqué s'il ne détient plus un certain seuil de participation dans le capital de la société qu'il dirige ou lorsque l'activité de la société sur l'exercice écoulé a été déficitaire¹³³. Il est aussi possible d'apporter une limitation purement formelle à la révocation en exigeant un vote à la majorité qualifiée au lieu de la majorité simple qui est le principe¹³⁴.

Lorsque les associés ont choisi de restreindre la révocation à l'existence de motifs importants, cette limitation peut survenir sous la forme d'une clause générale se référant à l'existence de « motifs importants » ou bien sous la forme d'une liste énumérant des causes concrètes fondant la révocation. Si les associés ont choisi cette dernière option, la question qui se pose est de savoir si le dirigeant peut être révoqué en dehors des cas décrits dans la liste statutaire. La question revêt un intérêt lorsque, par exemple, un dirigeant a un comportement contraire aux intérêts de la société sans que son acte ne soit visé dans les statuts. Un auteur, P.

133. C. PODSIADLIK, "Instrumenty stabilizacji pozycji członków zarządu spółki kapitałowej", *Pr.Sp.* 2002, n°9, p. 8.

134. *Ibid.* p. 10.

Piniór, estime que le législateur n'a pas souhaité éteindre la possibilité de révoquer un dirigeant, dès lors que cette alternative n'a pas été consacrée *expressis verbis*, et qu'alors une telle liste ne pouvait être exhaustive et doit à ce titre n'avoir qu'une valeur indicative. Il serait donc toujours possible de révoquer un membre pour des « motifs importants ¹³⁵ ».

79. Comme en droit français, la loi n'a pas défini la notion de « motifs importants ». Un auteur, C. Podsiadlik, en a proposé une définition : « *il faut entendre par la notion de motifs importants [visé à l'article 370 § 2 du k.s.h.], les circonstances, dont l'existence de manière évidente justifie la révocation du membre du directoire, ces circonstances étant inconciliables avec l'exercice futur de ses fonctions dans la société* ¹³⁶ ». Le motif important est constitué comme en droit français lorsque le dirigeant a eu un comportement fautif (l'intéressé a manqué de diligence dans l'exercice de ses fonctions, il a mené une activité concurrentielle) ou en dehors de toute faute ¹³⁷. Ce deuxième aspect est plus large qu'en droit français puisque, mise à part la divergence de points de vue portant sur la politique sociale (le droit polonais admet à titre d'exemple que le conflit avec les associés ou que la perte de confiance des associés envers le dirigeant ¹³⁸ constitue un motif important), il est également possible de révoquer un dirigeant pour motif important lorsque l'intéressé est atteint d'une maladie l'empêchant d'exercer ses fonctions de membre du directoire ¹³⁹.
80. Il est important de noter que la décision de révocation ne pourra être contrôlée par le tribunal que si elle émane de l'assemblée générale des actionnaires. En effet, les dispositions du code des sociétés commerciales ne permettent que de contester les délibérations de l'assemblée générale ¹⁴⁰ et ce sur le fondement de l'article 422 § 1 (nullité relative – lorsque

135. P. PINIÓR, "Wygaśnięcie mandatu członka zarządu spółki kapitałowej", *Pr.Sp.* 2008, n° 7/8, p. 10.

136. "Przez pojęcie « ważny powód » [o którym mowa w art. 370 § 2 k.s.h.] należy rozumieć okoliczności, których zaistnienie w sposób oczywisty uzasadnia odwołanie członka zarządu, nie dają się one bowiem pogodzić z dalszym wykonywaniem przezeń obowiązków funkcjonariusza spółki", C. PODSIADLIK, "Instrumenty stabilizacji pozycji członków zarządu spółki kapitałowej", *op. cit.* p. 8.

137. S. KOCZUR, "Legitymacja odwołanych członków zarządu spółki kapitałowej do podważenia uchwały o odwołaniu z pełnionej funkcji", *PPH* 2004, n° 11, p. 13.

138. SN., 28 mai 1991, I CR 241/90 (non publié).

139. S. KOCZUR, "Legitymacja odwołanych członków zarządu spółki kapitałowej do podważenia uchwały o odwołaniu z pełnionej funkcji", *op. cit.* p. 13.

140. C. PODSIADLIK, "Instrumenty stabilizacji pozycji członków zarządu spółki kapitałowej", *op. cit.*, p. 12.

la décision est contraire à l'intérêt de la société ou qu'elle pour seul but de nuire à l'intéressé) ou 425 § 1 (nullité absolue – lorsque la décision est contraire à la loi). Une autre restriction est à prendre en compte. Le § 2 de l'article 422 (auquel renvoie l'article 425 § 1) dresse une liste des personnes pouvant intenter cette action et vise les organes et personnes liées à la société ¹⁴¹. Par conséquent, le contrôle d'une décision prononcée à l'égard d'un dirigeant révoqué qui n'est plus lié à la société a pendant longtemps fait l'objet de controverses en doctrine ¹⁴² et était refusé par les juges ¹⁴³. Dans un premier temps, le juge a alors admis ce contrôle à l'égard de l'ancien dirigeant actionnaire de la société ¹⁴⁴. Une décision du 13 février 2004 vient finalement consacrer ce contrôle à l'égard d'un ancien membre du conseil de surveillance non actionnaire et subordonne celui-ci à la condition que la délibération litigieuse concerne l'appelant personnellement ¹⁴⁵. Cependant, tout intéressé peut intenter une action visant à déclarer l'inexistence d'un acte, peu importe son auteur (organe ou personne) (art. 189 k.p.c.). Le tribunal fera droit à une telle demande si, par exemple, la décision a été prise par un organe qui n'était pas compétent pour prononcer la révocation ou par l'organe compétent sans que les conditions de majorité ou de quorum aient été respectées ¹⁴⁶.

81. Si les statuts ne subordonnent pas la révocation à l'existence de motifs importants, celle-ci peut intervenir sans justification. L'intéressé doit à l'instar du droit français être informé de cette mesure. Cependant, bien que l'organe compétent n'ait pas à justifier de manière formelle sa décision, il doit à la différence du droit français néanmoins exposer les raisons qui ont fondé sa décision et les communiquer au dirigeant révoqué ¹⁴⁷.

Lorsque la révocation est limitée dans les statuts, sa régularité (et donc son efficacité) est susceptible d'être contestée dans deux cas de figure. Tel est le cas, d'une part, si elle est intervenue en l'absence des causes de révocation décrites dans les statuts ou qu'elle ne se fonde pas sur l'exis-

141. Le directoire, le conseil de surveillance et leurs membres ainsi que les actionnaires sous certaines conditions.

142. S. KOCZUR, "Legitymacja odwołanych członków zarządu spółki kapitałowej do podważenia uchwały o odwołaniu z pełnionej funkcji", op. cit. p. 10 et s.

143. SN., 14 juill. 1994, akt I CRN 75/94 (non publié) ; SN., 31 janv. 1997 akt II CKN 68/96 (non publié).

144. S.ap., 4 août 1997, I Aca 405/97, *Pr. Gosp.* 1997, n° 12, p. 51.

145. SN., 13 fév. 2004, akt II CK 438/02 (non publié).

146. C. PODSIADLIK, "Instrumenty stabilizacji pozycji członków zarządu spółki kapitałowej", op. cit., p. 13.

147. R. CZERNIAWSKI, *Zarząd spółki akcyjnej*, op.cit., p. 241.

tence de motifs importants. D'autre part, la régularité de la décision de révocation peut être contestée lorsque les raisons de la révocation n'ont pas été exposées dans l'acte de révocation. D'après un arrêt de la Cour Suprême de Pologne du 17 février 2004 relatif à la révocation d'un dirigeant de SARL (dont la solution est transposable à la société anonyme), lorsque la décision de révocation est contraire à la loi ou aux dispositions internes de la société, celle-ci produit des effets restreints : l'intéressé perd sa qualité de représentant légal mais demeure membre de l'organe de direction. Il retrouve sa qualité de représentant légal lorsque la décision est déclarée irrégulière en vertu d'un arrêt du tribunal de commerce ¹⁴⁸. De plus, la société sera débitrice d'une obligation de réparer le préjudice subi par l'intéressé. Cette solution contraste avec le régime de la révocation pour juste motif du droit français dans lequel son défaut ne permet jamais de réintégrer le dirigeant révoqué dans ses fonctions mais lui donne seulement droit à réparation.

82. Deux situations particulières compliquent encore la révocation du membre du directoire dans la société anonyme polonaise. Comme on l'a vu, une personne physique peut se voir doter d'un droit personnel de siéger au directoire, soit en vertu des statuts, soit en vertu de ce qu'on appelle les « actions dorées ». Lorsqu'une personne physique est nommément désignée dans les statuts, sa révocation commande la modification des statuts. L'article 415 § 3 du k.s.h. dispose que la modification d'une clause statutaire visant à supprimer ou limiter les droits reconnus personnellement aux associés nécessite l'accord des personnes concernées par ce changement. Or, il est peu probable qu'un dirigeant accepte que soit supprimé son droit de siéger au directoire. Certains auteurs estiment que ces mécanismes qui permettent de doter une personne d'un droit personnel de siéger au directoire sont contraires à la nature de la société anonyme et condamnent cette pratique car ces instruments s'opposent au droit des associés de révoquer librement les dirigeants ainsi qu'au principe de cadence du directoire posé aux articles 369 § 1 et 386 du k.s.h. ¹⁴⁹. L'irrévocabilité de fait d'un dirigeant peut aussi résulter indirectement de l'attribution d'un droit personnel à une personne juridique (associé ou tiers par rapport à la société), toujours en vertu des statuts ou d'une action dorée, de désigner un ou plusieurs membres du directoire car

148. SN., 17 fév. 2004, I PK 305/03, OSNP 2004/24/421, note R. PABIS, *Mon. Praw.* 2005, n° 11, p. 22.

149. C. PODSIADLIK, "Instrumenty stabilizacji pozycji członków zarządu spółki kapitałowej", *op. cit.*, p. 10 ; *contra* : J.P. NAWORSKI, "Odwoływanie członków rad nadzorczych (i zarządów) spółek kapitałowych", *Pr. Sp.* 2003, n° 4, p. 7.

ce droit pourra être exercé sans tenir compte de la volonté des actionnaires et notamment être utilisé afin de ré-instituer les dirigeants qui ont pourtant été révoqués par le conseil de surveillance ou l'assemblée générale ¹⁵⁰.

Il est enfin possible de désigner nommément certains associés à un siège honorifique inconditionnel au directoire. Les membres honorifiques du directoire n'ont pas les attributions de dirigeant (limite qui n'a toutefois de signification que dans les rapports internes) et à l'égard desquels la révocation pour motifs importants ne semble pouvoir être prononcée ¹⁵¹.

83. C'est en fait récemment que le droit polonais a choisi de permettre aux associés de limiter la liberté de révocation des dirigeants et que la différence avec le droit français en la matière s'est accentuée. En effet, lorsque les dispositions du code de commerce s'appliquaient, c'est-à-dire jusqu'à l'entrée en vigueur du k.s.h. en l'an 2000, le principe de la libre révocation des dirigeants revêtait un caractère impératif ¹⁵². La possibilité d'aménager la liberté de révocation et notamment de la subordonner à l'existence de motifs importants a été introduite avec le code des sociétés commerciales. Aussi, l'ancien article 367 § 1 du k.h ¹⁵³ fixait la durée des fonctions des premiers dirigeants de la société à 2 ans et à 3 ans pour les membres du directoire des cadences postérieures. L'évolution législative serait justifiée par le souhait du législateur de stabiliser les fonctions des dirigeants afin de leur permettre de prendre des décisions peu populaires dans la vision d'une stratégie à long-terme ¹⁵⁴.

b) La mise en œuvre du droit de révocation

84. La révocation est l'une des causes d'extinction du mandat social. L'ancien dirigeant perd tous les droits découlant de la fonction antérieurement occupée, ainsi que les obligations qui y étaient attachées (obligation de loyauté, de non-concurrence, secret professionnel...) à moins que le maintien de ces obligations postérieurement à l'extinction du mandat ne résulte de lois spéciales ou d'un contrat.

150. C. PODSIADLIK, "Instrumenty stabilizacji pozycji członków zarządu spółki kapitałowej", op. cit., p. 10.

151. R. SZCZĘSNY, *Zarząd w spółkach kapitałowych*, op. cit. p. 65.

152. C. PODSIADLIK, "Instrumenty stabilizacji pozycji członków zarządu spółki kapitałowej", op. cit., p. 17 (note n°7).

153. *Kodeks handlowy*.

154. A. NOWICKA et S. SOLTYŃSKI, "Okres urzędowania a czas trwania mandatu członków zarządu spółek kapitałowych", op. cit. p. 3.

Il existe deux réserves en droit polonais prévues à l'article 370 § 3 du k.s.h. Cet article prévoit d'une part que le membre du directoire révoqué a « *le droit et l'obligation de fournir des explications au cours de la préparation du rapport du directoire, et du rapport financier couvrant la période durant laquelle il a exercé les fonctions de membre du directoire* »¹⁵⁵. Le membre révoqué doit également, en vertu de l'article 52, al. 2 de la loi comptable du 29 septembre 1994, signer ces actes¹⁵⁶. D'autre part, il a le droit, s'il en a fait la demande par écrit au directoire au plus tard une semaine avant la tenue de l'assemblée générale (art. 395 § 3 k.s.h.), de « *participer à l'assemblée générale des actionnaires approuvant les rapports visés à l'article 395 § 2 point 1, sauf disposition contraire de l'acte de révocation* »¹⁵⁷. L'article 395 § 2 vise entre autre le rapport du directoire sur l'activité de la société, le rapport financier portant sur l'exercice écoulé et le quitus (l'« *absolutorium* ») des dirigeants.

85. La révocation prend effet à l'instant où elle est prononcée (et plus précisément au moment de la clôture des délibérations lorsqu'un organe collégial est compétent pour la prononcer) à moins que l'acte de révocation ne dispose autrement (afin par exemple de prendre des mesures en temps utile pour remplacer le siège vacant). La révocation est un acte constitutif. Sa publication n'a qu'un effet déclaratoire¹⁵⁸ mais est une condition d'opposabilité aux tiers.

86. Cependant, la révocation des fonctions de direction n'a pas d'effet sur tout autre rapport de droit existant en vertu d'un contrat passé avec la société (art. 370 § 1 du k.s.h.), tel un contrat de travail, en raison du principe d'indépendance des rapports juridiques. Et ce, même si ledit contrat touchait précisément à l'exercice des fonctions de membre du directoire. On retrouve le principe général de l'autonomie du contrat de travail par rapport au mandat social en droit français. Cette règle a été consacrée dans un article relativement aux membres du directoire (art. L. 225-61, al. 2) qui dispose que lorsque le membre du directoire a conclu avec la société un contrat de travail, la révocation de ses fonctions sociales ne met pas fin à ce contrat, lequel obéit à ses propres causes d'extinction. La même solution s'applique bien entendu aux dirigeants de société anonyme à

155. Traduction proposée par : A. CHRABOŁOWSKI, *Kodeks spółek handlowych - Code des sociétés commerciales (wersja polsko-francuska)*, op. cit. p. 283 (art. 370 § 3).

156. *Art. 52 ust. 2 ustawy o rachunkowości z dnia 29 września 1994 r.*

157. Traduction proposée par : A. CHRABOŁOWSKI, *Kodeks spółek handlowych - Code des sociétés commerciales (wersja polsko-francuska)*, op. cit. p. 283 (art. 370 § 3).

158. SA., Katowice, 15 mai 1999, I Aca 818/98, *Pr. Gosp* 2000, n°5 p. 53 ; OSA 1/2001/2.

conseil d'administration¹⁵⁹.

Le principe de l'interdépendance des rapports juridiques a pu céder en droit français devant l'imbrication des fonctions sociales et salariées. Certaines décisions ont considéré que dans un tel cas de figure, la révocation du mandat social fondait un licenciement parallèle¹⁶⁰. En droit polonais, le principe d'indépendance signifie simplement que la révocation des fonctions de direction n'entraîne pas la rupture de plein droit du contrat de travail. Cependant, la révocation constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement lorsque le contrat de travail a pour objet exclusif l'exercice de fonctions sociales ainsi que l'a jugé la Cour Suprême dans un arrêt mettant en cause la révocation du président du directoire de cet organe suivie de la rupture de son contrat de travail¹⁶¹.

87. L'article 368 § 4 du k.s.h. confère au conseil de surveillance la compétence de révoquer les membres du directoire à moins que les statuts n'en disposent autrement. Les statuts peuvent soit désigner un autre organe compétent soit créer, au profit d'un actionnaire, ou groupe d'actionnaires, ou d'un tiers, un droit personnel consacrant une telle prérogative. Dans le silence des statuts et sous réserve des dispositions de lois spéciales en la matière, le droit polonais applique la théorie du miroir (« *zasada lustra* ») soit le parallélisme des formes qu'on retrouve en droit français, qui veut que l'organe compétent pour nommer soit de manière parallèle l'organe compétent pour révoquer¹⁶².

Aussi, le législateur consacre à l'article 368 § 4 al 2 du k.s.h. une compétence impérative de l'assemblée générale à révoquer les membres du directoire, qu'il n'est pas possible de lui soustraire, quelles que soient les dispositions des statuts relatives à la révocation ou à l'entité compétente pour nommer les directeurs¹⁶³. Dans la société anonyme à directoire française, les membres du directoire sont également révoqués par l'assemblée générale. Les statuts peuvent seulement prévoir la compétence complémentaire du conseil de surveillance (art. L. 225-61, al. 1).

88. La loi est restée silencieuse sur les conditions de la révocation du pré-

159. Soc., 14 juin 2000 n° 97-45.852, *Bull. Joly* 2000, p. 950, note G. AUZERO, *JCP E* 2001, p. 138, note C. PUIGELIER, *RjDA* 12/00 n° 1098 (au sujet de la révocation d'un directeur général de société anonyme salarié).

160. Paris, 24 nov. 1981, *DONNY c/ STÉ SAPAP*, *D.* 1982, I.R., p. 225.

161. SN., 25 nov. 1997, I PKN 388/97 ; *OSNAP* 1998/18/540.

162. M. TRZEBIATOWSKI, "Zasada "lustra" i inne problemy odwoływania członków organu spółki kapitałowej (na tle prawnoporównawczym)", *Pr.Sp.* 2006 n°1/2, p. 4 ; P. PINIOR, "Wygąsnięcie mandatu członka zarządu spółki kapitałowej", *op. cit.* p. 9.

163. S.ap., Lublin, 4 mai 1994, I ACr 108/94, *Pr. Gosp.* 1995 n° 8, p. 29.

sident du directoire en France. La jurisprudence admet le parallélisme des formes qui revient à admettre que le conseil de surveillance soit compétent pour retirer au membre du directoire la présidence qu'il lui a octroyée¹⁶⁴, à la condition que son mandat de membre du directoire soit conservé, et ce même si les statuts n'ont pas donné compétence au conseil de surveillance pour révoquer les membres du directoire. La controverse porte cependant sur la question de savoir si cette révocation doit être justifiée¹⁶⁵ ou s'il s'agit d'une révocation *ad nutum*. Lorsque les statuts donnent compétence au conseil de surveillance pour le révoquer à tout moment, une justification ne doit pas être imposée¹⁶⁶, et ce même dans le silence des statuts dès lors que le juste motif mentionné par l'article L. 225-61, al 1 ne porte pas sur la qualité de président mais de membre du directoire¹⁶⁷. La compétence de révocation du conseil de surveillance serait également retenue à l'égard des directeurs généraux suite à quoi ces derniers retrouveraient leurs simples fonctions de membre du directoire.

89. Quant aux dirigeants de société anonyme à conseil d'administration, la compétence de révocation est attribuée au conseil d'administration à l'égard du directeur général (art. L. 225-55, al. 1), des directeurs généraux délégués (mais seulement sur proposition du directeur général, *ibid.*), et de son président (art. L. 225-47, al. 3). On constate que la révocation des directeurs généraux délégués est plus complexe que celle des autres organes de direction de cette société, car elle intervient en deux temps (proposition puis révocation). Ensuite, il convient de noter que, si le directeur général venait à refuser la révocation voulue par le conseil d'administration, ce dernier pourrait passer outre cette opposition mais au prix de la révocation du directeur général lui-même. Ces directeurs généraux délégués sont en principe maintenus en fonction au moins jusqu'à la nomination d'un nouveau directeur général afin d'assurer une certaine continuité dans la direction de la société. Ce dernier ne pouvant se voir imposer les choix effectués par son prédécesseur, il pourra librement décider de reconduire leurs fonctions ou au contraire les remercier, sans que ceux-ci ne puissent prétendre à une indemnité sur

164. Douai, 7 juin 1976, *Rev. Soc.* 1977, p. 266, note J.-J. BURST ; *D.* 1977, p. 518, note J.-C. BOUSQUET ; *RTD com.* 1977, p. 548, obs. R. HOUIN.

165. Dans ce sens : Douai, 7 juin 1976 précité.

166. Paris, 3^e ch. C, 10 déc. 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 313, note P. LE CANNU, *BRDA* 2000, n° 4, p. 4, *RJDA* 2000, n° 296, *JCP E* 2000, p. 798, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

167. Versailles, 12^e ch., sect. 2, 17 mars 2005, n° 03-8369 ; *BRDA* 2005, n° 18, p. 2 ; *Bull. Joly* 2005, p. 1264, note P. LE CANNU ; *RJDA* 2005, n° 1361.

ce fondement car il ne s'agit pas d'un juste motif¹⁶⁸. Postérieurement à la révocation du directeur général, le conseil d'administration peut cependant d'ores et déjà s'opposer au maintien et mettre fin à leurs fonctions (art. L. 225-55, al. 2). Il peut inversement arriver que le directeur général propose de révoquer un directeur général délégué et se heurte au refus du conseil d'administration. Dans ce cas de figure, le directeur général est lié par la décision du conseil d'administration. Relativement au P-DG, ce dernier peut se voir démunir de sa qualité de président de manière indirecte, par l'assemblée générale, lorsque celle-ci le révoque de son mandat d'administrateur ce qui par ricochet a pour effet de le révoquer de ses fonctions de Président.

90. La décision de révoquer un membre du directoire doit avoir été inscrite dans l'ordre du jour de l'assemblée générale en droit polonais¹⁶⁹ contrairement au droit français en vertu de la théorie des « incidents de séances », dès lors que les intéressés ont été mis en mesure de s'expliquer. La révocation peut être prononcée sans avoir été mentionné dans l'ordre du jour par exemple à la suite d'incidents graves et imprévus ou lorsque cette mesure résulte implicitement des questions à l'ordre du jour, comme par exemple l'examen de « l'avenir de la société qui a perdu la moitié de son capital social¹⁷⁰ ». On retrouve une solution identique à l'égard des organes de direction de la société anonyme à conseil d'administration¹⁷¹.

168. Com. 14 fév. 1977, *Bull. civ.* IV n° 44 ; Com. 13 janv. 1998, *RJDA* 6/98 n° 740.

169. SN., 22 mars 2000, I CKN 450/98, *OSNC* 2000/9/170, note M. LITWIŃSKA, *PPH* 2000 n°10, p. 49 ; S.Ap. Varsovie, 17 déc. 1997, I ACa 869/97, *Pr.Gosp.* 1998 n° 5 p. 44.

170. Paris, 25^e ch. A, 17 janv. 2003 n° 02-3317, *RJDA* 6/03 n° 606, *BRDA* 2003, no 8, p. 3.

171. Paris, 3^e ch. C, 12 avr. 2002, *RJDA* 2002, n°1033 et Com., 18 févr. 2004, n° 00-17.659, *RJDA* 2004, n° 820 au sujet de la révocation d'un directeur général au cours d'un conseil d'administration sans que la question de sa révocation n'ait été mise à l'ordre du jour.

Chapitre II

Les rapports entre le mandat social, construction du droit commercial, et les droits du travail et civil

A Le mandat social, cadre juridique normal mais non exclusif de l'exercice des fonctions de direction

91. L'exercice des fonctions de direction met en œuvre un pouvoir considérable dans la société. L'étendue de ce pouvoir varie en tout état de cause au regard de situations de fait, notamment la taille de l'entreprise, l'alliance de la propriété de la société à l'exercice des fonctions de direction ou leur séparation. Quelle que soit la réalité du pouvoir, le législateur met en place certaines limites légales et permet également aux associés d'en convenir. Ces restrictions ont cependant une portée pratique limitée dans les sociétés de capitaux (1). En droit français, l'exercice d'un mandat social se caractérise entre autres par l'absence de lien de subordination, conséquence logique de l'indépendance et de l'autonomie dont les dirigeants sociaux disposent (et doivent disposer ; une action dirigeante perpétuellement contrecarrée ne peut qu'être inefficace). Le lien de subordination est un critère qui permet de distinguer l'exécution de fonctions techniques et sociales (contrat de travail et mandat social). Cette proposition est moins vraie en droit polonais. C'est pourquoi le cumul de fonctions sociales et salariées ainsi que le concept de « dirigeant

salarié » ne se recouvrent qu'exceptionnellement dans les deux droits (2).

A.1 L'étendue des pouvoirs des organes de direction

92. Le rôle des dirigeants est de promouvoir la bonne image de la société, de renforcer sa position sur le marché, d'accroître ses bénéfices ou de limiter les pertes dans les périodes difficiles. Dans ce sens, l'action dirigeante se matérialise aussi bien dans le fonctionnement interne de la société que dans sa vie extérieure (dans le commerce) (a). L'action dirigeante connaît un certain nombre de limites pour deux raisons au moins. La première tient à ce que, souvent, les intérêts des personnes dirigeantes et ceux des apporteurs de capitaux divergent. La volonté des actionnaires ainsi que ses intérêts doivent pouvoir être préservés. C'est l'intérêt de la société qui doit ensuite être protégé, et son interprétation ne peut être laissée à la seule discrétion des dirigeants. Ces limites, d'origines légales et conventionnelles qu'on rencontre dans toute forme de société se déclinent différemment dans les sociétés de capitaux qui sont des sociétés à risque limité. Les associés voyant leur responsabilité limitée à celle de leurs apports, la sécurité des transactions prévaut sur l'impératif pour eux de se protéger contre les démesures des dirigeants (b).

a) La double nature des fonctions de direction

93. L'exercice des fonctions de direction se décline en deux activités principales. La direction de la société *stricto sensu* renvoie d'abord à un pouvoir de décision. L'organe compétent prend des décisions relativement à la gestion ou à l'administration de l'entreprise. Il s'agit de l'aspect interne de la direction. La deuxième activité est la représentation de la société. On distingue la représentation interne et externe. La première vise « *les techniques utilisées au sein des sociétés afin d'améliorer leur fonctionnement interne*¹ » (principalement le mandat de vote et la délégation de pouvoir²). Seule la seconde, qui s'entend comme la « *représentation de la personne morale à l'égard des tiers*³ », retiendra notre attention. Les aspects interne et externe de la direction sont liés, dans la mesure où l'acte de représentation est la mise en œuvre ou la mise à exécution

1. H. MOUBSIT, *La représentation en droit des sociétés*, L'Harmattan, 2013, p. 12.

2. *Ibid.* p. 20.

3. *Ibid.* p. 12.

d'une décision adoptée par l'organe compétent, c'est-à-dire par l'organe investi du pouvoir de décision.

94. La représentation de la société à l'égard des tiers est assurée par son ou ses représentants légaux, c'est-à-dire par les personnes compétentes pour agir en son nom et pour son compte. La qualité de dirigeant social n'implique pas forcément celle de représentant légal. On distingue les organes internes de la société de ses organes externes (les représentants légaux), certains organes cumulant ces deux qualités. En droit français, le législateur a prévu un nombre restreint d'organes susceptibles d'engager la société mais laisse aux associés une certaine liberté pour étendre cette compétence à d'autres personnes.
95. Dans la SA polonaise, le directoire est chargé de la conduite générale des affaires de la société (art. 371 du k.s.h.). La doctrine polonaise décrit cette compétence de manière négative : elle englobe le droit d'adopter des décisions dans tous les domaines liés au fonctionnement de la société et sans rapport avec la représentation de celle-ci, dès lors que l'acte en cause ne rentre pas dans le champ légal de compétence d'un autre organe de la société. Aussi, à défaut de disposition législative, le directoire est présumé compétent pour accomplir tous les actes qui n'ont pas été expressément attribués à un autre organe en vertu de la loi ou de disposition interne⁴. La conduite des affaires de la société s'exerce collégalement dans le cadre d'un directoire pluripersonnel (article 371 § 1 du k.s.h.).
96. Quid de la mise en œuvre des décisions adoptées collégalement par le directoire ? L'article 372 § 1 du k.s.h. dispose que « *le droit de chaque membre du directoire (...) de représenter la société s'étend à tous les actes de la société par-devant et en dehors des tribunaux*⁵ ». L'article 373 § 1 précise que lorsque le directoire est pluripersonnel, les modalités de représentation de la société sont déterminées dans les statuts. Dans leur silence, les actes de représentation accomplis au nom de la société doivent réunir l'action conjointe d'au moins deux membres du directoire ou d'un membre du directoire et d'un fondé de pouvoir (ibid.).
97. En France, le directoire est investi des « *pouvoirs les plus étendus pour*

4. M. MAREK (dir.), A. KIDYBA (dir.), *Spółka akcyjna*, op. cit., p. 293.

5. « *Prawo członka zarządu do reprezentowania spółki dotyczy wszystkich czynności sądowych i pozasądowych spółki* », traduction proposée par : A. CHRABOŁOWSKI, *Kodeks spółek handlowych - Code des sociétés commerciales (wersja polsko-francuska)*, op. cit. p. 285 (art. 372 § 1).

agir en toutes circonstances au nom de la société » (art. L 225-64, al. 1 C.com), à l'instar du directeur général (art. L 225-56, I C.com) et du président du conseil d'administration lorsque celui-ci cumule la présidence du conseil d'administration avec la direction générale de la société. L'article L. 225-51 du C.com confie au conseil d'administration le choix des modalités d'exercice de la direction générale. Cet article précise que que « *lorsque la direction générale de la société est assumée par le président du conseil d'administration, les dispositions (...) relatives au directeur général lui sont applicables* »

98. La formule utilisée par le législateur pour déterminer l'étendue des pouvoirs de ces organes de direction est ambiguë car elle utilise l'expression « au nom de la société », ce qui semble faire référence au pouvoir de représentation. Néanmoins, cette interprétation serait erronée. A l'article L 225-56 C.com , le législateur a prévu au premier alinéa que le directeur général de la société anonyme de type classique est investi des « *pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société* » et au second qu'il « représente la société dans ses rapports avec les tiers ». La doctrine estime que l'alinéa 2 ne peut être regardé comme une simple réitération de l'alinéa 1 et qu'il s'agit de voir dans l'article L 225-56 C.com une consécration de deux pouvoirs distincts⁶. L'alinéa 1 viserait à cet égard le pouvoir, pour le directeur général, « *de prendre des initiatives et des décisions pour le compte de la société, en vue de la réalisation de l'objet social* »⁷.

La formule des « *pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société* » doit être comprise comme fondant le pouvoir de décision de ces organes (directeur général, P-DG, directoire), qui est en principe exercé de manière autonome et indépendante. Ces organes peuvent en principe prendre seuls toutes les décisions nécessaires à la vie sociale, qu'il soit question de la gestion courante (donner des ordres aux salariés) ou ponctuelle (organiser les différents services de la société, envisager la fabrication de nouveaux produits⁸), ainsi que le sous-tend l'expression « agir en toute circonstance » des articles art. L 225-64, al. 1 C.com et L 225-56, I C.com.

99. Cette interprétation est conforme à la répartition des pouvoirs de direction interne et de représentation dans la société anonyme nouvelle en France. En effet, la loi attribue le pouvoir de représentation générale de

6. H. MOUBSIT, *La représentation en droit des sociétés*, op. cit., p. 117.

7. H. MOUBSIT, *La représentation en droit des sociétés*, op. cit., p. 118.

8. *Documentation pratique, série "Dirigeants"*, op.cit., n°1885.

la société dans ses rapports avec les tiers au seul président du directoire (article L. 225-66, al 1), ce qui exclut à nouveau l'interprétation selon laquelle le directoire, doté des « *pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société* », serait ainsi investi d'un pouvoir de représentation. Ce dernier est une compétence individuelle et propre du président du directoire. Le législateur polonais a fait un choix différent puisque l'article 372 §1 du k.s.h. confère, en fonction des stipulations statutaires, un pouvoir conjoint ou individuel à l'ensemble des membres du directoire.

100. Les pouvoirs de représentation de la société dans la société anonyme de type classique sont également concentrés sur une seule tête. Il s'agit, dans la SA moniste, où les fonctions de président et de directeur général sont séparées, du directeur général (article L. 225-56-II C.com) depuis que le président a perdu ce pouvoir de représentation de la société à l'égard des tiers, dont il était investi depuis la loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, du fait de la nouvelle répartition des fonctions réalisée par la loi NRE du 15 mai 2001. Il faut cependant mentionner l'existence de textes dans le code de commerce qui réservent l'exercice de diverses prérogatives de représentation de la société au président du conseil d'administration⁹. Lorsque ces fonctions sont réunies, le président-directeur-général récupère les compétences du directeur général et devient le représentant légal de la société (L. 225-51-1).
101. Le cercle restreint de personnes compétentes, en droit français, pour représenter la société à l'égard des tiers peut être élargi dans les deux formes de société anonyme. Les statuts peuvent habiliter le conseil de surveillance à attribuer le pouvoir de représentation à un ou plusieurs membres du directoire, voire même à son ensemble¹⁰. Ces derniers revêtent alors le titre de directeurs généraux et ont un pouvoir de représentation identique à celui du président (L. 225-66, al 2 C.com). Les décisions du directoire sont donc mises en œuvre par son président, qui représente l'organe, mais aussi, le cas échéant, par les directeurs généraux. Dans la société anonyme de type classique, les directeurs généraux délégués ont, dans l'ordre interne, pour mission d'assister le directeur général (ou

9. Par ex. art. L. 225-101 du C.com : un commissaire doit être nommé en justice à la demande du président du conseil, lorsque la société achète à un actionnaire un bien dont la valeur est au moins égale au dixième du capital social dans les deux années suivant son immatriculation, afin d'évaluer ce bien ; art L. 225-229 du C.com : le président du conseil doit être appelé lors de la demande en justice formée par un actionnaire visant à faire nommer un commissaire aux comptes lorsque l'assemblée générale a omis d'en élire un.

10. Rép.Min. JOAN 8 mai 1975.

P-DG), et voient l'étendue de leurs pouvoirs définie par le conseil avec l'accord du directeur général. Cependant, dans l'ordre externe, ils « *disposent à l'égard des tiers des mêmes pouvoirs que le directeur général* » (art. L. 225-56, II, C.com).

102. Ainsi que le fait remarquer la doctrine, « *Le nouvel homme fort de la S.A est le directeur général. Ce dernier, personne physique, constitue à lui seul l'organe exécutif de la société, chargé à la fois de la diriger et de la représenter* ¹¹ ». Ce dernier se voit en effet habilité à engager la société à l'égard des tiers sur le fondement de décisions qu'il a adoptées seul, à la différence du président du directoire de la société anonyme française de type dual dont les actes de représentation tirent leur source dans les décisions du directoire, organe collégial.

103. Le président du directoire de la SA polonaise et son homologue français n'ont ni le même statut ni le même rôle. Le président du directoire est un organe légal. En Pologne, il s'agit d'un organe statutaire. Dans les deux droits, il constitue une exception au principe d'égalité des droits des membres du directoire, qui est beaucoup plus marqué en droit français qu'en droit polonais.

Le président du directoire en Pologne ne remplit en principe que des attributions de nature administrative. Son seul pouvoir, s'il est désigné, résulte de ce qu'il dirige et organise les réunions du directoire, les délibérations qui s'y tiennent et qu'il représente le directoire vis à vis des autres organes sociaux : l'assemblée générale et le conseil de surveillance. L'article 371 § 2 du k.s.h. dispose qu'il est possible de prévoir dans les statuts qu'en cas de partage des voix, sa voix soit prépondérante. L'article 409 § 1 dispose que, dans le silence des statuts, c'est le président du conseil de surveillance qui ouvre l'assemblée générale, ou à défaut le président du directoire. Le code de commerce ne mentionne donc qu'à deux reprises cet organe et le dote à chaque fois de pouvoirs facultatifs, qu'il est simplement possible de consacrer dans les statuts. On dit qu'il est *primus inter pares* ¹². Il n'y a pas de lien hiérarchique entre lui et les autres membres. Il a les mêmes droits et obligations que ses pairs tandis qu'en France, il constitue l'unique représentant légal de la société (à moins que soient nommés des directeurs généraux).

Cependant, son pouvoir est susceptible d'être consolidé dans les statuts,

11. S. VENDEUIL, "Nouvelles régulations économiques et dissociation des fonctions de président du conseil et de directeur général", *JCP E* 2001, p. 1315.

12. A. KIDYBA, *Komentarz aktualizowany do art. 301-633 Kodeksu spółek handlowych*, op. cit. art. 371, n° 1 et 2, p. 311.

notamment en dotant le président du pouvoir de représenter individuellement la société, à l'instar du président du directoire du droit français, sans pouvoir toutefois éteindre le pouvoir de représentation des autres membres du directoire (dans les rapports externes).

104. La répartition légale des pouvoirs entre les différents organes revêt un caractère impératif dans les deux droits. En France, cette règle est l'une des conséquences du principe, déjà évoqué, d'organisation hiérarchique de la société anonyme. Les autres organes de la société ne peuvent empiéter sur les compétences légales de l'organe de direction. Cela signifie que les associés ne peuvent ôter à cet organe les pouvoirs qu'il tient de la loi. Les associés ne peuvent par exemple confier une compétence légale du directoire à un autre organe social ou statutaire sur le fondement des statuts.

La seconde conséquence de ce principe est que les autres organes de la société ne peuvent lier l'organe de direction dans les décisions qui relèvent de sa compétence. Ils ne peuvent s'ingérer dans la sphère attribuée de manière exclusive à la compétence de l'organe de direction donné. C'est pourquoi par exemple, le refus du directoire de se conformer aux recommandations du conseil de surveillance ou de l'assemblée générale ne peut en aucun cas justifier la mise en œuvre d'une procédure de sanction disciplinaire de ses membres¹³ et la régularité de sa décision ne peut être contestée sur ce fondement. Il n'est pas interdit aux autres organes de la société d'exprimer leurs divergences sur la politique sociale adoptée par les dirigeants, mais ces déclarations sont cantonnées à une valeur strictement informative.

b) Les limites légales et conventionnelles

105. En droit français et polonais, le législateur réserve le pouvoir de décision, relativement à l'accomplissement de certaines opérations, aux autres organes sociaux : l'assemblée générale, le conseil de surveillance ou le conseil d'administration. Ces pouvoirs relèvent de leur compétence exclusive. Par exemple, c'est l'assemblée générale qui a la compétence, dans le cadre d'une assemblée générale ordinaire, d'approuver les comptes et décider de l'affectation du résultat et, notamment, de la distribution des bénéfices. Dans le cadre d'une assemblée générale extraordinaire, les associés peuvent se prononcer sur toute décision impliquant une modification des statuts.

13. M. MAREK (dir.), A. KIDYBA (dir.), *Spółka akcyjna*, op. cit., p. 294.

106. L'organe de direction devra exécuter la décision adoptée par l'organe doté du pouvoir de décision ou solliciter son autorisation pour pouvoir l'exécuter. L'organe de direction intervient en tant qu'organe exécutif, mais uniquement là où la loi a clairement investi d'autres organes sociaux d'une attribution relevant de la direction de la société. Par exemple, dans les sociétés anonymes françaises, la constitution de sûretés ainsi que les cautions, avals et garanties consentis par les représentants légaux afin de garantir les engagements des tiers doivent être autorisés par le conseil d'administration dans la structure moniste (C. com., art. L. 225-35) et le conseil de surveillance dans la structure dualiste (L. 225-68 al. 2 et art. R. 225-53). Le conseil de surveillance est encore compétent pour autoriser la cession d'immeubles par nature, la cession totale ou partielle de participations (ibid.).

Les restrictions légales sont opposables aux tiers dans les deux formes de sociétés. En droit français, l'acte passé en contravention des restrictions légales aux pouvoirs des dirigeants sociaux reste valable¹⁴ tandis qu'en droit polonais un tel acte est non seulement inopposable mais en plus frappé de nullité (article 17 § 1 du k.s.h.). Il existe une atténuation. En effet, l'autorisation des organes compétents peut intervenir après la passation de l'acte, mais pas au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où il est intervenu. Lorsque l'autorisation intervient postérieurement, elle a un effet rétroactif et est réputée être intervenue de manière concomitante à l'acte.

107. En droit polonais, le pouvoir de représentation des membres du directoire connaît deux exceptions. Le pouvoir de représentation change de main en cas de conflit entre le dirigeant et la société (article 379 § 1 et 426 § 1 et 2 du k.s.h.) et dans le cadre d'un contrat conclu entre la société et le dirigeant (article 379 § 1 k.s.h.). Ces exceptions à l'article 372 § 1 visent à prévenir les conflits d'intérêts entre un dirigeant et la société : la société est représentée soit par le conseil de surveillance, soit par un fondé de pouvoir désigné par une résolution de l'assemblée générale. Le droit français propose une autre solution pour prévenir les conflits d'intérêts dans le cadre des contrats conclus entre un dirigeant et la société qu'il dirige. Le législateur organise une hiérarchie entre les contrats concernant personnellement les dirigeants en fonction de leur nature et de leur gravité. Il distingue les conventions libres (portant sur les opérations courantes, conclues à des conditions normales), les conventions qui doivent faire l'objet d'une procédure de contrôle (le conseil de sur-

14. *Documentation pratique, série "Dirigeants"*, op. cit., n°316.

veillance et le conseil d'administration doivent statuer sur l'autorisation préalablement à la convention qui devra ensuite être soumise à l'approbation de l'assemblée générale) et les conventions qui au regard de leur gravité, sont purement et simplement interdites (notamment les conventions liées au crédit).

108. En droit français, les dirigeants ont l'obligation d'agir conformément à l'objet social, c'est-à-dire conformément à l'activité de la société telle que décrite dans les statuts (L 225-56 – I, al 2 et -64, al 1 C.com relativement au directeur général et au directoire). Les actions des organes de direction ne peuvent excéder ou compromettre la poursuite de l'objet social. Le dirigeant qui passe un acte qui n'est pas conforme à l'objet social engage sa responsabilité personnelle à l'égard des associés. Ces derniers peuvent annuler sa décision tant qu'elle n'a pas eu d'effets dans les rapports externes.

La non-conformité à l'objet social des actes passés par les représentants légaux dans les sociétés anonymes sont inopposables aux tiers. La société se trouve engagée (L 225-56 – I, al 2 C.com relativement au directeur général, C. com., art. L. 225-64 relativement au directoire). Dans les sociétés de capitaux, le dépassement de l'objet social est sans conséquences à l'égard des tiers de bonne foi. Le cocontractant est réputé de mauvaise foi lorsqu'il sait que l'acte en cause n'est pas conforme à l'objet social ou qu'il ne peut l'ignorer compte tenu des circonstances¹⁵. La protection des tiers est d'autant plus grande puisque la loi précise que la seule publication des statuts ne suffit pas à établir la mauvaise foi du cocontractant.

109. Une autre limite légale dans l'exercice des fonctions de direction est l'obligation qui incombe aux dirigeants d'agir conformément à l'intérêt social. La notion d'intérêt social n'est pas définie par le législateur et ne fait pas l'unanimité doctrinale. L'intérêt social est à distinguer de l'intérêt commun des associés nécessaire à la constitution de toute société (article 1883 du c.civ). La notion d'intérêt social vise l'intérêt propre de la société. En droit polonais, ce terme, employé par le législateur à trois reprises dans le code de commerce (art. 345. § 6 Art.422. §1, 51618. §1 du k.s.h., « *interes spółki* ») se confond quant à lui avec l'intérêt des actionnaires¹⁶.

15. Com., 18 juin 1980, *Rev. soc.* 1981, 83.

16. TAJER M., "Obowiązek członków organów spółki akcyjnej działania w jej interesie", *Pr.Sp.* 2011, n° 7-8, p.34.

110. Les actions des dirigeants doivent être dans ce sens « utiles ou profitables à la société ¹⁷ ». Notons qu'une opération peut parfaitement correspondre à l'objet social et être en même temps désavantageuse pour la société et inversement, un acte peut lui être bénéfique et ne pas être conforme à l'objet social.
Les actes contraires à l'intérêt social sont inopposables aux tiers. Cependant, les dirigeants engagent leur responsabilité à l'égard de la société pour faute de gestion.
111. A côté de ces limitations légales, les associés peuvent restreindre conventionnellement les pouvoirs des dirigeants sociaux.
Dans la société anonyme à conseil de surveillance, les statuts ainsi que le règlement du directoire (225-66, al. 3 du C.com et art. 371 § 6 du k.s.h.) peuvent en droit français et polonais aménager le pouvoir de décision des membres du directoire en répartissant les tâches en raison par exemple de la prédisposition des dirigeants (finance, stratégie et développement...). Il est également envisageable de restreindre ou d'exclure un ou plusieurs membres du droit de conduire les affaires de la société. La faculté de départir les compétences des différents membres de l'organe de direction a un fondement pratique. Elle commande néanmoins deux remarques importantes.
112. L'aménagement conventionnel de leurs pouvoirs ne peut contrevenir au principe de collégialité. Ce principe commande que toutes les décisions du directoire fassent l'objet d'une délibération de l'ensemble de cet organe, et ce indifféremment à la répartition interne des compétences. Cette répartition ne décharge pas les autres membres du directoire de leur responsabilité vis à vis des décisions adoptées par l'ensemble du directoire.
113. Dans la société anonyme à conseil d'administration, les clauses des statuts ou les décisions du conseil peuvent également limiter les pouvoirs du directeur général (L. 225-56-II, al. 3). Cependant, un tel aménagement ne peut aboutir à soustraire à cet organe le pouvoir de direction générale ¹⁸.
114. Dans les sociétés commerciales, les aménagements conventionnels n'ont de valeur que dans l'ordre interne. Ils sont inopposables aux tiers (article

17. *Documentation pratique, série "Dirigeants"*, op. cit., n°95.

18. Com., 11 juin 1965, *Gaz. Pal.* 1965. 2. 322, *RTD com.* 1965, 861, note R. HOUIN ; Cass., 3ème civ., 24 janv. 2001, n°99-12.841, *JCP G* 2001, II, n° 10496, p. 613.

L. 225-66, al 2 et 372 § 1 du k.s.h. relativement aux membres du directoire et L. 225-56-II, al. 3 relativement au directeur général), et ce en droit français même si ces derniers sont conscients de ces limitations¹⁹. Il s'agit d'un principe de valeur impérative. Les restrictions conventionnelles des pouvoirs des dirigeants sociaux ne garantissent pas la société contre leurs éventuels débordements. Cependant, elles ont l'avantage d'organiser le cadre de l'action dirigeante et constituent une ligne au-delà de laquelle le dirigeant social engage sa responsabilité personnelle vis à vis de la société. Inversement, le tiers cocontractant peut opposer à la société la clause limitative de pouvoirs pour contester l'acte²⁰ dans la logique selon laquelle la règle qui se veut protéger les tiers ne peut se retourner contre eux à leur préjudice.

115. Pour que la responsabilité personnelle du dirigeant soit engagée pour avoir passé un acte contraire à l'intérêt social ou dépassant l'objet social ou ses limitations conventionnelles de pouvoir, les associés doivent justifier d'un préjudice et du lien de causalité avec la faute reprochée au dirigeant²¹.

A.2 Les contrats de travail et de droit civil visant l'exercice des fonctions de direction : un principe en Pologne, une exception en France

116. La question du cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social et donc du statut de salarié et de dirigeant se décline différemment en droit français et polonais. Le droit français part du postulat que les statuts de dirigeant et de salarié sont par nature incompatibles et se méfie de cette association. Cette combinaison n'est dès lors envisagée dans la société anonyme que sous l'angle du cumul d'une fonction sociale et d'une fonction technique, correspondant au travail d'un salarié tandis que le droit polonais permet de cerner l'exercice même des fonctions de direction avec un contrat de travail dans la société où sont exercées les fonctions sociales (a). Cette formule se retrouve cependant en droit français dans le cadre des groupes de sociétés, où il est possible de caractériser un lien de subordination du dirigeant, lien qui constitue la pierre angulaire du rapport de travail salarié. Un autre rapprochement peut être opéré avec

19. Civ., 3ème, 24 janv. 2001, *Bull. Civ.* 2001, III n° 10, p. 9, *JCP G* 2001, n° 12, p. 613 ; *Lamy droit du dirigeant d'entreprise*, op. cit. n° 305-53.

20. Cass., 2ème civ., 23 oct. 1985 : *Rev. soc.* 1986, p. 408, note B. BOULOC.

21. Cass., com., 10 mars 1976, n° 74-14.681, *JCP G* 1977, II, n° 18566, note Y. CHARTIER.

la pratique peu développée en France des conventions de direction, bien que le recours à ce type de contrat soit minimisé par la jurisprudence contemporaine (b).

a) Les enjeux et aspects du cumul des statuts de salarié et de dirigeant

117. La question du cumul entre un contrat de travail et un mandat social implique en droit français l'exécution simultanée de fonctions sociales au titre d'un mandat social et de fonctions salariées en exécution d'un contrat de travail. Le dirigeant-salarié accomplit deux activités de nature différentes au sein de l'entreprise. Le droit polonais permet aux mandataires sociaux d'exercer leurs fonctions sociales sur un double fondement : au mandat social peut venir se greffer un second rapport contractuel passé entre le membre du directoire et la société.
118. Le droit polonais, relativement aux mandataires sociaux, opère la distinction entre deux rapports juridiques de natures différentes. Le premier, originel, est d'ordre purement interne et a pour fondement le mandat social. Le dirigeant peut décider d'exercer ses fonctions sociales seulement dans le cadre de ce mandat. Le mandat doit être ici compris comme conférant un certain statut, duquel découle corrélativement certains droits et obligations. Le mandataire social, en tant qu'institution juridique du droit des sociétés, peut également choisir, et c'est d'ailleurs la solution la plus courante, de seconder ce premier lien à la société avec un second rapport juridique, de nature exclusivement contractuelle, dans le sens où ce lien est librement défini sous la seule réserve du respect des normes qui constituent le socle du statut de dirigeant social. Ce second lien revêt un caractère externe car le dirigeant social est dans ce cadre un tiers par rapport à la société ainsi que l'a jugé la Cour suprême dans un arrêt du 7 janvier 2000 regardant un contrat de travail passé entre un membre du directoire et la société dans laquelle il exerçait ses fonctions²². Dans cette relation de nature purement contractuelle la société emploie le dirigeant, toujours pour exercer les fonctions qui découlent de son statut, en complément de son mandat (le contrat a alors exclusivement pour objet le mandat social).
119. La Cour suprême de Pologne a très tôt admis, dans un arrêt de 1936²³, que le statut de membre du directoire ne faisait pas obstacle à la conclu-

22. SN., 7 janv. 2000, I PKN 404/99, *Mon. Praw.* 2001, n° 13, p. 697.

23. SN., 12 mars 1936, I C 2232/35, *OSN* 1937/2/46.

sion d'un contrat de travail entre le mandataire social et la société. Aujourd'hui, la possibilité d'employer les dirigeants est consacrée à l'article 378 § 1 du k.s.h. Cet article dispose que les membres du directoire peuvent être employés au titre d'un « contrat de travail » ou d'« un autre contrat », à moins que les statuts ne l'excluent. Ce second rapport juridique sera régulé par le droit civil ou le droit du travail en fonction de la nature du contrat. La doctrine s'accorde pour affirmer que ces « autres contrats » peuvent être des contrats nommés (contrat d'entreprise, contrat de louage de services, contrat de mandat) ou innommés²⁴ (en particulier les contrats dit de management). Les parties choisissent librement la nature du contrat, à moins que les statuts n'imposent une qualification particulière.

120. On retrouve ici une spécificité du droit polonais. Certains auteurs ont mis en relief la différence d'approche du caractère juridique du travail²⁵ fourni par les dirigeants dans certains pays. De manière schématique, un auteur, W. Muszalski, expose dans une étude consacré au « Caractère juridique du travail des membres des organes de direction des sociétés commerciales »²⁶, qu'à la différence du droit polonais (et du droit anglais sous certaines conditions) où les dirigeants sont considérés comme des employés ou des travailleurs salariés, dans le droit allemand ces derniers sont plutôt assimilés à des entrepreneurs bien que les litiges les opposant à la société relèvent de la compétence du tribunal du travail (*Arbeitsgericht*) de même qu'en France dans certaines formes de sociétés²⁷, dont la société anonyme.

Ce n'est que dans le cadre des groupes de sociétés que les dirigeants de société anonyme en France disposent d'un contrat de travail portant sur l'exercice de fonctions sociales dans la filiale où ils sont mandataires. Rien n'empêche cependant le dirigeant polonais d'exercer, distinctement de ses prérogatives de direction, des fonctions purement techniques. On aura alors à faire à un cumul « à la française » avec un dirigeant qui, en marge de ses fonctions sociales, accomplit un travail salarié au titre d'un contrat de travail conclu avec la société.

121. Ce n'est que dans les toutes petites sociétés anonymes et dans les so-

24. R. CZERNIAWSKI, *Zarząd spółki akcyjnej*, op. cit., p. 215.

25. Le terme est ici entendu au sens large, tel que visant l'exercice de leurs fonctions de direction.

26. W. MUSZALSKI, "Charakter prawny pracy członka zarządu spółki handlowej", *PIP* 1992, n° 10, p. 63-70.

27. Ibid. p. 69.

ciétés à directoire unipersonnel²⁸ que la conclusion d'un contrat de travail en droit polonais est controversée en raison du principe interdisant de conclure un contrat avec soi-même²⁹. La controverse s'étend au dirigeant actionnaire majoritaire de la société dans laquelle il exerce son mandat. Le pouvoir dont ce dernier dispose en raison de son poids économique au sein de la société lui permet de prendre seul certaines décisions relatives à la conduite des affaires de la société, dont la question de son propre engagement par la société³⁰.

122. La question du cumul des statuts de dirigeant social et de salarié se décline donc différemment dans les deux droits, mis à part le cas spécifique des contrats de travail des dirigeants de sociétés anonymes appartenant à un groupe. Là où le droit polonais associe ces deux statuts pour l'exercice d'un même office, le droit français circonscrit chacun de ces deux statuts à l'exercice de fonctions nettement distinctes, les premières mettant en œuvre des pouvoirs de commandement et les secondes rentrant dans une logique de subordination.
- De plus, le droit français se méfie du cumul des fonctions sociales et salariées au sein de la même société pour deux raisons au moins.
- La première découle des avantages sociaux, fiscaux et contractuels dont bénéficient les salariés. Le contrat de travail confère en effet à son titulaire une meilleure protection. Ainsi, le dirigeant-salarié bénéficie d'une rémunération autonome gratifiant son travail technique, des congés payés, de l'existence d'une indemnité légale ou conventionnelle de licenciement et d'une garantie de paiement de ses salaires par l'AGS (association pour la garantie des salaires) en cas de défaillance de l'entreprise. Il jouit également d'une plus grande stabilité dans l'entreprise à travers les règles encadrant la procédure de licenciement des salariés, régulée par le droit du travail (motivation de la résiliation du contrat de travail, délai de préavis permettant d'assurer une pérennité de l'emploi au sein de la société après révocation du dirigeant social). Ces nombreux avantages sont séduisants par rapport à la relative précarité du mandat social et risquent de susciter la création d'emplois fictifs par les dirigeants désireux d'améliorer leur situation dans l'entreprise³¹. Le cumul risque également de porter atteinte au principe de révocabilité *ad nutum* du man-

28. Z. GÓRAL, P. PRUSINOWSKI, *Umowne podstawy zatrudnienia*, Oficyna, 2012, p. 92 (éd. électronique).

29. R. SZCZĘSNY, *Zarząd w spółkach kapitałowych*, op. cit., p. 50 ; Z. GÓRAL, P. PRUSINOWSKI, *Umowne podstawy zatrudnienia*, op. cit., p. 92 .

30. Z. GÓRAL, P. PRUSINOWSKI, *Umowne podstawy zatrudnienia*, op. cit., p. 91.

31. P. MERLE, *Sociétés commerciales*, Dalloz, 2013, 16ème éd., n° 389, p. 452.

dataire, principe susceptible d'être malmené par les garanties dont le dirigeant salarié bénéficie au titre de son contrat de travail. Les avantages découlant du statut de salarié sont la raison même pour laquelle le contrat de travail constitue le contrat le plus fréquemment employé par les dirigeants sociaux en Pologne³², malgré leurs alternatives (contrat de prestation de service, de management...).

La seconde raison de l'hostilité traditionnelle au cumul résulte du postulat de départ qui est celui de l'incompatibilité de ces deux statuts. Les dirigeants sont responsables du fonctionnement de la société, de son état financier et de sa position sur le marché. Leur mission commande par essence une ample indépendance et autonomie dans l'exercice de leurs fonctions, ce qui distingue les dirigeants des salariés en situation de subordination juridique. Les statuts de dirigeant social et de salarié s'excluraient donc par principe réciproquement.

123. Le droit polonais n'est pas indifférent à ces considérations. On retrouve en droit polonais le principe de subordination de l'employé à son employeur qui constitue, à l'instar du droit français, une des caractéristiques principales du contrat de travail. Mais à la différence du droit français, le droit polonais tempère ce principe et l'adapte à cette « catégorie spécifique de travailleurs », selon la formule employée par la doctrine pour désigner, entre autres, les dirigeants sociaux³³. Dans ce sens, les commentateurs soulignent que le statut de dirigeant n'est pas exempt de tout lien de subordination. Les dirigeants sont, dans l'exercice de leurs fonctions sociales, dans une certaine mesure subordonnés aux associés puisqu'ils sont censés se conformer à leur volonté. Un autre aspect de leur subordination se manifeste dans la fragilité de leur mandat³⁴ puisqu'en principe les membres du directoire sont librement révoquables. Pour rester en fonction le dirigeant doit s'efforcer de répondre aux attentes de l'entité qui l'a nommé et de celle qui a le pouvoir de le révoquer. Les associés peuvent également restreindre leurs compétences dans les statuts³⁵ (ces limitations n'ont de valeur que dans les rapports internes mais sont toutefois sanctionnées sur le terrain du non-respect des conventions internes de la société, entraînant la responsabilité des contrevenants envers la société). On remarque d'ailleurs que le droit po-

32. R. SADLIK, "Zatrudnienie członków zarządu w spółkach kapitałowych", *Pr. Pracy* 1999, n°8, p. 10.

33. H. LEWANDOWSKI, *Z zagadnień współczesnego prawa pracy*, Oficyna 2009, p. 447.

34. M. GIARO, "Członek zarządu spółki kapitałowej jako pracownik per facta concludentia", *PiZS* 2010, n° 9, p. 11.

35. *Ibid.* p. 11.

lonais écarte du cumul certaines catégories de dirigeants pour lesquels il n'est pas possible de caractériser un quelconque lien de subordination. Tel est le cas des dirigeants qui possèdent la majeure partie du capital de la société dans laquelle ils exercent leurs fonctions.

124. Ces propositions ne closent pas le débat portant sur la question de la détermination du lien de subordination des dirigeants. Certains auteurs estiment qu'il faut opérer une distinction entre la gestion stratégique de l'entreprise (*zarząd strategiczny*) et sa gestion opérationnelle (*zarząd operacyjny*)³⁶, distinction que les juges français opèrent afin de déterminer si les prétendues fonctions techniques du dirigeant salarié ont été absorbées par son mandat social. La réponse est positive lorsque le dirigeant social est en charge de la gestion stratégique de l'entreprise³⁷. La gestion stratégique correspond en droit français et polonais, aux fonctions qui intéressent les perspectives d'évolution de la société par opposition aux fonctions consistant en l'accomplissement d'actes de gestion courante dans la conduite des affaires de la société. Les fonctions relevant de l'aspect purement stratégique de la gestion de l'entreprise ne pourraient, selon une branche de la doctrine polonaise, faire l'objet d'un contrat de travail³⁸. Cette distinction n'a de sens que si les associés ont conventionnellement scindé le directoire en deux groupes de dirigeants s'occupant respectivement de l'un ou de l'autre aspect de la direction de la société et dans la mesure où ces derniers respectent les limitations apportées à leurs pouvoirs, celles-ci n'étant valables que dans l'ordre interne.
125. En tout état de cause, la contractualisation des fonctions sociales de direction dans le cadre d'un contrat de travail revêt un caractère atypique³⁹. Certains auteurs polonais n'hésitent pas à pointer du doigt que les propositions doctrinales visant à caractériser la subordination des dirigeants sociaux ne correspondent pas à la définition du lien de subordination tel qu'il est entendu dans la code du travail⁴⁰ et que les contrats de droit civil sont mieux adaptés à la nature des fonctions de direction. Dans ce sens, R. Sadlik exprime l'opinion selon laquelle les contrats de droit civil sont plus adaptés à réguler l'exercice des fonctions de direction des

36. Z. GÓRAL, P. PRUSINOWSKI, *Umowne podstawy zatrudnienia*, op. cit., p. 93.

37. *Lamy droit du dirigeant d'entreprise*, op. cit., n° 605-11.

38. Z. GÓRAL, P. PRUSINOWSKI, *Umowne podstawy zatrudnienia*, op. cit., p. 93.

39. Z. GÓRAL, P. PRUSINOWSKI, *Umowne podstawy zatrudnienia*, op. cit., p. 93 ; M. GIARO, "Członek zarządu spółki kapitałowej jako pracownik per facta concludentia", op. cit. p. 11.

40. M. GIARO, "Członek zarządu spółki kapitałowej jako pracownik per facta concludentia", op. cit. p. 11.

dirigeants en raison de la difficulté théorique et pratique à caractériser chez les personnes assumant ces fonctions un lien de subordination ⁴¹.

126. L'intérêt en droit polonais de ce rapport de nature contractuelle entre le dirigeant et la société en marge du mandat social est double. D'une part il permet de préciser les droits et obligations des parties. D'autre part, il met à la charge de la société l'obligation de rémunérer le dirigeant en contrepartie des fonctions qu'il va assumer (art. 370 § 1 du k.s.h.). Le dirigeant exerce en principe son mandat gratuitement, à moins que les statuts ne fassent mention de la gratification incombant aux membres du directoire au titre des fonctions sociales exercées.

En droit français, le cumul de l'exercice des fonctions sociales et salariales prend en compte l'organisation des PME et des entreprises familiales dans lesquelles, par la force des choses, une même personne est à la fois amenée à exercer des fonctions de direction et des fonctions techniques ⁴². Le cumul initie par ailleurs la promotion sociale des cadres de la société. En effet, l'accession aux fonctions de direction ou d'administration constitue aujourd'hui une perspective dans le déroulement de la carrière des cadres supérieurs et n'est plus conçue exclusivement comme réservée aux fondateurs ou aux apporteurs en capital. C'est l'un des aspects de la réconciliation du travail et du capital, celui de l'ouverture de l'accès à de telles fonctions en l'absence d'une participation significative dans le capital.

127. Le droit français admet par ailleurs qu'un travail de direction constitue l'objet d'un contrat de travail sous trois conditions : des « *fonctions (...) déployées pour le compte de l'entreprise, dans un rapport de subordination et moyennant rémunération* ⁴³ ». Si le travail de direction (en vertu d'un mandat social) ne peut faire l'objet d'un contrat de travail avec la société dans laquelle les fonctions sociales sont exercées en raison de l'impossibilité de caractériser chez les dirigeants sociaux un lien de subordination vis à vis de la société qu'ils sont chargés de diriger et, en l'absence d'adaptation du critère de subordination comme c'est le cas en droit polonais au regard de cette catégorie de personne, la réponse est autre lorsqu'un dirigeant exerce des fonctions sociales dans une filiale pour le compte de la société mère. Dans ce cas de figure, la jurisprudence a pu caractériser un lien de subordination et a admis qu'un contrat de travail puisse avoir pour objet l'exercice de fonctions sociales.

41. R. SADLIK, *Zatrudnienie członków zarządu w spółkach kapitałowych*, op. cit., p. 13.

42. P. MERLE, *Sociétés commerciales*, op.cit., n° 389, p. 451.

43. *Lamy Droit du Dirigeant d'Entreprise*, op. cit. n° 605-5.

b) Les contrats de droit français visant l'exercice de fonctions sociales de direction : un essai de rapprochement

128. Un rapprochement entre le droit français et polonais peut être opéré à l'égard de la pratique qu'on retrouve dans les groupes de sociétés, qui consiste pour une société mère à conclure un contrat de travail avec un individu, qu'elle recrute au sein du groupe ou en dehors et dont l'objet est en tout ou partie l'exercice d'un mandat social dans une filiale.

La finalité de cette construction est que le dirigeant assure l'application au sein de la filiale de la politique sociale de la société mère, en raison du lien de subordination qui le lie à cette dernière. Le salarié qui exerce la direction d'une filiale pour le compte de la société qui l'emploie reçoit en contrepartie un salaire. Dans cette configuration, l'intéressé est lié juridiquement à deux personnes morales distinctes, d'une part en vertu de son mandat social au sein de la filiale et d'autre part sur le fondement d'un rapport de travail avec la société qui l'emploie.

Les groupes de sociétés recourent fréquemment à des cadres supérieurs qu'ils affectent à la direction de leurs filiales car ce montage comporte des avantages non-négligeables. Il permet d'assurer une cohésion dans le groupe et de maintenir un pouvoir centralisé au niveau de la société mère en assurant la subordination des filiales du groupe. Quant au dirigeant, il pourra bénéficier des avantages liés au statut de salarié.

129. A défaut de construction législative édifiant un statut particulier des dirigeants afin de répondre aux besoins spécifiques des groupes de sociétés, la jurisprudence a adapté les règles de cumul dans un sens qui reconnaît leur statut original. Le mandat social exercé dans une filiale sur le fondement d'un contrat passé avec la mère peut viser aussi bien le mandat de directeur général⁴⁴, de P-DG⁴⁵ et il devrait en être de même pour les membres du directoire, à condition que l'exercice de ce mandat se réalise dans un lien de subordination par rapport à la société mère.

130. Les conditions à l'admission du cumul diffèrent dans le cadre d'un groupe de sociétés du cas d'une société isolée. On peut dénombrer trois critères : une prestation de travail accomplie pour le compte de la société mère, un lien de subordination entre le mandataire social et la société mère ainsi qu'une rémunération correspondant à la fonction salariée pour laquelle

44. Soc., 2 oct. 1991, n° 87-45.668, *RJDA* 1991, n° 1041 ; *JCP E* 1993, I, n° 218, p. 66 ; *RJS* 11/91, n° 1252 (à propos d'un directeur général qui exerçait son mandat social dans une filiale en raison d'un contrat de travail qu'il a conclu avec la société mère).

45. Soc. 11 mars 2003, *D.* 2003, *AJ* p. 976 ; *Bull. Joly* 2003, p. 648, note J.-P. DOM.

le dirigeant a été engagé ⁴⁶.

Comme c'est le mandat social même qui est l'objet du contrat de travail (au moins partiellement, puisqu'il est possible qu'en dehors du mandat social le dirigeant se voie également investir de fonctions techniques, par exemple en tant que responsable du département commercial de la société), les juges ne vont pas, contrairement au cumul réalisé au sein de la même société, rechercher d'activité technique distincte de la direction générale ⁴⁷.

131. On retrouve la condition du lien de subordination. La jurisprudence utilise la technique du faisceau d'indices pour déterminer si le mandataire social est subordonné à la mère qui est son employeur. Ces indices doivent permettre de prouver que le dirigeant reçoit bien des ordres de la société mère et qu'il agit conformément à ces instructions ⁴⁸. En principe, le dirigeant va rendre compte de sa gestion de manière périodique à son employeur ⁴⁹. Il est utile de stipuler dans le cadre de travail les obligations de *reporting* incombant au dirigeant, les objectifs qu'il doit atteindre et le caractère hiérarchique de leur relation. La jurisprudence a jugé que le contrôle direct ou indirect de la fille dans laquelle le mandataire a été institué ou sa dépendance économique vis à vis de la mère ne suffit pas à caractériser le lien de subordination du dirigeant à l'égard de la société mère ⁵⁰. De simples directives caractérisant les relations entre le principal actionnaire d'une filiale et le mandataire social sont également insuffisantes pour caractériser un lien de subordination ⁵¹.
Si en réalité le salarié mandataire institué par la mère agit en toute indépendance, son contrat de travail sera réputé suspendu pendant toute la durée de l'exercice du mandat social de direction.

132. La gratification de ce mandataire social prend la forme d'une rémunération correspondant à ses fonctions salariées. En principe, c'est la société

46. v. *Lamy Droit du Dirigeant d'Entreprise* 2013, n° 620-18.

47. Soc., 2 oct. 1991 précité.

48. Soc., 2 oct. 1991 précité (lien de subordination caractérisé entre le directeur général de la fille et le président de la société mère).

49. Versailles, 5^e ch., sect. B, 14 fév. 1997, n° 95/20190, *Bull. Joly* 1997, p. 568 (constitue un indice du lien de subordination du directeur général institué dans une filiale par la société mère l'obligation lui incombant de remettre régulièrement des comptes-rendus à la mère sur toute question relative à l'exercice de son mandat).

50. Soc., 28 juin 2001, n° 99-43.364, *RJS* 10/01, n° 1225.

51. Soc., 19 mars 1997, n° 94-41.444 (au sujet des rapports entre le P-DG d'une filiale et la société mère, qui l'employait pour remplir ces fonctions, qui ne sont restés que dans les limites du contrôle de l'actionnaire majoritaire de la filiale sur le mandataire de celle-ci).

mère qui emploie le dirigeant qui la lui verse, mais la Cour de cassation admet que celle-ci soit versée pour partie par la mère et pour partie par la fille⁵², et même qu'elle soit entièrement versée par la filiale pour le compte de la société mère pour des raisons pratiques.

Dans le cadre de ce type de contrat de travail, la fin des fonctions sociales justifie le paiement des indemnités de rupture du contrat de travail qui avait pour objet le mandat social⁵³. Dans le même sens, c'est le conseil des prud'hommes qui est compétent pour statuer sur la rupture des relations contractuelles liées à la révocation du dirigeant⁵⁴.

133. Une question se pose relativement à l'avenir du contrat de travail lorsque le dirigeant cesse ses fonctions sociales, par exemple suite à sa démission, révocation ou à l'écoulement de la durée pour laquelle il a été nommé. On retrouve ici le principe d'indépendance des deux liens juridiques. Cela implique d'une part que la révocation du mandat n'entraîne point la rupture de plein droit du contrat de travail⁵⁵. La révocation ou l'écoulement du temps pour lequel le mandataire employé par une société mère a été appelé à remplir un mandat social a seulement en principe pour effet de mettre un terme à l'affectation du mandataire dans la filiale où il était employé. Car si la cessation des fonctions sociales ne devrait pas non plus avoir non plus d'incidence sur le contenu du contrat de travail, en pratique néanmoins, lorsque le contrat de travail a pour objet exclusif l'exercice du mandat social, en toute logique, la fin des fonctions sociales va s'accompagner d'une modification du contrat de travail (à moins que le mandat social ne soit renouvelé). Dans tous les cas, à l'issue du mandat social, il incombe à l'employeur de reclasser l'ancien dirigeant⁵⁶. Si ce dernier a sollicité sa réintégration en vain, il pourra prétendre au paiement d'indemnités de rupture⁵⁷.

L'étanchéité entre le contrat de travail et le mandat social connaît toutefois certaines limites et peut tomber suite par exemple au comportement

52. Soc., 6 oct. 1993, n° 90-44.561, *Bull. civ. V*, n° 225, *Dr. sociétés* 1994, n° 15, *RJDA* 1993, n° 1032, *JCP E* 1994, I, n° 331, p. 97, *Rev. soc.* 1994, p. 76.

53. Soc., 6 oct. 1993 précité (le directeur général employé par la société mère obtient le paiement d'une indemnité de rupture du contrat de travail le liant à celle-ci suite à ce qu'il ait été mis fin à ses fonctions).

54. Paris, 18^e ch. C, 4 juin 1997, *PELLISSIER c/SA CFCl*, *RJDA* 1997, n° 1354.

55. Soc., 2 avr. 1996, n° 93-42.596, *Bull. Joly* 1996, p. 602, note P. LE CANNU (rupture abusive du contrat de travail d'un salarié portant sur l'exercice de fonctions techniques, nommé puis révoqué des fonctions de directeur général au sein d'une filiale d'un groupe et qui, dans l'exercice de ses fonctions salariales, était resté dans un rapport de subordination).

56. Soc., 30 nov. 1999, n° 97-41.431, *Bull. civ. V*, n° 464, *RJS* 1/00, n° 115.

57. Soc., 12 fév. 1991, n° 87-45.705.

fautif du dirigeant. Dans une décision du 4 mars 1997, la Cour de cassation a admis de manière implicite que le fait pour l'employé d'une société mère aux fonctions de P-DG d'une filiale de désobéir à une décision de son employeur pouvait constituer un juste motif de licenciement par ce dernier⁵⁸.

Le droit polonais propose une solution différente. Si la révocation du mandat n'a pas pour effet de résilier le contrat de travail ayant pour objet l'exercice de fonctions de direction dans le directoire d'une société anonyme, la révocation constitue néanmoins une cause réelle et sérieuse fondant la rupture de ce contrat par la société⁵⁹. Cette solution est justifiée par l'impossibilité pour l'ancien dirigeant de continuer à exécuter ses obligations telles qu'elles résultent du contrat de travail (l'exercice d'un mandat social)⁶⁰.

La solution choisie en France est-elle transposable à la cessation volontaire des fonctions de mandataire ? Selon la jurisprudence, la démission du mandat ne peut constituer une cause de licenciement⁶¹ mais la doctrine considère toutefois que si le dirigeant démissionne de son mandat qui est en même temps l'objet exclusif du contrat de travail, en raison de l'identité de ces deux rapports juridiques, la démission devrait également valoir pour le contrat de travail⁶².

134. On peut encore mentionner l'existence en France des « conventions de direction » ou de « management ». Nées de la pratique, il s'agit de contrats innommés, la loi n'en prévoyant pas l'existence. Ces conventions s'inspireraient des contrats de louage de services allemands (*Dienstverträge*) employés, comme en droit polonais, afin de régir la situation des mandataires sociaux, préciser la relation du dirigeant avec la société, les droits et obligations de chacun⁶³. Les conventions de direction mentionnent donc généralement des éléments qui ont trait à la gratification des dirigeants, à la durée de leur mandat, aux attentes de la société, à la prise de connaissance des risques et des responsabilités encourues dans l'exercice des fonctions, éléments qui font déjà l'objet de dispositions législatives impératives.

135. Le recours à une convention de direction a une portée limitée en pratique

58. Soc., 4 mars 1997, n° 93-44.805, *Bull. civ. V*, n° 91, *RJS* 4/97, n° 484.

59. P. SKORUPA, "Podstawy prawne zatrudnienia członków zarządu w spółkach kapitałowych", *Pr.Sp.*1998, n° 5, p. 22.

60. *Ibid.*

61. Soc., 4 déc. 2002, n° 00-45.819, *RJS* 2/03, n° 266.

62. *Lamy Droit du Dirigeant*, op. cit., n° 620-53.

63. *Lamy Sociétés Commerciales*, op. cit. n° 673.

au vu de la jurisprudence récente en la matière. Un arrêt de la Cour de cassation du 14 septembre 2010⁶⁴ illustre cette tendance. En l'espèce, le directeur général d'une société anonyme avait créé une autre société de la même forme. Celle-ci conclut alors avec la première société anonyme une convention de prestation de services sur le fondement duquel la société anonyme créée par le directeur général le mettra à disposition de la société anonyme au sein de laquelle il exerce son mandat. La société prestataire assigne la société anonyme bénéficiaire lorsque celle-ci cesse de payer les redevances dues en contrepartie des services fournis par le directeur général. La Cour de cassation estime que ce contrat est dépourvu de cause car il fait double emploi avec l'exercice par l'intéressé de ses fonctions de directeur général. Au surplus, ce dernier recevait en vertu de cette convention une gratification pour les services déjà accomplis en tant que mandataire social.

136. Les conventions de direction, soumises au droit commun des contrats, doivent respecter les conditions de formation de tout contrat et donc être pourvues d'une cause. Cela signifie que les parties doivent trouver un intérêt dans l'existence de ce contrat. De cet arrêt il faut conclure qu'est nul « *le contrat suivant lequel un prestataire de services de management, personne morale, met à la disposition d'une société une personne physique qui y exerce déjà les fonctions de directeur general* »⁶⁵. Le droit français ne va donc admettre ce genre de convention que dans le cas où la société peut en retirer un avantage autre et supplémentaire par rapport à ceux obtenus dans le cadre des services que le dirigeant fournit (et qu'il a l'obligation de fournir) en vertu de son mandat social.
137. Il semble donc que les conventions de direction n'aient pas vocation à s'épanouir dans les sociétés isolées et qu'il ne soit pas possible de trouver un semblant en France de la pratique du cadre contractuel complémentaire entre la société et son dirigeant ayant cours en Pologne, cadre qui fait double emploi avec l'exercice des fonctions sociales au sens où l'entend la jurisprudence française. La complexité des relations intra-groupe fonde un terrain plus favorable au développement de ces conventions.

64. Com., 14 sept. 2010, n° 09-16.084, *Bull. Joly* 2010, p. 960, *Rev. soc.* 2011, p. 424, note J.-P. DOM ; *D.* 2011. 57, note F. MARMOZ ; *Rev. soc.* 2010. 462, note A. LIENHARD ; *Bull. Joly* 2010, § 207, p. 960, note P. LE CANNU ; *JCP E* 2010. 1995, note A. VIANDIER.

65. J.-P. DOM, "Principales conditions d'existence et de validité d'une convention de direction", *Rev. soc.* 2011 p. 424, note sous Cour de cassation (com.) 14 septembre 2010, p. 3, n° 2.

B Les modalités d'emploi des personnes assumant des fonctions de direction au sein d'une société isolée

138. Au sein d'une société anonyme isolée, le droit français n'envisage le cumul que sous l'angle de l'exercice de deux fonctions distinctes. Le mandat social et le contrat de travail cumulés par un dirigeant ont leurs vies propres, leurs modalités d'exercice et d'extinction, le législateur n'ayant pas envisagé un statut spécial. Dans ce sens, le cumul ne doit pas produire d'interférences entre les deux statuts, à défaut de quoi il sera réputé irrégulier. Il arrive que le cumul soit en pratique impossible, en raison de l'étendue du pouvoir dont peuvent disposer certains organes de direction de la société anonyme (1). Le cumul, tel que l'envisage le droit polonais, n'opère pas une séparation aussi tranchée que le droit français et ce en raison de la parfaite identité d'objet des deux liens juridiques d'une part, et d'autre part, parce que le contrat de travail ne doit pas avoir pour effet d'entraver l'application du droit commercial qui réglemente de manière impérative le statut de dirigeant. L'articulation entre le mandat social et le second rapport contractuel se réalise différemment en fonction de la nature du contrat, chacun ayant ses caractéristiques (2).

B.1 Le cumul de fonctions en droit français

139. Le cumul des fonctions sociales et salariées en France est rigoureusement encadré par la loi (a). Le non-respect des conditions légales du cumul entraîne la disparition de l'un des deux liens juridiques, voire même des deux simultanément. Il arrive que la mise en œuvre des conditions légales du cumul soit en pratique impossible, en raison des pouvoirs trop étendus dont dispose l'organe de direction (b).

a) Des conditions rigoureuses au service d'une stricte indépendance des deux rapports juridiques

140. Le législateur français n'a pas souhaité créer un nouveau type de contrat de travail ou bien un contrat hybride prenant spécifiquement en compte l'exercice parallèle de fonctions sociales et salariales, sauf dans des cas particuliers⁶⁶. Le cumul doit se réaliser dans le strict respect des statuts

66. Certains dirigeants bénéficient du droit du travail au titre de leurs seules fonctions de mandataire, tels que les dirigeants des sociétés coopératives ouvrières de production (art. 17

respectifs de dirigeant et de salarié. Les deux statuts doivent être séparément distingués et coexister de manière autonome. Le cumul par les dirigeants disposant d'un mandat d'administrateur dans la SA traditionnelle est admis de manière plus restrictive que celui des membres des autres organes de direction dans les deux formes de sociétés.

141. Ce sont tous les administrateurs élus par l'assemblée générale qui sont visés par l'article L. 225-22 du Code de commerce, les simples administrateurs mais également les organes de direction choisis en son sein : le P-DG, et le cas échéant, lorsqu'ils ont la qualité d'administrateur, le directeur général et les directeurs généraux délégués. Aucune distinction n'est opérée dans le régime du cumul, c'est pourquoi on parlera simplement des administrateurs pour ce qui est de la société anonyme classique tout en gardant à l'esprit que les règles énoncées ci-après s'appliquent également aux personnes remplissant effectivement les fonctions de direction.

Lorsque le directeur général et les directeurs généraux délégués ne sont pas des administrateurs, les conditions de cumul (qui leurs sont communes) sont plus souples, à l'instar des règles applicables aux membres du directoire.

142. A l'égard des administrateurs, le cumul des fonctions sociales et salariées doit remplir deux conditions. Le contrat de travail doit d'abord être antérieur à la nomination aux fonctions sociales. Le contrat de travail doit ensuite être effectif, ce qui s'apprécie sous deux angles : les fonctions exercées en vertu de ce contrat doivent être clairement distinguées de celles exercées sur le fondement du mandat social d'une part et d'autre part, il est nécessaire que, dans l'exercice des fonctions techniques, le dirigeant salarié soit dans une position de subordination. Par ailleurs, la loi fixe, dans la société anonyme classique, un seuil d'administrateurs pouvant effectuer un tel cumul.

La première condition d'antériorité du contrat de travail est propre à cette catégorie de mandataires sociaux et ne s'appliquera qu'aux dirigeants qui ont la qualité d'administrateur. Les directeurs généraux, directeurs généraux délégués qui n'ont pas un mandat d'administrateur ainsi que les membres du directoire⁶⁷ en sont absous.

143. En tout état de cause, l'existence du contrat doit avant tout pouvoir être établie peu importe sa forme (écrite, orale ou même par correspon-

de la loi n° 78-763 du 19 juill. 1978).

67. Soc., 17 nov. 1988, n° 85-45.946, *Bull. civ. V*, n° 608, *JCP N* 1989, Pratique, p. 189.

dance)⁶⁸, sa qualification ou l'emploi exercé. Néanmoins, il est préférable que les parties précisent, sur un support écrit, les différentes fonctions techniques que le dirigeant devra réaliser en sa qualité de salarié. En effet, sans que l'existence du contrat de travail ne soit contestée, il est nécessaire, comme nous le verrons, de pouvoir distinguer les fonctions exercées en qualité de mandataire de celles exercées en qualité de salarié. Une définition claire des fonctions salariales permet d'établir cette distinction.

144. Le contrat de travail de l'administrateur doit impérativement être antérieur à la prise des fonctions sociales. Cette règle n'a pas de fondement légal. Simplement, la loi de 1966⁶⁹ qui a réglementé le cumul à l'égard des administrateurs, ne l'a envisagé que sous l'angle de l'accession d'un salarié à un mandat social. C'est la Cour de cassation qui s'est prononcée sur l'interdiction du cumul par un administrateur sur la base de deux textes⁷⁰. L'un interdit aux administrateurs de percevoir une rémunération autre que celle prévue pour leur mandat (art. L 225-44 C.com). Ensuite, il est possible de déduire de l'article L 225-22 C.com que, s'il se borne à déterminer les conditions sur le fondement desquelles un salarié peut devenir administrateur, c'est qu'*a contrario*, l'inverse n'est pas possible. La condition d'antériorité était à l'origine fixée à deux ans, avant d'être supprimée par la loi dite Madelin en 1994⁷¹ qui n'a cependant pas remis en cause le principe de l'antériorité, même brève, la conclusion simultanée du contrat de travail avec l'accession aux fonctions de direction étant exclue. Néanmoins, si une clause statutaire continue de prévoir une ancienneté de deux ans, cette durée s'impose. La condition d'antériorité ne fait pas obstacle à ce que les parties modifient le contrat préexistant en cours de mandat dès lors qu'il ne ressort pas de cette modification que les parties ont entendu en réalité lui substituer un nouveau contrat (ce qui est le cas si, par exemple, les fonctions du salarié dans la société se trouvent modifiées).

145. A l'égard des membres du directoire, la possibilité pour eux de cumu-

68. En l'absence de disposition législative déterminant la forme que doit revêtir un contrat dans le cadre d'un cumul, il convient de se référer aux règles posées par le code du droit du travail qui dispose en son article L. 121-1 que le contrat de travail est librement établi par les parties.

69. Loi n°66-537 du 24 juill. 1966 sur les sociétés commerciales.

70. Soc., 7 juin 1974, *Rev. soc.* 1975, 91, Y. CHARTIER ; *RTD com.* 1975, p. 117, n°7, note R. HOUIN ; Com., 7 mars 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 435, n°155 ; *JCPE* 1989, II, 15562, n°5, A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

71. Art. 12, I, de la loi n° 94-206 du 11 fév. 1994 dite « loi Madelin ».

ler des fonctions de mandataire avec un contrat de travail (que ce soit antérieurement ou *a posteriori* de leur nomination en tant que mandataire social) découle implicitement de l'article L 225-61, al. 2 du Code de commerce qui n'émet aucune réserve à cet égard : « *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* ».

146. La condition d'antériorité doit se cumuler avec le critère de l'effectivité du contrat de travail correspondant (L. 225-22, al. 2 C.com). Cela implique d'une part que les fonctions techniques soient nettement définies et distinctes des fonctions de direction générale⁷². Le contrat de travail n'est pas considéré comme effectif lorsque la nouvelle prise de fonction résulte de l'absorption des fonctions salariées par le mandat social⁷³. Plusieurs éléments sont susceptibles de prouver cette dichotomie : le caractère permanent de l'exercice des attributions salariales, une dimension suffisamment importante de l'entreprise⁷⁴ ainsi qu'une organisation interne rendant possible cette séparation. Il est nécessaire pour le dirigeant de percevoir une rémunération distincte en contrepartie du travail salarié⁷⁵, correspondant au montant habituel relativement à la nature de l'emploi effectué. La dualité de rémunération n'implique cependant pas forcément deux rétributions effectives puisqu'il est possible d'exercer un mandat à titre gratuit.
147. D'autre part, le dirigeant doit, dans ses fonctions salariées, être placé dans un réel état de subordination, sans interférence avec son mandat social⁷⁶. Le lien de subordination disparaît si l'intéressé a des pouvoirs exclusifs sur les modalités d'exercice de ses fonctions techniques grâce à

72. Bordeaux, 1^{er} ch., 9 oct. 1992, *Bull. Joly* 1993, p. 211, note J.-P. DOM (cumul irrégulier en raison de la confusion entre des fonctions de nature technique et administrative avec celles de président du directoire) ; Paris, 18^e ch., sect. C, 11 sept. 2003, n° 01-35237 (cumul irrégulier en raison de ce que le contrat de travail du président du directoire portait sur des fonctions inhérentes au mandat social) ; Soc., 16 oct. 1991, *Bull. civ.* V, n° 408 (cumul régulier d'un président du conseil d'administration poursuivant ses fonctions de comptable après sa nomination).

73. Soc., 22 mai 1995, n° 94-41.787, *Bull. Joly* 1995, p. 860, note P. REIGNE (défaut de preuve de l'exercice effectif de travaux de nature technique par un directeur général au sein de la société).

74. Paris, 23 nov. 1988, *Gaz. Pal.* 1989, I, som., p. 206 (impossibilité du cumul du contrat de travail et des fonctions de directeur général au vu de la petite taille de la société anonyme).

75. Soc., 11 déc. 1996, n° 93-44.765.

76. Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 sept. 2003 susmentionné (le contrôle du conseil de surveillance opéré sur les fonctions inhérentes au mandat social du président du directoire résulte du cadre légal du partage de pouvoir dans la société anonyme et ne peut à ce titre constituer une preuve du lien de subordination).

son mandat social. Par conséquent, si les fonctions techniques sont détachables des fonctions sociales mais que, dans l'exercice de ses fonctions salariées, le P-DG agissait en toute indépendance (toutes les décisions relatives à cette fonction étant prises exclusivement par lui-même), le cumul serait réputé irrégulier⁷⁷.

L'appréciation de l'effectivité de l'emploi salarié en tant que condition de validité du cumul se réalise en deux temps pour les administrateurs. Elle doit pouvoir être constatée avant la nomination aux fonctions sociales (art. L 225-22, al. 1 C.com). Le second temps, commun aux autres organes de direction de la société anonyme, dure toute la vie du mandat. L'exigence du caractère effectif de l'emploi salarié correspond à la seule condition applicable au cumul de fonctions salariales avec un mandat de directeur général, de directeur général délégué (sans la qualité d'administrateur) ou de membre du directoire. En effet, pour ces derniers dirigeants, il n'existe pas de condition d'antériorité.

148. Ensuite, L'art L. 225-22, al 1 et 2 C.com limite à un pourcentage la présence d'administrateurs élus par l'assemblée générale titulaires d'un contrat de travail. Ce pourcentage ne peut être supérieur au tiers des membres en fonction. Lorsque le nombre d'administrateurs n'est pas divisible par trois, il faut se référer au premier nombre entier inférieur⁷⁸.

b) Les sanctions des interférences et l'impossible pratique de l'indépendance

149. Le non-respect des conditions du cumul des fonctions sociales et salariées est sanctionné différemment en fonction de la condition légale du cumul qui fait défaut. A côté des exclusions légales du cumul, certains facteurs excluent en pratique le cumul de ces fonctions.
150. Si l'antériorité du contrat de travail fait défaut, c'est la nullité de celui-ci qui est encourue⁷⁹ (article L 225-22, al 1er C. com). Cette nullité ne peut être régularisée, avec les conséquences que cela entraîne *a fortiori* : restitution des salaires illégitimement perçus au titre du contrat de travail⁸⁰ avec la possibilité toutefois d'obtenir une indemnisation de la société en

77. Soc., 17 oct. 1979, n° 78-40.776 ; Soc., 5 juill. 1989, n° 86-18.534, *Bull. civ. V*, n° 503, *Gaz. Pal.* 1989, p. 13, *Bull. Joly* 1990, p. 278, note P. LE CANNU (cumul irrégulier en l'absence de lien du subordination du président de directoire dans l'exercice de ses fonctions techniques).

78. Rép. min. à QE n° 11082, *JO Sénat Q.* 7 mars 1972, p. 85.

79. Soc., 17 nov. 1976, *Bull. civ. IV* 479 ; Soc. 21 nov. 2006, n° 05-45.416, *D.* 2006, *AJ* p. 2986.

80. Soc., 21 fév. 2006, *RJDA* oct. 2006, n° 1044.

raison du profit qu'elle en a retiré⁸¹.

Si une personne conclut un contrat de travail, est nommée administrateur puis commence à exécuter son contrat de travail correspondant à un emploi effectif, comme le contrat de travail était ineffectif au moment de la nomination aux fonctions sociales, le mandat est frappé de nullité (L. 225-22, alinéa 1^{er}) sans affecter toutefois la validité du contrat de travail⁸². Cet article précise que la nullité du mandat « *n'entraîne pas celle des délibérations auxquelles a pris part l'administrateur irrégulièrement nommé* ». La société pourra exiger de l'intéressé qu'il restitue les jetons de présence perçus au titre de son mandat irrégulier. Il faut souligner que c'est seulement le mandat d'administrateur qui tombe, ce qui n'a pas pour effet d'entraîner le cas échéant la nullité d'un mandat de directeur général, la loi autorisant que cet organe soit choisi en dehors du cercle des administrateurs.

Si par contre, le contrat perd son effectivité au moment du cumul, la sanction de nullité couvre aussi bien le mandat (le contrat de travail ne remplissant pas la condition d'effectivité au moment de la nomination) que le contrat de travail (devenu fictif)⁸³.

151. Ainsi, l'administrateur souhaitant remplir des fonctions salariales n'a d'autre solution que de démissionner de son poste d'administrateur. Inversement, la renonciation au contrat de travail du fait d'une nomination au poste d'administrateur est sans retour : le seul moyen de redevenir salarié de la société est de renoncer au mandat social⁸⁴. Toute clause contraire est sans effet. Lorsque l'interdiction du cumul cesse, en raison par exemple de la renonciation ou de la révocation du mandat social, le contrat de travail peut exister⁸⁵.
152. Si les conditions du cumul des fonctions sociales et salariales ne sont plus remplies postérieurement à la nomination aux fonctions sociales, le contrat de travail est, en l'absence de convention contraire, depuis un arrêt de principe de la chambre sociale de la Cour de cassation du 12 décembre 1990, automatiquement suspendu durant tout le temps où le salarié aura la qualité de mandataire social⁸⁶. La suspension du contrat de travail peut avoir lieu également lorsque le salarié appelé à remplir des

81. Com., 29 mai 1997, *RTD com.* 1997, p. 648, note B. PETIT et Y. REINHARD.

82. Com., 7 mars 1989, n° 86-12.678, *Bull. civ.* IV, n° 80.

83. *Lamy Droit du Dirigeant d'Entreprise*, op. cit., n° 610-69.

84. Soc., 17 nov. 1976, n° 75-40.815, *Bull. civ.* V, n° 588.

85. Soc., 25 Fév. 1997, n° 94-45.364, *D.* 1998, comm. 185, note J.-C. HALLOUIN.

86. Soc., 12 déc. 1990, n° 87-40.596, *Bull. civ.* V, no 658, *Bull. Joly* 1991, p. 842, note P. LE CANNU, *JCP E* 1991, I, n° 61.

fonctions sociales ne souhaite pas les cumuler avec l'exécution de fonctions techniques sans pour autant souhaiter se défaire de son contrat de travail, ou lorsqu'il n'y a pas expressément renoncé ni invoqué le cumul des deux fonctions⁸⁷. Il est important de souligner l'importance pratique de ce que la société et le nouveau dirigeant conviennent du sort du contrat de travail pendant la durée d'exercice des fonctions sociales. Prévoir à l'avance ce qu'il adviendra lorsque le dirigeant aura cessé d'exercer ses fonctions sociales permet également de parer à certaines complications. A titre d'exemple, on peut mentionner le fait que le remplacement du dirigeant pendant son mandat puisse être interprété par le juge comme la disparition de son contrat si la suspension de son contrat de travail ou le caractère temporaire de son remplacement n'a pas été expressément prévu⁸⁸. Les cas de suspension concernent en général les administrateurs remplissant les fonctions de représentation de la société (P-DG, DG, DG délégué ou président du directoire) du fait de l'étendue de leurs pouvoirs, difficilement conciliables avec des fonctions salariales.

153. Le contrat de travail peut aussi se terminer en raison de la démission du dirigeant en sa qualité de salarié⁸⁹. Les juges peuvent également considérer qu'il y a novation du contrat de travail, qui disparaît au profit du mandat social⁹⁰, en raison de l'absorption des fonctions salariales par le mandat. Encore que, la novation ne se présument pas, il faudra prouver que telle était l'intention des parties (du salarié et de la société⁹¹), même si elle n'a pas à être expresse⁹². Il appartient à celui qui prétend la novation de la démontrer⁹³.
154. Si le nombre d'administrateurs salariés est en infraction avec la loi, à défaut de sanction légale, la haute juridiction a jugé que c'est la nomination au poste d'administrateur qui est frappée de nullité, sans toutefois affecter le contrat de travail⁹⁴. Lorsque le dépassement de la limite a une origine purement accidentelle (démission soudaine, mort d'un adminis-

87. Soc., 11 juin 1997, n° 95-40.424 et 95-43.681, *Bull. civ. V*, n° 218, *RTD com.* 1997, p. 651.

88. v. *Lamy Sociétés commerciales* 2013, n° 3603.

89. Soc., 15 mars 1983, n° 81-40.368, *D.* 1984, p. 99, note J. GUYENOT, *Rev. soc.* 1983, p. 354, note Y. CHARTIER.

90. Soc. 26 avr. 2000, n°97-44.241, *Bull. civ.* 2000, n° 152, p. 117, *JCP E* 2001, n° 11, p. 472.

91. Soc., 15 mai 1990, *Rev. soc.* 1990, p. 407, note Y. GUYON.

92. Soc., 11 mai 1999, n° 97-41.940, *Bull. Joly* 2000, p. 197, note T. GRANIER, *RJ com.* 2000, p. 280, note D. GIBIRILA.

93. Soc., 18 juil. 2001, n° 99-44121.

94. Soc., 11 juin 1986, *JCP E* 1986. I. 15846, n°10.

trateur), il ne semble pas que le juge en tienne compte à moins qu'il ne se prolonge dans le temps. Par analogie aux dispositions de l'art L. 225-22, al. 1 C.com, la nullité du mandat d'administrateur en raison de la violation de la limite quantitative ne devrait pas frapper de nullité les délibérations auxquelles a participé l'intéressé.

155. Les tentatives de contournement de la règle de non-cumul des fonctions par un administrateur constituent une fraude. Ainsi, l'ancien administrateur devenu salarié ne peut immédiatement recouvrer son mandat social⁹⁵. Si aucune durée légale d'antériorité n'est exigée aujourd'hui, il est possible que l'écart entre la conclusion du contrat de travail et la nomination aux fonctions sociales ne soit que de quelques jours dès lors que les deux actes ne sont pas concomitants. Néanmoins, est susceptible de constituer une fraude le fait pour un administrateur de conclure un contrat de travail juste avant sa nomination en qualité d'administrateur, en particulier si une clause prévoit une forte indemnité en cas de rupture des relations de travail car le montant des indemnités de rupture peut porter atteinte au principe de libre révocabilité des mandataires sociaux⁹⁶.

156. Il est important de noter qu'au vu des règles de cumul posées par le législateur, il existe certaines fonctions avec lesquelles le cumul est pratiquement impossible : c'est le cas lorsque, malgré le fait que les fonctions techniques en application du contrat de travail soient clairement détachables des fonctions sociales, il est impossible au vu des pouvoirs et de l'autonomie du dirigeant que soit établi le lien de subordination et qu'un contrôle puisse être exercé sur l'exercice des fonctions salariales. Il arrive que la seule circonstance que le dirigeant concentre tous les pouvoirs de gestion et de direction suffise à établir l'absorption des fonctions salariales par le mandat⁹⁷. Dans ce sens, une recommandation à l'égard des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé de l'AFEP/MEDEF du 6 octobre 2008, qui complète le Code de gouvernement d'entreprise, préconise aux présidents de directoire, au P-DG, directeurs généraux et directeurs généraux délégués de ne pas cumuler leurs fonctions sociales avec un contrat de travail⁹⁸, à

95. Soc., 18 mai 2005, *RJDA* 11/05, n° 1243, *RTD com.* 2006. 138, note P. LE CANNU.

96. Soc., 30 mars 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 1107, note J.-P. DOM.

97. Soc., 19 fév. 1997, n° 93-43.690, *Rev. soc.* 1997 p. 533, note P. DIDIER ; Paris, 1^è ch. A, 28 janv. 1997, *RJDA* 1997, no 658, *Bull. Joly* 1997, p. 658 (l'impossibilité du cumul résulte intrinsèquement de la plénitude des pouvoirs conférés au P-DG, incompatible avec l'état de subordination).

98. Code AFEP – MEDEF, déc. 2008, pt. 19.

moins que l'intéressé n'exerce des fonctions sociales dans une filiale sur le fondement d'un contrat de travail passé avec une société mère.

157. C'est pourquoi généralement l'exercice du mandat de directeur général telle qu'issu de la réforme du 15 mai 2001 est en pratique incompatible avec l'exercice de fonctions salariales au sein de la même société. L'appréciation du cumul des fonctions de directeur général et de salarié est à rapprocher de la situation du P-DG antérieurement à la dissociation des fonctions. En vertu de l'article L 225-56, al 1^{er} du C.com, le directeur général est désormais « *investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société* » ce qui a pour conséquence notamment qu'il peut, sauf exceptions, prendre seul et sans le contrôle du conseil d'administration, toutes les décisions indispensables à la marche générale de l'entreprise. La remarque est d'autant plus pertinente à l'égard des dirigeants qui sont en même temps actionnaires majoritaires de la société où ils exercent leur mandat.

Néanmoins, dans une SA de forme classique par exemple, il est possible de concevoir que le pouvoir de direction et de contrôle de la fonction technique puisse être exercé par le conseil d'administration⁹⁹. Il s'agirait finalement de concevoir un cumul adapté à un cas individuel sans avoir la garantie qu'il soit reconnu régulier par les juges.

158. La question se pose de savoir si l'extinction d'un des deux rapports de droit produit des effets sur le second. La réponse est en principe négative en vertu du principe général d'indépendance des rapports juridiques qui implique une autonomie juridique du contrat de travail par rapport au mandat social. Cette règle a été consacrée relativement aux membres du directoire dans le code de commerce (art. L. 225-61, al. 2) qui dispose que, lorsque le membre du directoire a conclu avec la société un contrat de travail, la révocation de ses fonctions sociales ne met pas fin à ce contrat, lequel obéit à ses propres causes d'extinction. La même solution s'applique bien entendu aux dirigeants de société anonyme à conseil d'administration¹⁰⁰. A l'issue du mandat (quelle que soit sa cause d'extinction) le contrat de travail qui a été suspendu reprend vie. La société a l'obligation de fournir un emploi salarié à l'ancien dirigeant qui béné-

99. Rouen, 1^è ch., 29 nov. 2000, *RJS* 7/2001, n° 941 (le lien de subordination peut être caractérisé lorsque dans ses fonctions salariales, le président du conseil d'administration - avant la loi NRE, est soumis au contrôle du conseil auquel il était hiérarchiquement subordonné).

100. Soc., 14 juin 2000, n° 97-45.852, *Bull. Joly* 2000, p. 950, note G. AUZERO, *JCP E* 2001, p. 138, note C. PUIGELIER, *RJDA* 12/00 n° 1098, (au sujet de la révocation d'un directeur général de société anonyme salarié de la société).

ficiait d'un cumul (qui peut différer du poste précédemment occupé par l'intéressé).

La société peut souhaiter à l'issu du mandat rompre ses relations contractuelles avec l'ancien dirigeant. Cependant, le principe d'autonomie fait qu'il n'est pas possible pour l'employeur de justifier le licenciement du salarié par des faits rattachés à l'exercice de ses fonctions en tant que mandataire ou inversement, pour les dirigeants révocables sur juste motif, de se servir d'éléments survenus lors de l'exercice des fonctions salariées pour appuyer la juste révocation ¹⁰¹.

159. Le cumul régulier a réellement pour effet de mettre à la tête d'une seule personne deux statuts distincts, avec leur régime propre. En fonction de l'objet d'un litige, le tribunal de commerce ou le conseil des prud'hommes sera compétent (respectivement pour ceux relatifs aux fonctions sociales et au contrat de travail). Le dirigeant est, en sa qualité de mandataire social, tributaire de la fragilité de son mandat tandis que, dans ses fonctions de salarié, il bénéficie des règles protectrices du droit du travail. Les conventions d'indemnisation incluse dans le contrat de travail ne doivent pas entraver le principe de libre révocabilité des mandataires sociaux, ce qui est le cas lorsqu'une convention d'indemnisation incluse dans le contrat de travail met à la charge de la société de considérables indemnités de rupture, ce qui peut dissuader la société de révoquer un mandat social ¹⁰². Les juges seront particulièrement sensibles aux contrats de travail contenant ce genre de stipulations et conclus seulement quelques jours avant la nomination aux fonctions sociales ¹⁰³. En tout état de cause, les clauses visant à détourner la libre révocabilité de ces mandataires sociaux sont illicites et atteintes de nullité absolue.

B.2 Le cumul de statuts en droit polonais

160. Bien que la superposition du double rapport juridique des dirigeants sociaux en droit polonais soit une pratique largement répandue, le législateur n'a pas prévu de contrat spécifique prenant en compte la spécificité des fonctions exercées par les mandataires sociaux. Cependant, la dis-

101. Grenoble, 3 nov. 2011, n° 09/04999, *Dr. sociétés* 2012, comm. 47, note M. ROUSSILLE (il résulte du principe d'indépendance que la circonstance selon laquelle un membre du directoire qui renonce à poursuivre son employeur afin de contester le caractère réel et sérieux de son licenciement peut toujours agir en indemnisation pour révocation abusive au titre de son mandat).

102. Com., 4 juin 1996, n° 94-15.238, *Bull. civ.* V, n° 162.

103. Soc., 30 mars 1999, n° 97-42.060.

inction entre les deux rapports juridiques est moins étanche qu'en droit français. Ces deux liens interagissent dans une certaine mesure en raison de leur identité d'objet. Le contenu matériel du contrat en marge du mandat est également influencé par ce dernier, de manière à ce que le contrat n'entrave pas l'application des règles du droit commercial (a). Dans ce sens, l'articulation de ces différents contrats avec le mandat social peut varier. Le contrat de travail, qui est le contrat le plus fréquemment employé, servira de socle de comparaison (b).

a) Les interférences entre les deux rapports juridiques au service du cumul des statuts de salarié et de dirigeant social

161. Les rapports entre le mandat social et le second lien contractuel peuvent se décliner sous deux angles au moins. L'un a trait à l'influence des normes de droit commercial sur le contenu matériel du contrat conclu en marge du mandat social. Le second s'intéresse à l'existence de ces deux liens, qui se caractérise par une autonomie juridique seulement de principe.
162. Il convient de garder à l'esprit que « *le statut juridique du dirigeant social d'une société de capitaux est déjà régulé de manière impérative par le droit commercial, qui revêt à ce titre un caractère dominant par rapport aux normes du droit du travail qui ne peuvent jouer qu'un rôle secondaire* ¹⁰⁴ ». Les qualités du statut de dirigeant définies par le droit commercial doivent toujours être prises en compte dans l'application des normes du droit du travail à cette catégorie de travailleurs ¹⁰⁵. C'est pourquoi la détermination du contenu du contrat de travail doit se réaliser sous « *le prisme des normes du droit commercial qui dominent la réglementation de leur statut* ¹⁰⁶ ».
163. En droit polonais, le contenu du contrat de travail conclu avec les membres du directoire connaît quelques adaptations au vu du caractère particulier de son objet qui est l'exercice de fonctions sociales. A. Nowak, dans une étude relative à "Certaines caractéristiques du contenu des contrats

104. « *Z normatywnej struktury statusu prawnego zarządu spółki kapitałowej wynika, że dominującą rolę w tej strukturze odgrywają normy prawa handlowego, natomiast normy prawa pracy odgrywają jedynie drugoplanową, służebną rolę.* », H. LEWANDOWSKI, *Z zagadnień współczesnego prawa pracy*, op. cit., p. 476.

105. Ibid. p. 475.

106. « (...) *przez pryzmat dominującej w ich statusie regulacji prawa handlowego.* », H. LEWANDOWSKI, *Z zagadnień współczesnego prawa pracy*, op. cit., p. 476.

de travail des membres des organes de direction des sociétés de capitaux¹⁰⁷”, met en relief la question de la détermination du type de travail que le dirigeant s’engage à effectuer pour le compte de la société, contenu qui doit en vertu du code de travail être déterminé. En principe, les parties déterminent librement le contenu de leurs engagements. Selon l’article 22 § 1 du code de travail polonais (ci-après k.p.¹⁰⁸), le salarié ne s’engage à effectuer que les travaux décrits dans le contrat de travail. La question qui se pose est de savoir si les parties à un contrat de travail ayant pour objet l’exercice d’un mandat social sont libres de déterminer la nature des services que le dirigeant va devoir effectuer pour le compte de la société. Ce point appelle deux remarques. La première est que les pouvoirs de l’organe de direction et de ses membres sont déjà régulés par la loi. La seconde est que la jurisprudence (appuyée par la doctrine) s’est prononcée en faveur de la reconnaissance d’une compétence présumée du directoire pour accomplir les actes qui n’ont pas été expressément attribués à la compétence d’un autre organe de la société en vertu d’un texte législatif ou de dispositions internes à la société¹⁰⁹.

164. Les compétences légales des membres du directoire sont à la fois suffisantes et impératives. La détermination du contenu du contrat de travail doit dans ce sens avant tout être au service de la réalisation des fonctions découlant du mandat social (la représentation et la conduite des affaires de la société), telles que régulées par les normes de droit commercial. La prise en compte des règles impératives du droit commercial a pour effet d’écarter la liberté contractuelle de principe dans la formation du contrat de travail et d’individualiser les conditions d’emploi de cette catégorie de travailleurs¹¹⁰.

Les stipulations du contrat de travail qui contreviennent aux normes de droit commercial sont réputées non-écrites. L’anéantissement rétroactif de ces clauses peut aboutir à une détermination insuffisante du travail à réaliser, contrevenant à cette condition de formation du contrat de travail, qui va alors être considéré comme n’ayant jamais été formé. La nullité du contrat de travail qui a pour objet l’exercice du mandat social n’a aucun effet sur les droits et obligations du dirigeant dans l’exercice de ses fonctions sociales car le mandat social constitue le cadre normal d’exercice de ses fonctions et qu’il se suffit à lui-même. Dans ce sens, un

107. “O niektórych składnikach umowy o pracę członków zarządu spółek kapitałowych”, in H. LEWANDOWSKI, *Z zagadnień współczesnego prawa pracy*, op. cit., p. 475.

108. *Kodeks pracy*.

109. M. MAREK, A. KIDYBA (dir.), *Spółka akcyjna*, op. cit., p. 293 (éd. électronique).

110. H. LEWANDOWSKI, *Z zagadnień współczesnego prawa pracy*, op. cit. p. 475.

arrêt de la Cour d'appel de Katowice est venu rappeler que la nomination aux fonctions sociales n'entraîne pas par elle-même la création d'un rapport de nature contractuelle en marge du mandat, à moins que l'acte de nomination mentionne cet aspect et qu'enfin, le membre du directoire et la société n'ont pas l'obligation de conclure un tel contrat ¹¹¹.

La même remarque s'applique pour tout autre lien contractuel liant le dirigeant à la société en complément du mandat social (tel un contrat d'entreprise ou de management). La conclusion, le cas échéant, d'un contrat en marge du mandat social est donc sans effet sur les attributions du membre du directoire qui découlent de son mandat, l'étendue de ses obligations et de sa responsabilité tel que réglées par les normes de droit commercial.

165. L'indépendance du lien social et du lien externe est prévue à l'article 370 § 1 phrase 2 du k.s.h., qui dispose que la révocation du membre du directoire se fait « *sans préjudice de ses prétentions résultant des relations de travail ou de tout autre relation légale concernant l'exercice des fonctions de membre du directoire* ¹¹² ».

L'indépendance juridique de ces deux contrats a plusieurs conséquences que la jurisprudence a eu l'occasion de préciser. Le principe de cadence des organes des sociétés commerciales ainsi que la règle qui limite la possibilité de renouveler un mandat avant l'année précédant la fin de la cadence en cours n'oblige pas la société à conclure avec les mandataires sociaux des contrats de travail à durée déterminée calqués sur la durée de la cadence ¹¹³. Le contrat de travail peut être conclu à durée indéterminée. D'autre part, la cessation des fonctions de direction n'entraîne pas la rupture de plein droit du contrat de travail. L'ancien dirigeant peut en effet au terme de sa cadence continuer à être employé dans la société à des fonctions différentes ¹¹⁴ (par exemple en tant que directeur technique). Même lorsque le contrat de travail avait pour objet exclusif l'exercice du mandat social, le changement de position dans la société et de salaire ne doit pas forcément s'accompagner de la résiliation du contrat de travail liant les parties jusque-là, mais peut résulter soit d'un accord conventionnel portant sur la modification des termes du contrat ou bien être imposé par l'employeur sous la forme d'un préavis de modification, qui permet à l'intéressé de disposer d'un délai pour accepter ou

111. SA., Katowice, 27 mai 1993, III APr 30/93, OSA 1994/6/46.

112. Traduction proposée par : A. CHARABOŁOWSKI, *Kodeks spółek handlowych - Code des sociétés commerciales (wersja polsko-francuska)*, op. cit., p. 281 (art. 370 § 1 phrase 2).

113. SN., 10 août 2000, I PKN 758/99, OSNP 2002/5/107.

114. R. SADLIK, "Umowa o pracę z członkiem zarządu spółki kapitałowej", op. cit., p. 70.

refuser les nouvelles conditions de travail. Le refus de l'intéressé permet à l'employeur de résilier le contrat de travail une fois le délai de préavis écoulé (article 42 k.p.).

166. Ce principe d'autonomie connaît des limites importantes. Lorsque le contrat de travail a pour seul objet l'exercice du mandat social, l'indépendance de ces deux rapports n'est que fictive et théorique. Le dirigeant employé au titre de l'exercice de fonctions sociales n'a de « valeur » pour la société qu'en tant que mandataire social. C'est là le seul aspect qui a été considéré par la société pour se lier à l'individu (sur le fondement du mandat social et du contrat de travail). Il en va différemment lorsque le dirigeant exerce en marge de ses fonctions sociales des fonctions techniques. Le dirigeant dans ce cadre a été spécialement choisi pour exercer ces fonctions salariées et sa « valeur » en tant que salarié est indépendante de ses performances de dirigeant. Lorsque ses fonctions sociales cessent pour quelque cause que ce soit, il reste une ressource pour l'entreprise. Par ailleurs, lorsque au contraire le contrat de travail ne vise que l'exercice des fonctions sociales, le membre du directoire révoqué reste seulement lié à la société par un contrat de travail qui n'a plus d'objet et qui ne peut plus être exécuté (l'intéressé ne peut plus exercer les fonctions de membre du directoire). Dans ce sens, la Cour Suprême a jugé dans un arrêt du 25 novembre 1997 que la révocation du président du directoire de cet organe est une cause réelle et sérieuse justifiant la rupture du contrat de travail, le contrat ayant pour unique objet sa fonction de président du directoire¹¹⁵. Les juges admettent que le contrat de travail conclu à durée déterminée avec un membre du directoire peut stipuler que sa résiliation avant terme sera subordonnée à la révocation du dirigeant de son mandat social¹¹⁶. Un seul acte peut contenir à la fois la décision de révoquer le président du directoire de cet organe et la résiliation de son contrat de travail¹¹⁷. On notera que si le conseil de surveillance souhaite se séparer d'un dirigeant employé par la société, il doit résilier le contrat de travail passé avec l'intéressé en même temps que sa révocation. Si la résiliation n'est pas concomitante à la révocation, l'intéressé ne revêt plus que le statut de salarié et l'organe compétent pour prononcer une résiliation ultérieure est le directoire¹¹⁸. La Cour a encore jugé que le droit d'un membre du directoire d'obtenir

115. SN., 25 nov. 1997, I PKN 388/97, *OSNAP* 1998/18/540 ; SN., 26 janv. 2000, I PKN 479/99, *OSNAP* 2001/11/377.

116. SN., 1 juill. 1998, I PKN 63/98, *OSNAP* 1999/14/462.

117. SN., 26, sept. 2006, II PK 4 7/06, *Mon. Praw.* 2006, n° 20, p. 1073.

118. SN., 23 janv. 2004, I PK 213/03, *Mon. Praw.* 2004, n° 5, p. 203.

une indemnisation au titre de la rupture de son contrat de travail peut être influencé par les causes de sa révocation du directoire ¹¹⁹.

b) Les différentes articulations entre le mandat social et les contrats visant son exercice

167. Le membre du directoire d'une société anonyme polonaise a le choix entre plusieurs types de contrats dont l'objet est de formaliser ses droits et obligations ainsi que celles de la société dans le cadre de l'exercice de ses fonctions sociales. Chacun de ces contrats présente certaines caractéristiques et notamment des avantages et inconvénients qui leur sont propres. La place donnée à la liberté contractuelle (et donc à l'autonomie dans la détermination des obligations respectives des parties) varie en fonction de la nature du contrat. Le contrat de travail servant le plus fréquemment de fondement à la contractualisation des relations entre la société et le dirigeant, il servira de socle de comparaison.

168. Lorsque le dirigeant social conclut avec la société un contrat de travail, il obtient le statut de salarié au sens de la législation du travail. A ce titre, le droit du travail s'applique à ses droits et obligations salariées ¹²⁰. Il bénéficie de la même protection sociale que celle offerte aux salariés « traditionnels » contrairement aux dirigeants employés par exemple sur le fondement d'un contrat d'entreprise ou de prestation de service qui ne rentre pas dans le champ d'application de la législation du travail. Les contrats de travail conclus par cette catégorie de travailleurs ne se différencient point en principe de ceux conclus par les salariés « ordinaires » ¹²¹. Le contrat de travail doit déterminer les conditions d'emploi de l'intéressé conformément aux dispositions du droit du travail, soit les caractères du travail à effectuer, le lieu, le volume horaire, le montant de la rémunération, sa date de prise d'effet (art. 29 § 1 k.p) sous réserve qu'un tel contrat n'entrave pas la réalisation des objectifs posés par le droit commercial ce qui, comme on l'a vu, le dote de certaines spécificités dans son contenu. Un tel contrat contient aussi généralement certaines stipulations supplémentaires par rapport aux contrats des « salariés ordinaires » portant par exemple sur la possibilité pour le dirigeant de recevoir une rémunération complémentaire lorsqu'un certain niveau

119. SN., 27 janv. 2004, I PK 191/03, OSNP 2004/23/403.

120. SA., Katowice, 27 mai 1993 précité.

121. R. SADLIK, "Umowa o pracę z członkiem zarządu spółki kapitałowej", *Pr.Sp.* 2009, n° 7-8, p. 68.

de bénéfiques est réalisé par la société¹²². Les stipulations contractuelles ne peuvent être moins bénéfiques pour le salarié que les dispositions du droit du travail¹²³.

La durée du contrat est indifférente : ce peut être un contrat à durée indéterminée, déterminée ou conclu pour la durée correspondant à l'accomplissement d'un travail déterminé. La période d'essai ne semble cependant pas adaptée pour seconder le mandat social¹²⁴.

169. Il y a certaines différences non négligeables entre les contrats de travail conclus à durée déterminée et ceux à durée indéterminée. Le code de travail prévoit une protection supplémentaire à l'égard des salariés engagés pour une période indéterminée. Notamment, la liberté de résilier le contrat de travail est fortement restreinte du côté de la société.

Dans ce sens, la décision de résilier le contrat à durée indéterminée par la société doit être motivée. La cause de la résiliation doit présenter un caractère réel et sérieux (art. 30 § 4 k.p.). L'employeur a l'obligation, en cas de révocation, de fournir à l'intéressé un poste salarié pendant toute la durée du préavis (de trois mois dans le silence du contrat). Il est utile pour la société de stipuler dans le contrat la possibilité de le résilier après l'écoulement d'un préavis de deux semaines afin qu'elle puisse résilier le contrat immédiatement après la cessation du mandat social. La rupture injustifiée du contrat de travail ou contraire aux dispositions légales est sanctionnée par la nullité. Elle fonde le juge à ordonner la restitution de l'intéressé dans la société et condamner celle-ci à lui octroyer des dommages et intérêts.

Cependant, le caractère réel et sérieux est caractérisé lorsque l'intéressé a été révoqué de ses fonctions, qu'il manque de compétences ou lorsqu'il est en conflit avec les autres membres du directoire¹²⁵.

170. La résiliation d'un contrat à durée déterminée supérieure à six mois est plus simple. Les parties à ce contrat peuvent le résilier à condition de respecter un délai de préavis de deux semaines (qu'il est possible d'écourter par une stipulation contractuelle¹²⁶ lors de la conclusion du contrat ou plus tard, pendant l'exécution de ce dernier à condition d'insérer cette clause dans une annexe au contrat). Par ailleurs, les juges n'ont pas à

122. Ibid.

123. SN., 5 juill. 2005, I PK 276/04, *Wokanda* 2006/2/23.

124. R. SZCZĘSNY, *Zarząd w spółkach kapitałowych*, p. 72 ; L. PISARCZYK, "Podstawy nawiązania stosunku pracy z członkiem zarządu spółki kapitałowej", *PiZS* 1998, n° 10, p.18.

125. R. SADLIK, "Umowa o pracę z członkiem zarządu spółki kapitałowej", op. cit., p. 70.

126. SN., 14 juin 1994, I PZP 26/94, *OSNAP* 1994/8/126.

contrôler les motifs de la résiliation du contrat comme c'est le cas dans le cadre d'un contrat à durée indéterminé. Les juges ne peuvent opérer qu'un contrôle de la légalité du licenciement, ce qui ne s'étend pas à la question de savoir si le licenciement était ou non justifié¹²⁷. Lorsque le licenciement est irrégulier, l'intéressé peut seulement prétendre à une réparation (art. 50 § 1 k.p.) et non sa réintégration dans la société comme c'est le cas dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée. La même solution s'applique à l'égard des dirigeants bénéficiant d'un contrat d'entreprise ou de prestation de services qui ne peuvent prétendre, dans une situation homologue, qu'à des dommages et intérêts.

Lorsqu'une stipulation calque la durée du contrat de travail sur la durée de la cadence, celui-ci est réputé être un contrat à durée déterminée¹²⁸. Il est conseillé de calquer la date d'expiration du contrat de travail sur le jour de la tenue de l'assemblée générale ayant pour objet d'approuver les comptes du dernier exercice social complet d'exercice des fonctions de membre du directoire, afin de synchroniser le contrat avec l'exercice effectif des fonctions sociales. La conclusion de trois contrats de travail consécutifs à durée déterminée a pour effet de changer la qualification du contrat en contrat à durée indéterminé (art. 25 § 1 k.p.).

171. Le contrat peut aussi être conclu pour la durée correspondant à l'accomplissement d'un travail déterminé. A la différence du contrat à durée déterminée dans laquelle la date d'extinction est connue, celle du contrat conclu pour la durée correspondant à l'accomplissement d'un travail déterminé est dans une certaine mesure imprévisible car elle dépend de facteurs indépendants et difficiles à prévoir à l'avance. Dans le cas du mandataire social, ce contrat est calqué sur la durée d'exercice du mandat social¹²⁹.

L'intérêt du contrat conclu pour la durée correspondant à l'accomplissement d'un travail déterminé est que celui-ci prend fin automatiquement avec la fin du travail décrit dans le contrat (art. 30 § 1 point 5 k.p.). De cette façon, si le dirigeant est révoqué de ses fonctions, son contrat de travail prend fin le jour même de la révocation sans autres formalités¹³⁰ (sous réserve que celles-ci constituent l'objet exclusif du contrat de travail). Un inconvénient majeur peut cependant être soulevé. La doctrine fait remarquer que le code de travail n'a pas prévu de possibilité de résilier les contrats conclus pour la durée correspondant à l'accomplisse-

127. R. SADLIK, "Umowa o pracę z członkiem zarządu spółki kapitałowej", op. cit., p. 74.

128. R. SZCZĘSNY, *Zarząd w spółkach kapitałowych*, op. cit., p. 72.

129. SN., 25 janv. 2007, I PK 213/06, OSNP 2008/5-6/63.

130. R. SADLIK, "Umowa o pracę z członkiem zarządu spółki kapitałowej", op. cit., p. 73.

ment d'un travail déterminé avant leur terme. Toute clause dans ce sens est réputée non-écrite¹³¹. L'employeur ne peut non plus imposer au salarié un préavis de modification du contrat de travail. La société est donc liée par le contrat de travail et ses termes pendant toute la durée d'exercice des fonctions sociales, tandis que les contrats à durée déterminée et dans une certaine mesure les contrats à durée indéterminée permettent, nonobstant l'exercice continu des fonctions sociales, la rupture licite du contrat de travail.

172. Les contrats de droit civil se caractérisent par une plus grande liberté contractuelle dans la détermination des droits et obligations respectives des parties. Ils sont soustraits aux normes impératives du droit du travail qui ont vocation à protéger le salarié et lui octroient à ce titre certains droits spécifiques. Dans le cadre du contrat de prestation de services, le dirigeant est exclu de tous les privilèges découlant d'un statut salarié (congés payés, couverture sociale, délai de préavis, possibilité d'ester devant le tribunal du travail pour non-respect des conditions légales de rupture des relations contractuelles¹³²). Les parties peuvent librement déterminer la date de fin du contrat de prestation de service et introduire une clause en vertu de laquelle le bénéficiaire peut résilier le contrat à tout instant et sans justification (art. 746 k.c.). Si le dirigeant prestataire est révoqué de ses fonctions, la société bénéficiaire peut librement rompre le contrat sans autres formalités.

Parce que les contrats de droit civil sont moins protecteurs, les dirigeants n'optent guère (ou sont rarement d'accord) pour encadrer l'exercice de leur mandat social par de tels contrats.

173. Le contrat de management est un contrat innommé conclu entre une société et une personne physique, sur le fondement duquel elle s'engage à diriger la société en contrepartie d'une rémunération. Les contrats de management sont fréquemment utilisés dans les grandes sociétés où les associés ne sont pas intéressés par la direction de l'entreprise et préfèrent appeler des personnes qualifiées dans ce domaine.

Le contrat de management doit être distingué du contrat managérial *stricto sensu*¹³³ (encore appelé contrat de direction) qui trouve un fondement textuel dans l'article 17 de la loi du 30 août 1996 relative à la

131. R. SADLIK, "Umowa o pracę z członkiem zarządu spółki kapitałowej", op. cit., p. 73.

132. R. SADLIK, "Zatrudnienie członków zarządu w spółkach kapitałowych", *Pr. Pracy* 1999, n°8, p. 13.

133. A. KOCH (dir.), J. NAPIERAŁA (dir.), *Prawo spółek handlowych*, Wolters Kluwer Polska, 2013, p. 442.

commercialisation et la privatisation¹³⁴ et se voit réguler par le droit civil. C'est un contrat que la société peut conclure avec une personne physique mais aussi une personne morale. Ce type de contrat a la spécificité de ne pas s'ajouter à un lien interne préexistant (le mandat social). Le co-contractant est strictement un tiers par rapport à la société : il n'exerce des fonctions de direction qu'en vertu du contrat qu'il a conclu avec la société. Le *manager* viendra exercer les fonctions de direction en marge des organes statutaires et légaux de la société¹³⁵. Le *manager* a l'obligation d'exercer ses fonctions avec toute la diligence qu'on peut attendre d'un bon père de famille. Le dirigeant négligeant dans l'exercice de ses fonctions engage sa responsabilité. Il arrive que ces contrats contiennent également des clauses typiques aux contrats d'entreprises qui imposent des obligations de résultat. Ces obligations de résultat peuvent consister dans l'obtention d'un certain niveau de bénéfices, ou encore l'introduction de la société en bourse¹³⁶. Lorsque le dirigeant n'a pas réalisé les obligations contenues dans son contrat, il engage sa responsabilité. Il est intéressant de noter qu'il s'agit d'un cas dans lequel un dirigeant de société anonyme (qui n'est cependant pas un mandataire social), société à risques limités, va répondre personnellement sur l'ensemble de son patrimoine et ce aussi bien pour les pertes effectivement subies par la société que pour la perte des bénéfices que la société aurait pu réaliser si le dirigeant avait exercé ses fonctions avec diligence¹³⁷.

174. En droit français¹³⁸ comme polonais (22 § 1 du k.p.), l'existence d'un contrat de travail ne dépend pas de la volonté des parties ni de la qualification qu'elles ont entendu donner à leur contrat. L'existence d'un contrat de travail dépend des conditions de fait dans lesquelles ce contrat est exécuté. Tout contrat conclu par un dirigeant de société anonyme en Pologne qui remplit les critères légaux du contrat de travail (exercice d'une activité déterminée, pour le compte de l'employeur, dans un rapport hiérarchique en contrepartie d'une rémunération) se verrait requalifier en contrat de travail. Les parties à un contrat qu'elles ont entendu soumettre au droit civil doivent donc veiller à ne pas l'exécuter dans un rapport salarié. La requalification en contrat de travail modifie corrè-

134. *Ustawa z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji.*

135. A. KOCH (dir.), J. NAPIERAŁA (dir.), *Prawo spółek handlowych*, op. cit., p. 442.

136. R. SADLIK, "Zatrudnienie członków zarządu w spółkach kapitałowych", *Pr. Pracy* 1999, n°8, p. 14.

137. R. SADLIK, "Zatrudnienie członków zarządu w spółkach kapitałowych", *Pr. Pracy* 1999, n°8, p. 14.

138. Soc., 14 mai 1992, n° 89-45.300, *Bull. civ.* V, n° 309.

lativement les droits et obligations des parties de manière à ce qu'elles soient conformes aux normes du droit du travail.

175. Ces trois contrats obéissent à un certain formalisme. Ils doivent être conclus par écrit et indiquer clairement la dénomination du contrat, les conditions de son exécution, son objet (la nature du travail à effectuer), le lieu de travail, sa date de prise d'effet et le montant de la rémunération. La société est impérativement représentée, dans la conclusion des contrats passés avec les mandataires sociaux, par le conseil de surveillance ou par un fondé de pouvoir désigné sur résolution de l'assemblée générale (art. 379 § 1 du k.s.h.). Tout manquement à cette disposition relativement à la représentation de la société dans la conclusion des contrats avec les mandataires sociaux est sanctionné par une nullité absolue du contrat¹³⁹. C'est également le conseil de surveillance à qui revient le devoir de fixer le montant de la gratification du dirigeant engagé par la société à moins que les statuts n'en disposent autrement (378 § 1 k.s.h.).
176. La Cour suprême de Pologne a admis à plusieurs reprises que la nullité d'un contrat de travail ne faisait pas obstacle à ce que le dirigeant partie à ce contrat irrégulier soit considéré comme un salarié *per facta concludentia*¹⁴⁰, c'est-à-dire qu'il ait été employé par la société de manière tacite. Cette jurisprudence appelle plusieurs remarques. D'une part, elle s'applique par analogie aux dirigeants parties à un contrat de management frappé de nullité pour non-respect des règles de représentation. Cette assimilation aux dirigeants employés sur le fondement d'un contrat de travail est contestée par les auteurs qui estiment qu'un contrat de management ne constitue pas un contrat de travail et donc que l'assimilation n'est pas fondée¹⁴¹. Ensuite, le simple fait d'admettre qu'un dirigeant irrégulièrement employé par la société puisse acquérir le statut de salarié *per facta concludentia* est contesté dans la mesure où le législateur a encadré les modalités selon lesquelles le conseil de surveillance représente la société et exprime son consentement ou son refus (de manière collégiale, il vote des décisions à la majorité) ce qui écarte en principe la possibilité d'interpréter le silence ou les « signes non-langagiers » de cet organe comme l'expression de sa volonté, source de toute relation

139. SN., 23 janv. 1998, I PKN 489/97, OSNAPiUS 1999/1/8.

140. SN., 6 oct. 2004, I PK 488/03, OSP 2006//7, note L. PISARCZYK ; SN., 7 avr. 2009, I PK 215/08, *Mon. Praw. Pracy*. 2009, n° 9, p. 487 ; SN., 20 janv. 2010, II PK 178/09 (non-publié).

141. M. GIARO, "Członek zarządu spółki kapitałowej jako pracownik per facta concludentia", op. cit. p. 9.

contractuelle¹⁴². Un autre argument relève que lorsque le contrat de travail prend fin, il n'est pas tacitement reconduit car les membres du directoire exécutent leurs fonctions sur le fondement d'un mandat social ; le contrat de travail ne revêt qu'un caractère secondaire. Son extinction, le cas échéant, ne met pas à la charge de la société l'obligation de reconduire le contrat précédemment conclu¹⁴³.

177. Rien ne fait obstacle à ce que les membres du directoire soient employés sur le fondement de contrats de natures différentes¹⁴⁴ ou que certains soient liés à la société uniquement par un mandat social. Cela implique qu'ils soient traités différemment, mais seulement dans le cadre de ce rapport externe car il n'est pas possible de modifier conventionnellement l'étendue de leur responsabilité sociale ni de remanier les droits et obligations qui leur incombent en vertu de leur mandat.

142. M. GIARO, "Członek zarządu spółki kapitałowej jako pracownik per facta concludentia", op. cit. p. 9.

143. P. SKORUPA, "Podstawy prawne zatrudnienia członków zarządu w spółkach kapitałowych", op.cit., p. 21.

144. R. CZERNIAWSKI, *Zarząd spółki akcyjnej*, Oficyna 2008, p. 215.

Conclusion

178. L'organisation légale des pouvoirs au sein de la société anonyme polonaise peut être rapprochée de celle de la société par actions simplifiée française (SAS). Dans cette forme de société, souvent désignée comme une « quasi-société anonyme », le législateur a justement pris le parti d'exclure les règles classiques applicables aux organes de direction et a ainsi donné plus de place à la souplesse et à la liberté contractuelle. A titre d'exemple, dans cette forme de société, les statuts sont souverains pour déterminer les conditions de nomination des dirigeants. Il est admis qu'une entité tierce puisse désigner les dirigeants et que la nomination ou la révocation des dirigeants sociaux soient décidées par un seul actionnaire ou par certains d'entre eux seulement. On retrouve dans cette forme de société la possibilité de moduler la liberté de révocation des dirigeants et même de prévoir leur irrévocabilité. L'identité des dirigeants sociaux peut être stipulée dans les statuts à tout instant (et non seulement au moment de la constitution de la société comme c'est le cas dans la société anonyme) et comme en droit polonais, il est possible de prévoir que la modification des statuts relative à la direction soit subordonnée à l'accord des intéressés.
179. Cependant, l'absence de lien de subordination constitue en France une caractéristique de l'exercice des fonctions de direction dans le cadre d'un mandat social et la pierre angulaire de la distinction de l'activité, même de direction, exercée dans le cadre d'un contrat de travail (comme c'est le cas des directeurs techniques, qui dirigent un département, un service dans un lien de subordination par rapport aux organes sociaux de direction). Il n'est pas improbable qu'en droit polonais, les contrats de droit civil prennent le pas sur les contrats de travail dont la nature est parfois considérée comme inadaptée à cerner l'exercice de fonctions sociales de direction dans les sociétés de capitaux, notamment au regard du lien de subordination tel que défini dans le code du travail.

Bibliographie

SOURCES FRANÇAISES

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS DE LA COUR DE CASSATION

Chambre civile

Civ., 1ère, 14 déc. 2004, n° 02-13.582, Bull. Joly, 2005, n°4, p. 525, note J.-J. Daigre.

Civ., 1ère, 9 juill. 1974, Bull. civ. I, n° 222.

Civ., 29 juin 1925, DH 1925. 593.

Civ., 2ème, 23 oct. 1985 : Rev. soc. 1986, p. 408, note B. Bouloc.

Civ., 2ème, 3 mai 2006, n° 04-11.121 ; Civ., 3ème, 1er déc. 2009, n° 08-19.719, Bull. Joly 2009. 98 ; RTD com. 2010. 135, note C. Champaud et D. Danet).

Civ., 3ème, 24 janv. 2001, Bull. Civ. 2001, III n° 10, p. 9, JCP G 2001, n° 12, p. 613.

Civ., 3ème, 24 janv. 2001, n° 99-12.841, JCP G 2001, II, n° 10496, p. 613.

Civ., 3ème, 25 oct. 2006, n° 05-15.393, Bull. Joly 2007, p. 274, n°56, note P.X. Lucas ; D. 2006, p. 2792, note A. Lienhard.

Civ., 4 juin 1946 ; JCP 1947, II, 3518, note D. Bastian.

Chambre commerciale

Com., 10 mars 1976, no 74-14.681, JCP G 1977, II, no 18566, note Y. Chartier.

Com. 25 janv. 2005, n° 00-22.457 ; Rev. soc. 2005. 828, note B.Lecourt.

Com., 11 juin 1965, Gaz. Pal. 1965. 2. 322, RTD com. 1965, 861, note R. Houin.

Com., 18 févr. 2004, n° 00-17.659, RJDA 2004, n° 820.

Com., 15 janv. 1964, Bull. civ. III, n° 29.

Com., 31 janv. 1968, SA Le Lama/ c/Pin ; D. 1968 p. 321.

Com. 27 oct. 1969, Bull. civ. IV, n° 314 ; RTD com. 1970, p. 423, note R. Houin.

Com. 27 oct. 1969, Bull. civ. IV, n° 314, RTD com. 1970. 423, note R. Houin.

Com., 25 mars 1974, JCP 1974, II, 17853, note Y. Chartier.

Com. 14 fév. 1977, Bull. civ. IV n° 44.

Com., 18 juin 1980, Rev. soc. 1981, 83.

Com., 23 mars 1981, Rev. soc. 1981. 784, note J.-L. Sibon.

Com., 19 déc. 1983, Rev. soc. 1985, 105, note D. Schmidt.

Com., 6 mai 1986, Bull. civ. IV, n° 77 ; Defrénois 1987, art. 33950, p. 606, note J. Honorat ; Rev. soc. 1987, p. 286, note Y. Guyon.

Com., 17 janvier 1989, n° 87-10.966, Rev. soc. 1989. 209, note Y. Guyon ; Bull. Joly 1989. 321, note J.-J. Daigre.

Com., 7 mars 1989, Bull. Joly 1989, p. 435, n°155 ; JCP E 1989, II, 15562, n°5, A. Viandier et J.-J Caussain.

Com., 7 mars 1989, n° 86-12.678, Bull. civ. IV, n° 80.

Com., 21 avr. 1992, n° 90-19.860, Bull. civ. IV, n° 175 ; JCP E 1992. II. 348, note Petit, Rev. soc. 1992. 485, note Y. Guyon ; Bull. Joly 1992. 661, note

P. Le Cannu ; RTD com. 1993. 109, note. C. Champaud et D. Danet ; Dr. sociétés 1992, n° 167, note H. Le Nabasque.

Com., 26 avr. 1994, Bull. Joly 1994, § 221, p. 831, note P. Le Cannu ; JCP E 1994, I, 392, § 8 ; Rev. soc. Note D. Cohen, 1994, p. 725.

Com., 24 mai 1994, Bull. Joly 1994, p. 789 ; RJDA 1994, n° 1031 et 1035 ; Dr. sociétés 1995, comm. 3, note T. Bonneau.

Com., 15 mai 1990, n° 88-19.232, Bull. Civ. IV, n° 146, p. 99.

Com., 26 avr. 1982, Bull. civ. IV, n° 136.

Com., 24 mai 1994, Bull. Joly 1994. 789 ; RJDA 1994, n° 1031 et 1035 ; Dr. sociétés 1995, n° 3, note T. Bonneau.

Com., 4 juin 1996, n° 94-15.238, Bull. civ. V, n° 162.

Com., 26 nov. 1996, n° 94-16.309, RJDA 1997, n° 210.

Com., 29 mai 1997, RTD com. 1997, p. 648, note B. Petit et Y. Reinhard.

Com. 13 janv. 1998, RJDA 6/98 n° 740.

Com., 24. janv. 1998, JCP E 1998, I, 1306, n° 6, note A. Viandier et J.-J. Caussain, Dr. sociétés juin 1998, n° 9, note D. Vidal.

Com., 12 mai 2004, n°00-19.415, Bull. Joly 2004, § 258, p. 1275.

Com. 7 nov. 2006, n° 05-14.712, Bull. civ. IV, n° 219.

Com., 19 déc. 2006, n° 05-15.803 : JCP E 2007, n° 1877, n°5, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain et G. Wicker ; Rev. soc. 2007, p. 331, note B. Saintourens.

Com., 6 fév. 2007, n° 05-19.008, BRDA 6-2007, n°4 ; Dr. Sociétés avr. 2007, n° 73, note H. Hovasse ; JCP E 2007. 2158, note A. Viandier ; Gaz. Pal. 2007, n° 220, p. 5, note F. Guerchoun ; Bull. Joly 2007. 690, note P. Scholer ; RTD com. 2007.373, note C. Champaud et D. Danet.

Com., 6 fév. 2007, n° 05-19.008, RTD com. 2007, p. 373, note C. Champaud et D. Danet ; Bull. Joly 2007, p. 690, n° 187, note P. Scholer ; Dr. sociétés 2007, n°73, note H. Hovasse.

Com., 6 fév. 2007.. op. Cit.

Com., 2 déc. 2008, n° 07-19.698, JCP E 2009, 1089.

Com., 29 sept. 2009, n° 08-15.125 ; JCP E 2009 n° 2066, note H. Hovasse.

Com., 6 fév. 2007 op. cit. ; Com., 18 mai 2010, n° 09-14.838.

Com., 21 fév. 2012, n° 11-18.608, Rev. soc. 2012. 289, note B. Brignon et D. Poracchia.

Com., 14 sept. 2010, n° 09-16.084, Bull. Joly 2010, p. 960, Rev. soc. 2011, p. 424, note J.-P. Dom ; D. 2011. 57, note F. Marmoz ; Rev. soc. 2010. 462, note A. Lienhard ; Bull. Joly 2010, § 207, p. 960, note P. Le Cannu ; JCP E. 2010. 1995, note A. Viandier.

Chambre sociale

Soc., 17 nov. 1988, n° 85-45.946, Bull. civ. V, n° 608, JCP N 1989, p. 189.

Soc., 5 juill. 1989, n° 86-18.534, Bull. civ. V, n° 503, Gaz. Pal. 1989, p. 13, Bull. Joly 1990, p. 278, note P. Le Cannu.

Soc., 6 déc. 1972, Bull. civ. V, n° 67.

Soc., 7 juin 1974, Rev. soc. 1975, 91, Y. Chartier ; RTD com. 1975, p. 117, n°7, note R. Houin.

Soc., 17 nov. 1976, Bull. civ. IV 479.

Soc., 17 nov. 1976, n° 75-40.815, Bull. civ. V, n° 588.

Soc., 17 oct. 1979, n° 78-40.776

Soc., 15 mars 1983, n° 81-40.368, D. 1984, p. 99, note Guyenot, Rev. soc. 1983, p. 354, note Chartier.

Soc., 11 juin 1986, JCP E 1986. I. 15846, n°10.

Soc., 15 mai 1990, Rev. soc. 1990, p. 407, note Y. Guyon.

Soc., 12 déc. 1990, n° 87-40.596, Bull. civ. V, no 658, Bull. Joly 1991, p. 842, note P. Le Cannu, JCP E 1991, I, n° 61.

Soc., 12 fév. 1991, n° 87-45.705.

Soc., 2 oct. 1991, n° 87-45.668, RJDA 1991, n° 1041 ; JCP E 1993, I, n° 218, p. 66 ; RJS 11/91, n° 1252.

Soc., 16 oct. 1991, Bull. civ. V, n° 408.

Soc., 14 mai 1992, n° 89-45.300, Bull. civ. V, n° 309.

Soc., 6 oct. 1993, n° 90-44.561, Bull. civ. V, n° 225, Dr. sociétés 1994, n° 15, RJDA 1993, n° 1032, JCP E 1994, I, n° 331, p. 97, Rev. soc. 1994, p. 76.

Soc., 22 mai 1995, n° 94-41. 787, Bull. Joly 1995, p. 860, note Ph. Reigne.

Soc., 2 avr. 1996, n° 93- 42.596, Bull. Joly 1996, p. 602, note P. Le Cannu.

Soc., 19 fév. 1997, n° 93-43.690, Rev. soc. 1997 p. 533, note P. Didier.

Soc., 25 Fév. 1997, n° 94-45.364, D. 1998, Somm. Comm. 185, note J.-C. Hallouin.

Soc., 4 mars 1997, n° 93-44.805, Bull. civ. V, n° 91, RJS 4/97, n° 484.

Soc., 19 mars 1997, n° 94-41.444.

Soc., 11 juin 1997, n° 95-40.424 et 95-43.681, Bull. civ. V, n° 218, RTD com. 1997, p. 651.

Soc., 30 mars 1999, n° 97-42.060.

Soc., 11 mai 1999, n° 97-41.940, Bull. Joly 2000, p. 197, note T. Granier, RJ com. 2000, p. 280, note D. Gibirila.

Soc., 30 nov. 1999, n° 97-41.431, Bull. civ. V, n° 464, RJS 1/00, n° 115.

Soc. 26 avr. 2000, n°97-44.241, Bull. Civ. 2000, V, n° 152, p. 117, JCP E 2001, n° 11, p. 472.

Soc., 14 juin 2000 n° 97-45.852, Bull. Joly 2000, p. 950, note G.Auzero, JCP E 2001, p. 138, note C. Puigelier, RJDA 12/00 n° 1098.

Soc., 14 juin 2000, n° 97-45.852, Bull. Joly 2000, p. 950, note G. Auzero, JCP E 2001, p. 138, note C. Puigelier, RJDA 12/00 n° 1098.

Soc., 28 juin 2001, n° 99-43.364, RJS 10/01, n° 1225.

Soc., 18 juil. 2001, n° 99-44121.

Soc., 4 déc. 2002, n° 00-45.819, RJS 2/03, n° 266.

Soc. 11 mars 2003, D. 2003, AJ p. 976 ; Bull. Joly 2003, p. 648, note J.-P. Dom.

Soc., 18 mai 2005, RJDA 11/05, n° 1243, RTD com. 2006. 138, note P. Le Cannu.

Soc., 21 fév. 2006, RJDA oct. 2006, n° 1044.

Soc. 21 nov. 2006, n°05-45.416, D. 2006, AJ p. 2986.

DÉCISIONS DE COURS D'APPEL

Aix-en-Provence, 14 nov. 1957, JCP 1957. II. 10304, note J. R.

Amiens, 11 fév. 2003, n° 02/04683, Bull. Joly 2003, p. 440, n°88, note A. Constantin.

Bordeaux, 1re ch., 9 oct. 1992, Bull. Joly 1993, p. 211, note J.-Ph. Dom.

Douai, 24 mai 1962 ; JCP 1962, II, 12871, note D. Bastian ; D. 1962, p. 688, note A. Dalsace.

Douai, 7 juin 1976, Rev. Soc. 1977, p. 266, note J.-J. Burst, D. 1977, p. 518, note J.-Cl. Bousquet, RTD com. 1977, p. 548, obs. R. Houin.

Grenoble, 3 nov. 2011, n° 09/04999, Dr. sociétés 2012, comm. 47, note M. Roussille.

Lyon, 25 août 2003, n° 03-2257 ; RJDA 7/04 n° 848.

Paris 28 mai 2004, n° 03-9719, RJDA 4/05, n° 386.

Paris, 1^{er} fév. 2012, no 10-19173, BRDA 2012, no 8, inf. 3, Rev. soc. 2012, p. 503, note J.-P. Mattout.

Paris, 12 oct. 1989, Bull. Joly 1989. 965 ; D. 1989. IR 28.

Paris, 14 juin 1994, Bull. Joly 1994, p. 1228, n° 333 ; RJDA 1994, p. 808, n° 1025.

Paris, 18e ch. C, 4 juin 1997, PELISSIER c/ SA CFCI, RJDA 1997, no 1354.

Paris, 18e ch., sect. C, 11 sept. 2003, n° 01-35237.

Paris, 1re ch. A, 28 janv. 1997, RJDA 1997, no 658, Bull. Joly 1997, p. 658.

Paris, 22 mai 1965, JCP 1965. II. 14274 bis, concl. av. gén. Nepveu ; D. 1968. 147, note R. Contin ; RTD com. 1965. 631, note R. Rodière ; Grands arrêts du droit des affaires, 1995, Dalloz, n° 44, p. 487.

Paris, 23 nov. 1988, Gaz. Pal. 1989, I, som., p. 206.

Paris, 24 nov. 1981, Donny c/ Sté Sapap, D. 1982, I.R., p. 225.

Paris, 25e ch. A, 17 janv. 2003 n° 02-3317, RJDA 6/03 n° 606, BRDA 2003, no 8, p. 3.

Paris, 3. déc. 1993, Bull. Joly 1994, p. 299, n° 79, note B. Saintourens ; Dr. Sociétés 1994, n° 58, note H. Le Nabasque.

Paris, 30 juin 1995 ; JCP E 1996, II, 795, note J.-J Daigre.

Paris, 31 janv. 2001, Bull Joly 2001, p. 791, note P. Le Cannu ; JCP G 2001, I, 372, n° 6, note A. Viandier et J.-J. Caussain.

Paris, 3e ch. B, 11 fév. 1994, RJDA 1994, p. 420.

Paris, 3e ch. C, 10 déc. 1999, Bull. Joly 2000, p. 313, note P. Le Cannu, BRDA 2000, no 4, p. 4, RJDA 2000, n° 296, JCP E 2000, p. 798, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain.

Paris, 3e ch. C, 10 déc. 1999, RJDA 3/00 n° 296, Bull. Joly 2000, p. 313, n° 60, note P. Le Cannu, JCP E 2000, p. 798, note A. Viandier et J.-J. Caussain ; Rev. soc. 2000, p. 384, note Y. Guyon.

Paris, 3e ch. C, 12 avr. 2002, RJDA 2002, n°1033.

Paris, 3e ch. C, 14 juin 2002, RJDA 2003, no 398, Rev. soc. 2002, p. 575, note Y. Guyon, JCP E 2003, no 627, p. 708, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker.

Paris, 5 nov. 1993, Bull. Joly 1994. 59, note M. Germain.

Paris, ch. 14, A, 31 mars 1999, SCI ANK / BECHERET.

Paris, Ch. 23, 3 déc. 1993, Dr. sociétés 1994, n° 58, note H. Le Nabasque, Bull. Joly p. 299.

Pau, 4 déc. 2008, Rev. soc. 2009, p. 669, note Urbain-Parléani ; Bull. Joly 2009, p. 470, note G. Gil.

Rennes, 29 avril 2008, n° 07/02965.

Rouen, 1re ch., 29 nov. 2000, RJS 7/2001, n° 941.

Versailles, 12e ch., sect. 2, 17 mars 2005, n° 03-8369, BRDA 2005, no 18, p. 2, Bull. Joly 2005, p. 1264, note P. Le Cannu, RJDA 2005, no 1361.

Versailles, 18 juin 1998, RTD com. 1999. 124, note C. Champaud et D. Danet.

Versailles, 5e ch., sect. B, 14 fév. 1997, n° 95/20190, Bull. Joly 1997, p. 568.

Versailles, 8 juill. 1993, 13è ch., RJDA 11/93 n° 97, RJDA 11/93 n° 917.

Versailles, 8 juill. 1993, Bull. Joly 1993, p. 1024, n° 298, P. Le Cannu.

OUVRAGES

Basdevant F., Charvériat A., Monod F., *Le guide de l'administrateur de société anonyme*, Litec 2è éd., 2004

Casimir J.-P., Germain M., *Dirigeants de sociétés*, éd. Groupe Revue Fiduciaire, 2006

Chaput Y. (dir.), Lévi A. (dir.), *La direction des sociétés anonymes en Europe, vers des pratiques harmonisées de gouvernance ?*, Litec 2008

Collectif, *Le droit « social » des dirigeants d'entreprises, Études dédiées à Alex Weil*, Dalloz-Litec, 1983

Collectif, *Sociétés commerciales*, Lamy 2013

Collectif, *Droit du Dirigeant d'Entreprise*, Lamy 2013

Collectif, *Mémento, Sociétés commerciales*, éd. Francis Lefebvre 2013

Collectif, *Documentation pratique, série "Dirigeants"*, éd. Francis Lefebvre 2013

Cozian M., Viandier M. et Deboissy F., *Droit des sociétés*, Litec 23e éd., 2010

Merle P., *Sociétés commerciales*, Dalloz, 2013

Moubsit H., *La représentation en droit des sociétés*, L'Harmattan, 2013

Paillusseau J., *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Thèse Rennes 1967

ARTICLES

Biget E. et Julien L. A., "L'interaction entre les motifs de licenciement et de révocation des dirigeants dans la pratique", *Gaz. Pal.* 9-12 mai 2012, p. 10

Bolard G., "Administration provisoire et mandat ad hoc", *JCP E* 1995, I, 509

Collin F., "Le droit social du dirigeant d'entreprise", *Dr. Sociétés, Actes pratiques*, 2005, n^{os} 6, 7

Collin F., Dom J.-Ph. et Goulard N., *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, juill.-août 2004, p. 17

Contin F., "L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés", *D.* 1968. Chron. 45

Daigre J.J., "Réflexions sur le statut individuel des dirigeants de sociétés anonymes", *Rev. Sociétés*, 1981, p. 497

Dom J.-P., "Le salarié mandataire au sein d'un groupe", *Bull. Joly Sociétés* 2005, n^o spécial : « Le salarié, sujet de droit des sociétés »,

Guyon Y., "Les missions des administrateurs provisoires de sociétés", *Mélanges D. Bastian*, t. I, 1974, Litec, p. 103

Jeantin M., "Le rôle du juge en droit des sociétés", *Mélanges R. Perrot*,

1996, Dalloz, p. 149

Lecourt B., “Administrateur provisoire”, *Rép. Soc.* 2010, n° 1

Malecki C., “Les dirigeants des filiales”, *Rev. Sociétés* 2000, p. 453, spéc. n° 19 s.

Merle P., “Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la société anonyme”, *D.* 1975, chron. p. 245.

Mestre J., “Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés”, *RJ com.* 1985, p. 81

Miellet D., “Une société peut-elle embaucher par un contrat de travail le futur directeur général d’une de ses filiales?”, *JCP E* n° 4, 22 Janvier 1998, p. 110 p. 81

Ruellan C., “Les conditions de désignation d’un administrateur provisoire”, *Dr. sociétés* 2000. Chron. 4

Theimer A., “Contrat de travail et mandat social dans les groupes de sociétés”, *LPA* 3 juill. 1996, p. 1

Vatinet R., “La société anonyme et ses salariés, essai d’une problématique”, *Rev. Sociétés*, janvier-mars 2000, p. 161

SOURCES POLONAISES

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS DU SĄD NAJWYŻSZY (COUR SUPRÊME)

SN., 1 juill. 1998, I PKN 63/98, OSNAP 1999/14/462.

SN., 10 août 2000, I PKN 758/99, OSNP 2002/5/107.

SN., 12 mars 1936, I C 2232/35, OSN 1937/2/46.

SN., 14 juill. 1994, akt I CRN 75/94 (non publié).

SN., 14 juin 1994, I PZP 26/94, OSNAP 1994/8/126.

SN., 17 fév. 2004, I PK 305/03, OSNP 2004/24/421, note R. Pabis, Mon.

Praw. 2005, n° 11, p. 22.

SN., 22 mars 2000, I CKN 450/98, OSNC 2000/9/170, note M. Litwińska, PPH 2000 n°10, p. 49.

SN., 25 nov. 1997, I PKN 388/97, OSNAP 1998/18/540.

SN., 25 nov. 1997, I PKN 388/97 ; OSNAP 1998/18/540.

SN., 26 janv. 2000, I PKN 479/99, OSNAP 2001/11/377.

SN., 27 janv. 2004, I PK 191/03, OSNP 2004/23/403.

SN., 7 mai 2004, III CK 249/03, OSNC 2005/5/87, note A. Łopuszyński, Mon.Praw. 2006, n° 12, p. 6.

SN., 28 mai 1991, I CR 241/90 (non publié).

SN., 20 sept. 1996, III CZP 67/96, note A. W. Wisniewki in Glosa 1997, n°7, p. 18.

SN., 31 janv. 1997 akt II CKN 68/96 (non publié).

SN., 19 juin 1997, III CZP 28/97, note A. Jakubecki in PPH 1998, n° 5, p. 31 et s.

SN., 23 janv. 1998, I PKN 489/97, OSNAPiUS 1999/1/8.

SN., 15 avr. 1999, I Aca 818/98, OSA 2001/1 poz. 2.

SN., 7 janv. 2000, I PKN 404/99, Mon. Praw. 2001, n° 13, p. 697.

SN., 23 janv. 2004, I PK 213/03, Mon. Praw. 2004, n° 5 , p. 203.

SN., 13 fév. 2004, akt II CK 438/02 (non publié).

SN., 6 oct. 2004, I PK 488/03, OSP 2006//7, note L. Pisarczyk.

SN., 5 juill. 2005, I PK 276/04, Wokanda 2006/2/23.

SN., 26, sept. 2006, II PK 4 7/06, Mon. Prawn. 2006, n° 20, p. 1073.

SN., 10 nov. 2006, I CSK 246/06, OSNC 2007/7-8, poz. 124.

SN., 25 janv. 2007, I PK 213/06, OSNP 2008/5-6/63.

SN., 7 avr. 2009, I PK 215/08, Mon. Praw. Pracy. 2009, n° 9, p. 487.

SN., 20 janv. 2010, II PK 178/09 (non publié).

DÉCISIONS DE COURS D'APPEL

S.Ap. Varsovie, 17 déc. 1997, I ACa 869/97, Pr.Gosp. 1998 n° 5 p. 44.

S.Ap., 4 août 1997, I Aca 405/97, Pr. Gosp. 1997, n° 12, p. 51.

S.Ap., Katowice, 11 mars 2010, V ACa 47/10.

S.Ap., Katowice, 15 mai 1999, I Aca 818/98, Pr. Gosp 2000, n°5 p. 53 ; OSA 1/2001/2.

S.Ap., Katowice, 27 mai 1993, III APr 30/93, OSA 1994/6/46.

S.Ap., Lublin, 4 mai 1994, I ACr 108/94, Pr. Gosp. 1995 n° 8, p. 29.

S.Ap., Rzeszów, 20 déc. 2012, I ACa 403/12.

S.Ap., Varsovie, 19 avr. 2000, I ACa 1469/99, OSA 2001, z. 3, poz. 16.

OUVRAGES

MONOGRAPHIES

Z. GÓRAL, P. PRUSINOWSKI, *Umowne podstawy zatrudnienia*, Oficyna, 2012

H. LEWANDOWSKI, *Z zagadnień współczesnego prawa pracy*, Oficyna 2009

M. MAREK (dir.), A. KIDYBA (dir.), *Spółka akcyjna*, Oficyna, 2010

R. CZERNIAWSKI, *Zarząd spółki akcyjnej*, Oficyna 2008

R. SZCZĘSNY, *Zarząd w spółkach kapitałowych*, Zakamycze, 2004

A. KOCH (dir.), J. NAPIERAŁA (dir.) *Prawo spółek handlowych - Podręcznik akademicki*, 4ème éd., Wolters Kluwer, 2013

TRADUCTIONS DE CODES

A. CHRABOŁOWSKI, *Kodeks spółek handlowych - Code des sociétés commerciales (wersja polsko-francuska)*, Zakamycze, 2005

A. RYCHEL, *Code des sociétés commerciales - Kodeks spółek handlowych*, C.H. Beck, 2010

COMMENTAIRES DE CODES

A. KIDYBA, *Komentarz aktualizowany do art. 1-300 Kodeksu spółek handlowych, Tom 1*, Wolters Kluwer Polska, 2012

A. KIDYBA, *Komentarz aktualizowany do art. 301-633 Kodeksu spółek handlowych, Tom 2*, Wolters Kluwer Polska, 2013

A. KIDYBA (dir.), *Kodeks cywilny – Komentarz - Część ogólna, Tom 1*, 2ème éd., Wolters Kluwer Polska, 2013

ARTICLES

ADAMUS R., “Zgoda rady nadzorczej na zawarcie umowy niezwiązanej z « przedmiotem działalności gospodarczej spółki »”, *Pr.Sp.* 2011/6/7

ANTOSZEK. P., “Prokura łączna niewłaściwa oraz reprezentacja mieszana w spółce kapitałowej”, *PPH* 2010/5/26

ANTOSZEK. P., “Charakter prawny uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych zezwalających na dokonanie czynności prawnych przez spółkę”, *PPH* 2006/7/28

BARCZAK M., “Kurator ustanowiony na podstawie art. 42 KC”, *Pr.Sp.* 2010/2/37

BĄCZEK P., “Skutki czynności prawnych dokonanych z naruszeniem zasady łącznej reprezentacji w spółkach kapitałowych”, *Pr.Sp.* 2004/11/15

BARCZAK M., “Kurator ustanowiony na podstawie art. 42 KC”, *Pr.Sp.* 2010/2/37

BIELECKI M., “Zakaz łączenia funkcji w spółkach kapitałowych według k.s.h”, *Pr.Sp.* 2006/6/10

BIELECKI M., "Zasada kolegialnej reprezentacji spółki akcyjnej przez radę nadzorczą w umowach z członkami zarządu", *PPH* 2005/3/37

BIELECKI M., "Kurator w spółce kapitałowej", *Pr.Sp.* 2007/10/10

CERN G., "Czynności prawne podjęte przez zarząd bez zgody właściwego organu spółki kapitałowej", *Pr.Sp.* 2009/1/28

DOMAŃSKI G., PALINKA J., "Ustalenie daty wygaśnięcia mandatu członka zarządu spółki akcyjnej - aspekty praktyczne", *PPH* 2008/11/4

GBURZYŃSKA-DULEWICZ A., "Członkostwo w zarządzie spółek kapitałowych", *PPH* 1997/2/5

GIARO M., "Członek zarządu spółki kapitałowej jako pracownik per facta concludentia", *PiZS* 2010/9/9

GIARO M., "Nieformalna reprezentacja przedsiębiorcy w nowoczesnym obrocie prawnym a art. 97 k.c.", *PPH* 2010/7/4

GIERAT A., "Konsekwencje prawne nieprzestrzegania zasad reprezentacji spółek kapitałowych", *Pr.Sp.* 2001/1/13

GŁADOCH M., "Zatrudnienie członków zarządu spółek kapitałowych a funkcja ochronna prawa pracy", *Pr.Sp.* 2005/3/24

GRZELCZAK P., "Kurator spółki kapitałowej powołany na podstawie art. 42 k.c.", *PPH* 2011/8/30

GUTOWSKI M., "Sankcja wobec czynności prawnej dokonanej przez „fałszywy organ” osoby prawnej", *PPH* 2008/3/46

IWULSKI J., "Stosunki pracy w spółkach kapitałowych prawa handlowego", *Pr. Pracy* 1995/8/20

JOCHEMCZYK B., "Pełnomocnictwo dla członka zarządu spółki kapitałowej - odpowiedź na polemikę", *Pr.Sp.* 2005/2/25

JOCHEMCZYK B., PINIOR P., "Z problematyki prawnej udzielenia pełnomocnictwa członkowi zarządu spółki kapitałowej", *Pr.Sp.* 2004/6/22

JURCEWICZ W., "Kadencja zarządu w spółce akcyjnej", *PPH* 1999/4/37

- KOCZUR S., "Skutki zawarcia umowy o pracę z członkiem zarządu spółki kapitałowej z naruszeniem zasad reprezentacji spółki", *PPH* 2005/7/10
- KOCZUR S., "Legitymacja odwołanych członków zarządu spółki kapitałowej do podważenia uchwały o odwołaniu z pełnionej funkcji", *PPH* 2004/11/10
- KRAUSS J., "Mandat i kadencja członków organów spółki akcyjnej", *PPH* 2009/5/18
- KRUCZALAK-JANKOWSKA J., "Pojęcie zarządzania i zarządu w kontekście umów menedżerskich", *GSP* 2000
- KUBOT Z., "Status pracowniczy członków zarządu spółek kapitałowych", *PiZS* 1993/3/34
- KUBOT Z., "Umowy o pracę z członkami zarządu spółek kapitałowych", *PiZS* 1995/1/35
- KUBOT Z., "Kwalifikacje prawne kontraktów menedżerskich członków zarządu spółek kapitałowych", *PiZS* 2000/2/2
- KUCHARSKA A., "Spory na tle umów o pracę, umów zlecenia i kontraktów menedżerskich członków zarządu spółek kapitałowych", *Pr. w Dział* 2006/1/17
- KULGAWCZUK D., "Cywilnoprawne aspekty wadliwości uchwał zarządu spółki kapitałowej - uwagi de lege lata i wnioski de lege ferenda", *Pr.Sp.* 2008/6/12
- KULGAWCZUK D., "Zakaz pełnienia funkcji członka organu nadzoru spółki kapitałowej w kodeksie spółek handlowych - uwagi de lege lata oraz wnioski de lege ferenda", *Pr.Sp.* 2006/11/2
- KUNIEWICZ Z., "Wybrane zagadnienia dotyczące pełnomocnictwa do reprezentowania spółki kapitałowej w umowach z członkami zarządu", *Rejent* 2006/7-8/77
- KUNIEWICZ Z., "Działanie zarządu in corpore w spółce kapitałowej", *PS* 1999/10
- KUNIEWICZ Z., "Członek zarządu prokurentem w spółce kapitałowej", *PPH* 2000/5/44

- KUNIEWICZ Z., “Konsekwencje prawne naruszenia art. 210 k.s.h. (art. 379 k.s.h.)”, *PPH* 2006/7/16
- KUNIEWICZ Z., “Upoważnienie członka zarządu do działania w charakterze pełnomocnika spółki kapitałowej”, *Pr.Sp.* 2007/7-8/2
- KWAŚNICKI R., “« Specjalne » zasady reprezentacji spółek handlowych posiadających zarząd”, *Pr.Sp.* 2004/3/26
- KWAŚNICKI R., RATAJ A., “Członek zarządu spółki jako jej pełnomocnik albo prokurent”, *Pr.Sp.* 2004/9/19
- KWAŚNICKI R., SŁAZAK M., “W sprawie określenia momentu wygaśnięcia mandatów członków menedżerskich organów spółek kapitałowych z powodu upływu kadencji”, *PPH* 2006/8/4
- ŁAKOMY K., “Kontrowersje wokół stosunku pracy prezesów zarządu spółek kapitałowych”, *PPH* 2004/11/17
- ŁOPUSZYŃSKI A., “Uprawnienia kuratora spółki akcyjnej – glosa”, *Mon. Praw.* 2006/12/5
- MUSZAŁSKI W., “Charakter prawny pracy członka zarządu spółki handlowej”, *PIP* 1992/10/62
- PISARCZYK Ł., “Podstawy nawiązania stosunku pracy z członkiem zarządu spółki kapitałowej”, *PiZS* 1999/2
- NAWORSKI J.P., “Skutki przekroczenia przez zarządy spółek kapitałowych ograniczeń do dokonywania czynności prawnych”, *PPH* 2001/1/41
- NAWORSKI J.P., “Odwoływanie członków rad nadzorczych (i zarządów) spółek kapitałowych”, *Pr. Sp.* 2003/4/2
- NAWORSKI J.P., “Reprezentacja spółek kapitałowych”, *PPH* 1997/3/1
- NAWORSKI J.P., “Reprezentacja spółki kapitałowej z udziałem pełnomocników - w tym będących członkami zarządu”, *Glosa* 2007/5/5
- NAWORSKI J.P., “Delegowanie członków organów nadzoru spółki kapitałowej do zarządu”, *Pr.Sp.* 2002/2/2
- NOWACKI A., “Kadencja członka organu”, *PPH* 2013/01/20

- NOWACKI A., "Reprezentacja spółki kapitałowej w organizacji", *Pr.Sp.* 2010/10/9
- NOWACKI A., "Zakaz łączenia funkcji członka rady nadzorczej z niektórymi innymi funkcjami w spółce", *PPH* 2010/8/4
- NOWACKI A., "Delegowanie członków rady nadzorczej do czasowego wykonywania czynności członków zarządu", *PPH* 2010/10/13
- NOWACKI A., "Wygaśnięcie mandatu wskutek upływu okresu powołania", *PPH* 2013/2/16
- NOWAK A., "Podstawy prawne zatrudnienia członków zarządu spółek kapitałowych", *PPiPS* 1992/10/7
- NOWAK A., "Ograniczenie możliwości zachowania lub odzyskania miejsca pracy przez członka zarządu spółki kapitałowej", *PPiPS* 2005/16/7
- NOWAK A., "Skutki prawne rezygnacji z funkcji członka zarządu spółki kapitałowej w sferze stosunku pracy", *PPiPS* 1998/13/7
- NOWICKA A., SOLTYŃSKI S., "Okres urzędowania a czas trwania mandatu członków zarządu spółek kapitałowych", *PPH* 1998/5/1
- NAWORSKI J.P., "Skutki przekroczenia przez zarządy spółek kapitałowych ograniczeń do dokonywania czynności prawnych", *PPH* 2001/1/41
- OPALSKA D., "Obowiązek zarządu zwołania i współdziałania przy zwołaniu zgromadzeń wspólników (walnych zgromadzeń)", *Pr.Sp.* 2011/7-8/26
- OPALSKI A., "Kadencja i mandat członka zarządu", *PPH* 2003/10/38
- OPALSKI A., "Monistyczny i dualistyczny system organizacyjny spółki akcyjnej – ewolucja, problemy, perspektywy", *Pr.Sp.* 2005/11/11
- OPALSKI A., "Zaskarżanie uchwał zarządów i rad nadzorczych spółek kapitałowych", *PPH* 2010/11/4
- OSAJDA K., "Reprezentacja spółki kapitałowej w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego", *Glosa* 2011/4/5
- ROŻNOWSKA M., "Pojęcie zgody organu spółki kapitałowej (art 17 § 1 et 2 k.s.h.)", *PPH* 2004/2/31

- PAZDAN M., "O rolach, w jakich może występować prokurent przy dokonywaniu czynności prawnych", *Rejent* 2003/12/9
- PINIÓR P., "Wygaśnięcie mandatu członka zarządu spółki kapitałowej", *Pr.Sp.* 2008/7-8/2
- PINIÓR P., "Osobiste uprawnienia wspólników i akcjonariuszy w spółkach kapitałowych", *Pr.Sp.* 2010/2/9
- PISARCZYK L., "Podstawy nawiązania stosunku pracy z członkiem zarządu spółki kapitałowej", *PiZS* 1998/10/18
- PODSIADLIK C., "Instrumenty stabilizacji pozycji członków zarządu spółki kapitałowej", *Pr.Sp.* 2002/9/8
- REDA A., "Zatrudnienie członka zarządu spółki kapitałowej na podstawie stosunku pracy z wyboru", *PiZS* 2007/7/27
- ROŻNOWSKA M., "Pojęcie zgody organu spółki kapitałowej (artykuł 17§ 1 i 2 k.s.h.)", *PPH* 2004/38
- RUDNICKI K., "Ustanie funkcji i wygaśnięcie mandatu członka zarządu spółki kapitałowej", *PPH* 2006/9/4
- SADLIK R., "Umowa o pracę z członkiem zarządu spółki kapitałowej", *Pr.Sp.* 2009/7-8/68
- SADLIK R., "Zatrudnienie członków zarządu w spółkach kapitałowych", *Pr. Pracy* 1999/8/10
- SEREDYŃSKI F., "Delegowanie członka rady nadzorczej spółki akcyjnej do pełnienia funkcji członka zarządu", *PPH* 2007/10/21
- SŁĄZAK M., "Konieczność uzyskania zgody na dokonanie określonych czynności prawnych w świetle art. 17 § 1 i 2 k.s.h.", *Pr. Sp.* 2004/9/28
- SZCZEPANIAK R., "Reprezentowanie spółek kapitałowych przez ich zarządy - zagadnienia wybrane", *Pr.Sp.* 1997/11/16
- SZCZĘSNY R., "Ograniczenia kompetencji członków zarządu w spółkach kapitałowych", *PUG* 2002/11/10
- SZCZĘSNY R., "Umowy i spory pomiędzy spółką a jej członkami zarządu",

Pr.Sp. 2004/12/14

SZŁĘZAK A., "Reprezentacja spółek kapitałowych w umowach z członkami zarządu", *PPH* 2012/10/4

SZUMANSKI A., "Czynności prawne spółki kapitałowej podjęte przez jej zarząd bez zgody rady nadzorczej lub zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia)", *PPH* 1997/7/2

SZUMANSKI A., "Prawa szczególne wspólnika spółki kapitałowej a zasada odwołalności członka zarządu przez wspólników oraz zasada wyboru członków rady nadzorczej grupami", *PPH* 2006/5/4-13

SZUMANSKI A., "Przesłanka wygaśnięcia mandatu członka zarządu SK w trybie art. 202 § 2 albo art 369 § 4 ksh.", *Pr.Sp.* 2007/2/2

SZWAJA J., "Ustanowienie, udzielenie oraz odwołanie prokury przez spółką handlową", *Pr. Sp.* 2003/7-8/5

TAJER M., "Reprezentacja szczególna spółki kapitałowej - art. 210 § 1 k.s.h. art. 379 § 1 k.s.h. oraz skutki prawne ich naruszenia", *Rejent* 2009/1/72

TAJER M., "Zakaz wydawania poleceń zarządowi spółki akcyjnej przez jej akcjonariuszy", *Pr.Sp.* 2012/5/34

TAJER M., "Obowiązek członków organów spółki akcyjnej działania w jej interesie", *Pr.Sp.* 2011/7-8/34

TRZEBIATOWSKI M., "Delegowanie członka rady nadzorczej spółki akcyjnej", *PPH* 2004/7/34

TRZEBIATOWSKI M., "Zasada "lustra" i inne problemy odwoływania członków organu spółki kapitałowej (na tle prawnoporównawczym)", *Pr.Sp.* 2006/1/2