

# L'incapacité des dirigeants sociaux



**Julien VALIERGUE**

Agrégé des facultés de droit,  
professeur à l'Université de Poitiers,  
ERDP (EA 1230)

La question de l'incapacité des dirigeants sociaux a longtemps fait figure d'angle mort au sein du droit des sociétés comme du droit civil. Faute de textes spécifiques en la matière, la jurisprudence et la doctrine composaient jusqu'à présent avec l'incertitude. La réforme du droit des obligations<sup>1</sup> ainsi que la loi du 19 juillet 2019<sup>2</sup> auraient dû permettre d'en finir avec celle-ci. Hélas, rien n'est moins certain. Encore aujourd'hui, rien ne s'oppose à ce qu'un majeur protégé détienne un mandat social *ab initio* (V. § 9). Quant à

l'ouverture d'une mesure en cours de mandat, elle n'entraîne de manière certaine la cessation d'office des fonctions qu'en cas de placement sous tutelle d'un dirigeant de SA (V. § 19). Dans toute autre hypothèse, il convient de recourir à d'autres mécanismes, plus ou moins efficaces (V. § 29). Il est donc toujours un risque qu'un dirigeant incapable soit maintenu en fonctions et accomplisse, sans l'aide de ses organes de protection, des actes pour le compte de la société (V. § 37). De tels actes sont par principe valables (V. § 40).

## Introduction

**1. Délimitation du domaine de l'étude** - L'incapacité des dirigeants sociaux correspond à la situation dans laquelle le dirigeant d'une société ne dispose pas de la pleine capacité civile. Dans le cadre de cette étude, le terme de dirigeant social sera entendu au sens le plus large, sans se limiter aux seuls représentants légaux des sociétés, ni à certaines formes sociales. L'incapacité du dirigeant renvoie soit au dirigeant mineur, soit au dirigeant majeur faisant l'objet d'une mesure de protection.

**2. Exclusion du mineur** - L'hypothèse du mineur dirigeant suscite des questionnements en doctrine, certains estimant qu'un mineur, même non émancipé, peut exercer les fonctions

de dirigeant<sup>3</sup>, d'autres, plus nombreux et plus récemment, estimant cela impossible<sup>4</sup>. Cette question peut cependant être évacuée pour au moins trois raisons. Premièrement, l'accès d'un mineur non émancipé aux fonctions de dirigeant semble avoir été réglé par l'article 388-1-2 du code civil, qui limite cette possibilité à la gestion d'une société unipersonnelle créée par un mineur âgé de seize ans révolus<sup>5</sup>. Quant

3 J. Vallansan, JCl. Commercial, Fasc. 44 : Commerçants. - Incapacités. Interdictions. Incompatibilités. Commerçants étrangers, 2009, n° 13-14. - J. Hémar, F. Terré et P. Mabillat, Les sociétés commerciales, t. 1 : Dalloz, 1972, n° 800.

4 V. not. A. Charvériat, B. Dondero, M.-A. Sébire, F. Gilbert et B. Mercadal, Sociétés commerciales : Mémento Francis Lefebvre, 2020, n° 11111. - J.-P. Casimir et M. Germain, Dirigeants de sociétés : Groupe Revue Fiduciaire, 5<sup>e</sup> éd., 2017, n° 209. - C. Boulogne-Yang-Ting, Les incapacités et le droit des sociétés, thèse : LGDJ, 2007, n° 122. - D. Gibrila, Le dirigeant de société. Statut juridique, social et fiscal : Litec, 1995, n° 22. Une réponse ministérielle déjà ancienne donne raison à ces auteurs, du moins pour l'exercice des fonctions d'administrateur d'une SA (JOAN 20 déc. 1977, p. 9127 : Rev. sociétés 1978, p. 166).

5 A. Charvériat, B. Dondero, M.-A. Sébire, F. Gilbert et B. Mercadal, préc., loc. cit. - M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, Droit des sociétés : LexisNexis, 32<sup>e</sup> éd., 2019, n° 906. - M.-H. Monsérié-Bon, Le mineur, dirigeant d'entreprise : une fausse bonne idée..., in Études offertes à Jacques Combret : Defrénois, 2017, p. 297.

1 Réforme résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations et de sa loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018.

2 L. n° 2019-744, 19 juill. 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, art. 11 et 13 : IP 3-2019, n° 4, § 2, comm. I. Dauriac.

au mineur émancipé, il dispose de la pleine capacité civile de sorte que rien ne s'oppose à ce qu'il exerce une fonction de dirigeant social<sup>6</sup>. Deuxièmement, en pratique, il paraît peu probable qu'un mineur se porte candidat et soit choisi pour exercer des fonctions de dirigeant. Troisièmement, même s'il en était ainsi, l'incapacité d'un mineur dirigeant a par hypothèse vocation à cesser à sa majorité.

**3. Focalisation sur le majeur protégé** - En conséquence, seule l'hypothèse du dirigeant majeur protégé<sup>7</sup> sera ici envisagée pour des raisons strictement inverses. Premièrement, le droit positif est encore très lacunaire en la matière. Deuxièmement, si la candidature d'un majeur protégé à des fonctions de dirigeant apparaît peu probable, l'éventualité qu'un dirigeant en fonction fasse l'objet d'une mesure de protection n'est pas une hypothèse d'école compte tenu de l'allongement de l'espérance de vie et du vieillissement global de la population<sup>8</sup>. Troisièmement, l'altération des facultés mentales et/ou corporelles à l'origine de la mesure de protection<sup>9</sup> n'est pas toujours réversible, de sorte que l'incapacité du dirigeant peut être, sinon définitive, du moins suffisamment durable pour constituer un réel problème.

**4. Enjeux pratiques** - En effet, l'exercice par un majeur protégé de fonctions de dirigeant social aboutit à la situation apparemment paradoxale suivante : une personne qui n'est pas en état de pourvoir seule à ses intérêts doit pourtant exercer des fonctions d'administration, de surveillance, de direction ou de représentation de la société. À l'évidence, la situation n'est pas souhaitable, aussi bien pour le majeur protégé que pour la société elle-même. Du côté du majeur protégé, les risques encourus sont ceux qu'encourent tout dirigeant, à savoir l'engagement de sa responsabilité, notamment pour insuffisance d'actif<sup>10</sup>. Du côté de la société, le risque est celui d'une mauvaise gestion ou d'une absence de gestion. À terme, c'est potentiellement la survie de la société qui est

en jeu<sup>11</sup>, d'autant plus s'il s'agit d'une société unipersonnelle dirigée par l'associé unique<sup>12</sup>. C'est la raison pour laquelle la doctrine est majoritairement hostile à la désignation ainsi qu'au maintien en fonctions d'un dirigeant faisant l'objet d'une mesure de protection. En la matière, les objectifs souvent opposés du droit des sociétés et du droit des majeurs protégés<sup>13</sup> se rejoignent. La protection du majeur comme celle du fonctionnement de la société s'opposent à l'exercice de fonctions dirigeantes par un majeur protégé.

**5. Évolution du droit positif** - Jusqu'à présent, la jurisprudence est cependant restée sourde à ces considérations d'opportunité. À l'exception d'un arrêt isolé<sup>14</sup>, elle admet explicitement<sup>15</sup> ou implicitement<sup>16</sup> qu'un majeur protégé puisse être dirigeant de société, que la mesure existe *ab initio* ou soit ouverte en cours de mandat. Néanmoins, depuis le dernier arrêt sur la question, la législation a évolué, aussi bien en droit commun des contrats qu'en droit spécial des sociétés. Ainsi, l'article 1160 du code civil, issu de la réforme du droit des obligations du 10 février 2016, dispose désormais que « les pouvoirs du représentant cessent s'il est atteint d'une incapacité

6 Réserve faite des hypothèses dans lesquelles le mineur émancipé serait gérant associé d'une SNC ou gérant associé commandité d'une société en commandite. Il faut alors que le mineur émancipé ait obtenu du juge l'autorisation d'exercer le commerce en application de l'article L. 121-2 du code de commerce. Notons néanmoins que cette autorisation n'est requise que pour l'accès à la qualité d'associé. Rien ne lui interdit donc d'être gérant non associé d'une SNC ou d'une société en commandite.

7 Même si le majeur sous tutelle est à strictement parler le seul à faire l'objet d'une incapacité, il est préférable d'étendre l'analyse à toute mesure de protection, qu'il s'agisse donc d'une sauvegarde de justice, d'une curatelle, d'une tutelle ou encore de la mise en œuvre d'un mandat de protection de future ou d'une habilitation familiale.

8 V. S. Schiller et H. Fabre, La protection de la société contre l'état de vulnérabilité de son dirigeant : JCPN 2012, étude 1393, spéc. n° 2. - C. Malecki, Pour une protection rapprochée de l'incapable majeur en droit des sociétés, in *Les droits et le Droit*. Mél. Bernard Bouloc : Dalloz, 2007, p. 695, spéc. n° 2, où l'auteur évoque « le risque d'une gérontocratie sociétaire ».

9 C. civ., art. 425.

10 V. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 nov. 1983 : JCPÉ 1985, II, 14396, obs. P. Jourdain ; Defrénois 1984, art. 33277, note F. Derrida. L'arrêt condamne un dirigeant de fait sous tutelle à supporter une partie du passif de la société qu'il dirigeait.

11 Qu'il s'agisse du majeur ou de la société, les risques encourus diffèrent néanmoins selon la fonction exercée et le type de société. Par exemple, la participation d'un majeur protégé à un organe collégial est *a priori* moins risquée que l'exercice par ce même majeur des fonctions de représentant légal.

12 V. C. Malecki, préc., n° 20.

13 Sur cette opposition, v. not. M. Menjucq, L'incapable majeur en droit des affaires : JCPN 1999, p. 836. - T. Fossier, L'entreprise familiale et l'incapable : Defrénois 2001, art. 37296, p. 151. - C. Malecki, préc., n° 5. - H. Hovasse et A. Gaudemet, Incapacités et sociétés : APIS mai-juin 2012, p. 5, n° 1.

14 CA Paris, 2 juill. 2002, n° 2001/19901 : BJS 2002, § 257, p. 1204, note P. Le Cannu ; JCPN 2003, 1201, note T. Fossier. Dans cet arrêt, la Cour d'appel de Paris juge que depuis son placement en curatelle, l'administrateur d'une société anonyme n'avait plus la capacité juridique nécessaire pour exercer son mandat.

15 CA Paris, 4 avr. 1997 : Dr. sociétés 1997, comm. 177, note T. Bonneau. Dans cet arrêt, la Cour d'appel de Paris juge que le « régime de curatelle n'empêche pas en théorie l'exercice des fonctions de gérant de SCI ». - Cass. com., 29 sept. 2009, n° 08-15.125 : JCPÉ 2009, 2066, note H. Hovasse ; Dr. sociétés 2009, repère 11, obs. H. Hovasse. Dans cet arrêt, la chambre commerciale juge que le président du conseil d'administration d'une SA « placée sous curatelle, n'était pas frappé d'une interdiction d'exercer sa fonction de président du conseil d'administration à laquelle il n'avait pas renoncé ».

16 Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 nov. 1983, préc. - Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 2012, n° 11-13.161, F-P+B : BJS 2012, p. 770, note M.-H. Monsérié-Bon ; RTD com. 2013, p. 104, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; Dr. famille 2012, comm. 150, note I. Maria ; D. 2013, p. 2196, obs. J.-J. Lemouland ; JCPÉ 2012, 1583, note H. Hovasse ; Dr. sociétés 2012, comm. 179, note H. Hovasse ; RTD civ. 2012, p. 711, obs. J. Hauser ; Rev. sociétés 2013, p. 86, note A. Gaudemet ; JCPN 2012, 1365, note J.-D. Azincourt ; AJ fam. 2012, 505, obs. T. Verheyde. Dans cet arrêt, la 1<sup>re</sup> chambre civile juge que « le tuteur d'une personne protégée à laquelle a été dévolue la fonction de gérant d'une société n'est pas investi du pouvoir de représenter celle-ci ». Il en résulte implicitement que le majeur sous tutelle peut exercer seul les fonctions de gérant de société. - Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 7 avr. 2016, n° 15-12.739, F-P+B : Dr. famille 2016, comm. 156, note I. Maria ; Gaz. Pal. 25 oct. 2016, p. 75, note C. Robbe ; JCPN 2016, 1228, note M. Storck ; Dr. sociétés 2016, comm. 122, note H. Hovasse ; RTD civ. 2016, p. 927, obs. N. Cayrol ; RTD civ. 2016, p. 823, obs. J. Hauser ; D. 2016, p. 1523, obs. D. Noguéro ; AJ fam. 2016, p. 272, obs. T. Verheyde. Dans cet arrêt, la 2<sup>e</sup> chambre civile juge que « le curateur d'une personne protégée à laquelle a été dévolue la fonction de gérant d'une société n'est pas investi du pouvoir d'assister la société ». Cette décision étend ainsi à la curatelle la solution retenue en 2012 pour la tutelle. Implicitement, c'est décider que le majeur sous curatelle peut exercer seul les fonctions de gérant de société.

ou frappé d'une interdiction », ce qui devrait valoir pour les représentants de société frappés d'incapacité. Quant à la loi du 19 juillet 2019, elle a introduit des dispositions relatives au placement sous tutelle des dirigeants de SARL et de SA.

**6. Lacunes et incertitudes persistantes** - Pour autant, aujourd'hui encore, aucun texte ne prive les majeurs protégés de la capacité d'exercer des fonctions dirigeantes ou n'exige des dirigeants sociaux la pleine capacité civile. Les nouveaux textes ne traitent que de l'ouverture d'une mesure de protection au profit d'un dirigeant en fonctions. L'aptitude d'un majeur protégé à être titulaire d'un mandat social n'est pas remise en cause. Elle l'est d'autant moins que les nouveaux textes ne traitent qu'une partie des situations envisageables. À titre d'exemple, le placement sous curatelle du président du conseil d'administration d'une SA, hypothèse ayant fait l'objet de l'arrêt du 29 septembre 2009<sup>17</sup>, demeure dans l'angle mort de ces textes, faute d'exercice d'un pouvoir de représentation et d'un placement sous tutelle. Pire encore, la loi du 19 juillet 2019 prend sur certains points le contrepied de l'article 1160 du code civil et pourrait même être interprétée comme s'opposant à l'application de cette disposition en droit des sociétés.

**7. Plan** - L'éventualité d'un majeur protégé exerçant des fonctions de dirigeant social est donc toujours d'actualité. Il convient d'en dresser le constat en envisageant d'une part son nouveau domaine, c'est-à-dire le mandat social du dirigeant incapable (I) et d'autre part ses conséquences, c'est-à-dire les actes accomplis par le dirigeant incapable pour le compte de la société (II).

## I. Le mandat social du dirigeant incapable

**8. Accès aux fonctions et maintien en fonctions** - L'exercice d'un mandat social par un dirigeant incapable, ici compris comme un majeur protégé, correspond à deux situations distinctes : celle du mandat exercé *ab initio* par un majeur protégé ; celle du mandat exercé par un dirigeant placé en cours de mandat sous mesure de protection. En pratique, seule la seconde situation est réellement envisageable<sup>18</sup>. Pour autant, c'est la première situation qui amène à poser la question décisive : celle de l'aptitude d'un majeur protégé à la titularité d'un mandat social. En effet, s'il était établi que la pleine capacité civile fût nécessaire à la titularité d'un mandat social, l'ouverture d'une mesure de protection en cours de

mandat entraînerait *de jure* la cessation du mandat, sans qu'il soit besoin d'un texte spécial le prévoyant. C'est ainsi parce que le majeur protégé dispose de l'aptitude à la titularité d'un mandat social (A) que se pose la question du sort du mandat lors de l'ouverture d'une mesure de protection (B).

## A. L'aptitude du majeur protégé à la titularité d'un mandat social

**9. Recherche des fondements** - Malgré le silence du législateur, la doctrine est quasiment unanime à considérer qu'un dirigeant de société doit avoir la capacité civile<sup>19</sup>. Comme le note un auteur, « ce silence ne doit pas tromper. Il paraît évident que le dirigeant de société doit avoir la capacité civile sauf aménagement par une disposition légale<sup>20</sup> ». Autrement dit, les majeurs protégés seraient frappés d'une incapacité de jouissance en la matière. Outre qu'elle n'a pas été suivie par la jurisprudence<sup>21</sup>, cette assertion paraît uniquement fondée sur des considérations de protection et d'opportunité : « une personne ne saurait être admise à décider ou à accomplir librement des actes au nom d'une société alors qu'ils lui seraient interdits ou qu'ils exigeraient une assistance si elle devait les décider ou les accomplir pour elle-même. Un sain réalisme dicte qu'on ne saurait se montrer moins exigeant pour gérer le patrimoine d'autrui que son propre patrimoine<sup>22</sup> ». Or, bien que légitimes, ces considérations ne sauraient suffire à exclure l'aptitude du majeur protégé à la titularité d'un mandat social. En droit, cette aptitude semble en effet résulter tout autant des textes (1°) que de la théorie du pouvoir (2°).

### 1° Les fondements textuels

**10. Diversité des textes** - L'aptitude du majeur protégé à être titulaire d'un mandat social peut être fondée sur des textes issus du droit des majeurs protégés, du droit du mandat ou encore du droit commun de la représentation.

**11. Droit des majeurs protégés** - Le droit des majeurs protégés admet implicitement que ceux-ci puissent avoir la qualité de dirigeant social. Tout d'abord, rien ne s'oppose à ce qu'un majeur sous sauvegarde de justice candidate à de telles fonctions, puisqu'il dispose encore de la pleine capacité civile. Ensuite, le décret du 22 décembre 2008<sup>23</sup> classe la candidature aux fonctions de gérant et d'administrateur parmi les actes de disposition du patrimoine du majeur en

<sup>17</sup> Cass. com., 29 sept. 2009, n° 08-15.125, préc.

<sup>18</sup> En ce sens, v. M. Storck, note ss Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 7 avr. 2016, préc., relevant qu'il est « peu courant que les associés désignent comme gérant une personne frappée d'incapacité ».

<sup>19</sup> V. not. A. Charvériat, B. Dondero, M.-A. Sébire, F. Gilbert et B. Mercadal, préc., n° 11112. - J.-P. Casimir et M. Germain, préc., n° 206. - B. Dondero et P. Le Cannu, Droit des sociétés : LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., 2019, n° 707, 836 et 1365. - M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, préc., n° 906. - M. Germain et V. Magnier, Les sociétés commerciales, Traité de droit des affaires, t. 2 : LGDJ, 22<sup>e</sup> éd., 2017, n° 2191. - C. Boulogne-Yang-Ting, préc., *loc. cit.*

<sup>20</sup> M.-H. Monsérié-Bon, note ss Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 2012, préc.

<sup>21</sup> V. § 5.

<sup>22</sup> H. Hovasse : Dr. sociétés 2009, repère 11.

<sup>23</sup> D. n° 2008-1484, 22 déc. 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil.



tutelle ou en curatelle<sup>24</sup>, ce qui suppose donc qu'une telle candidature soit ouverte à celui-ci<sup>25</sup>. Certains auteurs estiment néanmoins qu'il ne peut être tiré de ce décret un argument en faveur de l'accès des majeurs protégés à des fonctions de dirigeant, car c'est à la loi seule qu'il appartiendrait de fixer les qualités requises pour accéder aux fonctions de mandataire social<sup>26</sup>. Cela étant, dans la mesure où la loi ne l'exclut pas et que la capacité de jouissance demeure le principe, ce décret constitue au moins un indice de la possibilité pour des majeurs protégés d'accéder aux fonctions considérées<sup>27</sup>.

**12. Droit du mandat** - Historiquement, c'est sur le droit du mandat que la possibilité pour un majeur protégé d'être dirigeant social est fondée. Selon l'article 1990 du code civil en effet, un mineur non émancipé peut être choisi comme mandataire. Étendue par la jurisprudence à tous les incapables<sup>28</sup>, cette disposition justifierait ainsi qu'un majeur protégé puisse être choisi comme dirigeant d'une société<sup>29</sup>, c'est-à-dire comme mandataire social. L'argument est cependant fréquemment rejeté aujourd'hui - « *de la poudre de carcasse de bête morte* » selon l'aimable image d'un auteur<sup>30</sup>. Il est en effet de bon ton de considérer que les dirigeants de société ne sont pas des mandataires, mais des organes de la société, auxquels l'article 1990 du code civil ne serait donc pas applicable<sup>31</sup>. D'un point de vue technique, il est pourtant manifeste que la relation

entre la société et ses dirigeants est de nature contractuelle<sup>32</sup>, ce contrat étant au moins un contrat de pouvoir et *a priori* un mandat spécial. En opportunité, l'exclusion de la qualification de mandat s'est par ailleurs révélée contre-productive. D'une part, la mise à l'écart de l'article 1990 du code civil n'informe en rien de l'aptitude des majeurs protégés à détenir la qualité de dirigeants sociaux. D'autre part, refuser l'application du droit commun du mandat aux dirigeants sociaux conduit aussi à refuser l'application de l'article 2003, alinéa 4 du code civil, selon lequel le mandat prend fin par la tutelle du mandataire. S'il avait été appliqué, le droit commun du mandat aurait ainsi permis de régler depuis bien longtemps les difficultés posées par la mise sous tutelle d'un dirigeant social, rendant du même coup inutiles les dispositions y relatives de la loi du 19 juillet 2019... Il est cependant trop tard pour rattraper les errements du passé qui semblent avoir gagné la jurisprudence la plus récente<sup>33</sup>.

**13. Droit commun de la représentation** - Il est traditionnellement enseigné que la capacité du représentant n'est pas nécessaire, dès lors qu'il n'exerce pas ses propres droits mais ceux du représenté et que les effets de l'acte qu'il accomplit sont imputés au représenté. La validité des actes accomplis par le représentant est ainsi subordonnée à la seule capacité du représenté<sup>34</sup>. Dès lors, rien ne s'oppose à ce que le représentant soit incapable et qu'il accomplisse pour le compte du représenté des actes qu'il ne pourrait valablement accomplir seul pour son propre compte. C'est au représenté de déterminer lui-même, à ses risques et périls, si le représentant possède les aptitudes nécessaires à l'accomplissement de sa mission<sup>35</sup>. C'est ce qui explique que les dirigeants sociaux, dont la qualité de représentants de la société n'est cette fois contestée par personne, puissent être des majeurs protégés. La réforme du droit des obligations, qui a introduit dans le code civil des dispositions relatives au droit commun de la représentation,

24 Le tuteur ne peut donc présenter une telle candidature au nom du majeur sans y être autorisé par le conseil de famille ou, à défaut, le juge (C. civ., art. 505), tandis que le majeur sous curatelle ne le peut sans être assisté de son curateur (C. civ., art. 467).

25 Il n'y a pas de raison qu'il en aille autrement en cas de mandat de protection future ou d'habilitation familiale. En cas de mandat de protection future sous seing privé, l'acte de candidature doit néanmoins avoir été prévu par le mandat ou être ordonné par le juge (C. civ., 493). Il en va de même en cas d'habilitation familiale (C. civ., art. 494-6).

26 H. Hovasse, note ss Cass. com., 29 sept. 2009, préc. - H. Hovasse et A. Gaudemet, Incapacités et sociétés, préc., p. 5, n° 67. - J.-P. Legros, La répercussion des tribulations du dirigeant sur son mandat, in Mél. Michel Germain : LexisNexis, 2015, p. 451, n° 37.

27 V. S. Schiller et H. Fabre, La protection de la société contre l'état de vulnérabilité de son dirigeant : JCPN 2012, 1393, n° 4. - M.-H. Monsérié-Bon, Personnes protégées : une articulation entre droit des sociétés et droit civil non satisfaisante : RLDC n° 103, 2013, art. 5068, p. 61, spéc. p. 64.

28 V. A. Bénabent, Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux : LGDJ, 13<sup>e</sup> éd., 2019, n° 652. - P. Le Tourneau, Mandat : Rép. civ. Dalloz, 2017, n° 150. - M. Mekki et F. Jacob : JCl. Civil code, Fasc. 20 : Mandat. - Conditions de validité, 2020, n° 5. - M. Storck : JCl. Civil code, Fasc. unique : Contrats et obligations. - Représentation dans les actes juridiques, 2015, n° 16. - V. néanmoins N. Mathey, Représentation : Rép. civ. Dalloz, 2017, n° 60, plus circonspéct quant à la réalité de cette extension.

29 J. Hémar, F. Terré et P. Mabilat, préc., loc. cit.

30 H. Hovasse : Dr. sociétés 2009, repère 11.

31 En ce sens, v. A. Charvériat, B. Dondero, M.-A. Sébire, F. Gilbert et B. Mercadal, préc., n° 10000. - J.-P. Legros, préc., loc. cit. - H. Hovasse, Dr. sociétés 2009, repère 11 et note ss Cass. com., 29 sept. 2009, n° 08-15.125, préc. - H. Hovasse et A. Gaudemet, préc., n° 66. - T. Fossier, préc., p. 159. Plus circonspéct, v. not. S. Schiller et H. Fabre, préc., n° 6. - J.-F. Hamelin, Incidences de la mise sous tutelle d'un dirigeant : Dr. sociétés 2019, comm. 168.

32 En ce sens, v. not. M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, préc., n° 392. - J. Delvallée, La collégialité en droit des sociétés, thèse : Dalloz, 2019, n° 158 et s. - G. Wicker et J.-C. Pagnucco, Personne morale : Rép. civ. Dalloz, 2016, n° 83 et s. - J.-F. Hamelin, Le contrat-alliance, thèse : Economica, 2012, n° 642 et s. - P. et P. Didier, Droit commercial, t. 2, Les sociétés commerciales : Economica, 2011, n° 268 et s. - G. Wicker et J.-C. Pagnucco, Personne morale, préc., n° 83 et s. - G. Wicker, La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit, in Études Bruno Oppetit : Litec, 2009, p. 691, n° 51. - F. Deboissy, Le contrat de société, in Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées brésiliennes, t. LV, Société de législation comparée, 2005, p. 119, n° 42 et s. - N. Baruchel, La personnalité morale en droit privé : éléments pour une théorie, thèse : LGDJ, 2004, n° 49. - S. Asencio, Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun : Rev. sociétés 2000, p. 683. Nous nous permettons également de renvoyer à J. Valiergue, Les conflits d'intérêts en droit privé - Contribution à la théorie juridique du pouvoir, thèse : LGDJ, 2019, n° 483 et s.

33 V. Cass. com., 18 sept. 2019, 16-26.962 : JCPÉ 2019, 1531, obs. F. Deboissy et G. Wicker : « *Mais attendu qu'après avoir énoncé, par motifs adoptés, que le dirigeant social d'une société détient un pouvoir de représentation de la société, d'origine légale, l'arrêt retient, à bon droit, que les dispositions spécifiques du code civil régissant le mandat n'ont pas vocation à s'appliquer dans les rapports entre la société et son dirigeant ; que le moyen n'est pas fondé* ».

34 V. par ex. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, Les obligations. L'acte juridique : Sirey, 16<sup>e</sup> éd., 2014, n° 428.

35 G. Wicker et N. Ferrier, La représentation : JCPG 2015, suppl. au n° 21, p. 27, n° 15. - V. plus généralement, R. Laher, Mandat et confiance : RTD civ. 2017 p. 541.

ne remet pas en cause cette analyse traditionnelle. Certes, l'article 1160 du code civil dispose désormais que « *les pouvoirs du représentant cessent s'il est atteint d'une incapacité ou frappé d'une interdiction* ». Néanmoins, cette disposition traite uniquement de la cessation du pouvoir en cas de survenance d'une incapacité, et non de son attribution initiale. Elle transpose ainsi au droit commun de la représentation les dispositions relatives à la cessation du mandat prévues par l'article 2003 précité. L'article 1160 ne fait donc pas de la capacité du représentant une condition de l'attribution de pouvoirs de représentation<sup>36</sup>. Le droit commun de la représentation ne dit d'ailleurs mot de la capacité exigée du représentant, de sorte que l'analyse traditionnelle demeure valable.

14. *In fine*, si aucun texte n'affirme, ni n'infirme expressément la possibilité pour un majeur protégé d'être titulaire d'un mandat social malgré son incapacité, le droit des majeurs protégés, celui du mandat ainsi que celui de la représentation confirment plutôt cette possibilité. La théorie du pouvoir permet de l'expliquer.

## 2° Les fondements issus de la théorie du pouvoir

15. **Droits subjectifs et pouvoirs ; capacité et habilité** - Quelle que soit la qualification retenue – organes ou mandataires – les dirigeants sociaux sont titulaires de pouvoirs qu'ils exercent pour le compte de la société en définissant et exprimant l'intérêt de celle-ci<sup>37</sup>. Or, le pouvoir se distingue tout à la fois du droit subjectif et de la capacité<sup>38</sup>. En effet, il désigne d'une part la **prérogative** permettant d'exprimer et d'agir valablement dans un intérêt distinct du sien et constitue de ce point de vue le pendant du droit subjectif, prérogative permettant d'exprimer et d'agir valablement dans son propre intérêt. Mais il désigne aussi l'**aptitude** à agir valablement dans un intérêt distinct du sien, aptitude que nous proposons de qualifier d'**habilité**<sup>39</sup>. Cette habilité constitue le pendant de la capacité, aptitude à agir valablement pour soi-même. Bref, au couple capacité-droit subjectif répond le couple habilité-pouvoir.

36 En ce sens, F. Chénéde, Le nouveau droit des obligations : Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2019/2020, n° 123.36. - G. Chantepie et M. Latina, Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil : Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2018, n° 397. - O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article : LexisNexis, 2<sup>e</sup> éd., 2018, p. 294. - N. Mathey, préc., n° 62.

37 Les pouvoirs peuvent être définis comme des prérogatives juridiques par lesquelles un sujet, habilité à cet effet par une norme légale, conventionnelle ou judiciaire, participe matériellement, intellectuellement ou décisionnellement à la création d'un acte juridique pour autrui par l'expression d'un intérêt distinct du sien. Sur cette définition du pouvoir, v. J. Valiergue, préc., n° 93 et s.

38 V. P. Didier, De la représentation en droit privé, thèse : LGDJ, 2000, n° 82 et s. - G. Wicker, Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique, thèse : LGDJ, 1996, n° 64 et s. - G. Goubeaux, Traité de droit civil. Les personnes : LGDJ, 1989, n° 27. - E. Gaillard, Le pouvoir en droit privé, thèse : Economica, 1985, n° 64 et s. - M. Storck, Essai sur le mécanisme de représentation dans les actes juridiques, thèse : LGDJ, 1982, n° 172 et s.

39 Comp. M. Storck, préc., n° 174, qui propose quant à lui de la qualifier de compétence.

16. **Découplage de la capacité et de l'habilité** - Il n'existe pas de lien entre la capacité et l'habilité, la première est de principe, la seconde est attributive. S'explique ainsi que l'incapacité ne prive l'individu que de son aptitude à agir pour son propre compte par l'exercice de ses droits subjectifs, et non de la possibilité d'agir pour le compte d'autrui par l'exercice de pouvoirs. Aussi bien, c'est l'impossibilité pour un individu de pourvoir à ses intérêts, et non à ceux d'autrui, qui peut justifier l'ouverture d'une mesure de protection. Inversement d'ailleurs, la révocation d'un dirigeant, qui le prive de son habilité à agir valablement pour le compte de la société, n'a pas d'effet sur sa capacité. De même d'ailleurs que les limites d'âge imposées aux dirigeants dans certaines sociétés<sup>40</sup> concernent leur habilité, et non leur capacité. L'explication tient au fait que l'habilité ne consiste pas en la reconnaissance d'une qualité inhérente aux individus<sup>41</sup>, qu'ils détiendraient ou non, mais dépend « *de considérations d'ordre professionnel, patrimonial, familial ou amical* »<sup>42</sup>. A ainsi l'habilité celui à qui est attribué la prérogative<sup>43</sup>. Il en résulte que l'incapacité d'un individu est théoriquement sans rapport avec son aptitude à devenir dirigeant social, dès lors que les associés s'accordent pour lui en attribuer le pouvoir.

17. Cela ne signifie pas qu'il s'agisse d'une situation souhaitable, ni même pratiquement concevable. Par ailleurs, il est évident que l'exercice même du pouvoir nécessite que le représentant dispose d'un discernement suffisant pour manifester une volonté réelle<sup>44</sup>. Mais théoriquement, il n'est rien moins qu'évident qu'un dirigeant de société doive avoir la capacité civile, dès lors que la titularité de telles fonctions ne concerne pas sa capacité mais son habilité. De même, il n'y a pas de paradoxe à ce qu'un dirigeant incapable puisse faire pour le compte de la société ce qu'il ne peut faire pour lui-même. C'est là le jeu du pouvoir.

## B. Le sort du mandat lors de l'ouverture d'une mesure de protection

18. Si l'attribution d'un mandat social à un majeur protégé est pratiquement inconcevable<sup>45</sup>, il n'en va pas de même de l'ouverture d'une mesure de protection au profit d'un dirigeant déjà en fonctions. C'est ce type de situation qui est à l'origine du contentieux en la matière. En effet, la capacité civile n'étant pas exigée des dirigeants sociaux *ab initio*, la survenance de l'incapacité ne peut entraîner *de jure* la cessation des fonctions en l'absence de dispositions légales ou conventionnelles en ce sens<sup>46</sup>. C'est ainsi du moins que la jurisprudence a raisonné

40 V. A. Charvériat, B. Dondero, M.-A. Sébire, F. Gilbert et B. Mercadal, préc., n° 11101.

41 M. Storck, préc., n° 173.

42 *Ibidem*.

43 P. Didier, préc., n° 95.

44 V. M. Mekki et F. Jacob, préc., *loc. cit.* - N. Mathey, préc., n° 63.

45 Exception faite néanmoins d'un majeur sous sauvegarde de justice.

46 Rappelons que l'ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle au profit d'un dirigeant doit tout de même faire l'objet d'une déclaration au RCS (C. com., art. R. 123-69).

jusqu'à présent, plongeant la pratique et la doctrine dans une recherche effrénée de palliatifs. Depuis, le législateur est intervenu pour prévoir que l'ouverture d'une mesure de protection puisse constituer une cause de cessation du mandat social. L'insuffisance de ces dispositions (1<sup>er</sup>) rend toujours d'actualité la recherche de remèdes (2<sup>e</sup>).

## 1<sup>er</sup> L'insuffisance des hypothèses légales de cessation du mandat

**19. Droit commun des obligations et droit spécial des sociétés** - Au lendemain de la réforme du droit des obligations, une partie de la doctrine estimait que l'article 1160 du code civil<sup>47</sup> était de nature à régler les difficultés nées de l'ouverture d'une mesure de protection au profit d'un dirigeant social<sup>48</sup>. L'adoption de la loi du 19 juillet 2019 modifie cependant l'analyse. L'étude des dispositions de celle-ci constitue dès lors un préalable à l'analyse du champ d'application subsistant de l'article 1160 du code civil.

### ◆ LES DISPOSITIONS DE LA LOI DU 19 JUILLET 2019

**20. Champ d'application restreint** - La loi du 19 juillet 2019 introduit pour la première fois en droit des sociétés des dispositions relatives à l'ouverture d'une mesure de protection au profit d'un dirigeant social, mais uniquement dans les SARL et les SA et seulement s'il s'agit d'une mesure de tutelle.

**21. La mise sous tutelle du gérant de SARL** - Désormais, l'article L. 223-27, alinéa 8 du code de commerce dispose que « si, pour quelque cause que ce soit, la société se trouve dépourvue de gérant ou si le gérant unique est placé en tutelle, le commissaire aux comptes ou tout associé convoque l'assemblée des associés à seule fin de procéder, le cas échéant, à la révocation du gérant unique et, dans tous les cas, à la désignation d'un ou de plusieurs gérants<sup>49</sup> ». Le placement sous tutelle du gérant unique n'entraîne donc pas de plein droit la cessation de son mandat<sup>50</sup>. Il permet uniquement la convocation des associés à seule fin de le révoquer. Cette révocation pourrait ne pas advenir faute de majorité, notamment si le gérant unique est lui-même associé majoritaire ou associé unique d'une EURL. Auquel cas il faut en déduire que le placement sous tutelle du gérant unique de SARL ne lui interdit pas de conserver et de continuer

d'exercer son mandat. De fait, ce nouveau texte est contraire à l'article 1160 du code civil dont l'application à la SARL aurait dû entraîner la cessation d'office du gérant placé sous tutelle.

**22. La mise sous tutelle d'un dirigeant de SA** - C'est d'autant plus étrange que la loi du 19 juillet 2019 a dans le même temps modifié le droit des SA pour qu'en soit réputé démissionnaire d'office le dirigeant placé sous tutelle<sup>51</sup>, qu'il s'agisse d'un administrateur, du président du conseil d'administration, du directeur général ou du directeur général délégué, d'un membre du directoire ou du directeur général unique ou encore d'un membre du conseil de surveillance. Il est précisé que la démission d'office n'entraîne pas la nullité des décisions ou des délibérations auxquelles aurait pris part le dirigeant concerné après l'ouverture de la tutelle. Il s'agit alors, non pas d'éviter la sanction de décisions prises par un dirigeant incapable<sup>52</sup>, mais d'éviter la sanction de décisions prises par un dirigeant sans pouvoir<sup>53</sup>, puisque réputé démissionnaire d'office dès l'ouverture de la tutelle.

### ◆ LE CHAMP D'APPLICATION SUBSISTANT DE L'ARTICLE 1160 DU CODE CIVIL

**23. L'article 1160 du code civil** - Issu de la réforme du droit des obligations, l'article 1160 du code civil dispose de la cessation des pouvoirs du représentant frappé d'incapacité. Cette disposition est fondée sur l'idée que le représentant frappé d'incapacité ne présente plus les aptitudes qui avaient justifié l'attribution du pouvoir<sup>54</sup>. C'est moins l'incapacité juridique que l'altération des facultés du représentant qu'elle suppose qui justifie la perte du pouvoir<sup>55</sup>. Cela justifie d'étendre le domaine de l'incapacité visé par le texte à toute mesure de protection traduisant une altération des facultés du majeur, en ce compris la sauvegarde de justice<sup>56</sup>. Mais cela n'interdit pas d'admettre que le représenté maintienne les pouvoirs du représentant malgré la survenance de l'incapacité s'il considère qu'il dispose toujours des aptitudes requises pour l'accomplissement de sa mission<sup>57</sup>. En sens inverse, le texte doit trouver application lorsqu'un représentant initialement frappé d'incapacité est soumis à une mesure plus restrictive traduisant une aggravation de l'altération de ses facultés, par exemple lorsqu'un représentant initialement sous curatelle est placé sous tutelle en cours de mission.

47 « Les pouvoirs du représentant cessent s'il est atteint d'une incapacité ou frappé d'une interdiction. »

48 V. not. S. Schiller, La représentation dans les sociétés après la réforme du droit des contrats : JCPN 2017, 1326. - V. Thomas, La représentation des sociétés à l'épreuve des nouvelles dispositions du code civil relatives à la capacité et à la représentation : RJC n° 1, 2017, p. 134, spéc. p. 141-142. Plus circonstancié, B. Dondero, Capacité et représentation des sociétés : BJS 2016, p. 510, spéc. n° 47, semblant douter que le texte soit applicable en droit des sociétés.

49 Comp. avec l'ancien texte : « En cas de décès du gérant unique, le commissaire aux comptes ou tout associé convoque l'assemblée des associés à seule fin de procéder au remplacement du gérant ».

50 V. P. Emy et B. Saintourens, Les dispositions de la loi du 19 juillet 2019 relatives à toutes les sociétés, aux sociétés civiles et aux SARL : Rev. sociétés 2019, p. 655, n° 57 et s. - I. Dauriac, Patrimoine des personnes protégées et du couple, Chronique d'actualité : IP 3-2019, n° 4, § 6.

51 C. com., art. L. 225-19, L. 225-48, L. 225-54, L. 225-60 et L. 225-70. Quant au remplacement du dirigeant démissionnaire, v. C. com., art. L. 225-17, L. 225-24, L. 225-34 et L. 225-78.

52 V. § 40 et s.

53 V. I. Dauriac, préc., § 4.

54 V. F. Chénéde, préc., *loc. cit.* - G. Chantepie et M. Latina, préc., *loc. cit.* - O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, préc., *loc. cit.* - N. Mathey, préc., n° 62. À propos du mandat, v. R. Laher, préc., n° 26.

55 Le texte n'opère donc pas un couplage de la capacité et de l'habileté (V. § 16). Rapp. CA Paris, 4 avr. 1997 : Dr. sociétés 1997, comm. 177, note T. Bonneau.

56 En ce sens, v. égal. S. Schiller, La représentation dans les sociétés après la réforme du droit des contrats, préc.

57 Rapp. G. Wicker, Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil : D. 2016, p. 1942, n° 17, selon lequel il ne faut pas prêter à l'article 1160 du code civil un caractère impératif.



**24. Articulation avec le droit spécial** - En bonne logique, l'article 1160 du code civil, relevant du droit commun des obligations, devrait s'appliquer en droit des sociétés en l'absence de disposition spéciale<sup>58</sup>. Un point est alors certain, l'article 1160 ne peut s'appliquer en cas de placement sous tutelle du gérant de SARL ou d'un dirigeant de SA. Pour le reste, il n'existe aucune certitude et trois possibilités sont envisageables.

**25. 1<sup>re</sup> possibilité : application à tous les cas non prévus par le droit des sociétés** - Premièrement, l'article 1160 du code civil pourrait s'appliquer à tous les cas non prévus par le droit des sociétés. Il s'appliquerait ainsi dans les SA et SARL en cas d'ouverture d'une mesure de protection autre qu'une tutelle. *A priori*, seraient tout de même exclus de son champ d'application le président du conseil d'administration, l'administrateur, les membres du directoire et les membres du conseil de surveillance, faute d'être à proprement parler des représentants. Par ailleurs, l'article 1160 du code civil s'appliquerait dans toute autre société (société civile, SNC, SCS, SCA, SAS<sup>59</sup>), quelle que soit la nature de la mesure de protection. *In fine*, il n'y aurait guère que le placement sous tutelle du gérant de SARL à ne pas entraîner d'office la cessation du mandat social.

**26. 2<sup>e</sup> possibilité : inapplication dans les SARL et les SA** - Deuxièmement, l'article 1160 du code civil pourrait s'appliquer dans toutes les sociétés et pour toute mesure de protection, à l'exception des SA et des SARL. En effet, la proposition de loi initiale prévoyait que les mandats de gérant de SARL ou de dirigeant de SA cessassent en cas de placement en tutelle ou en curatelle<sup>60</sup>. La curatelle a finalement été retirée des textes définitifs au motif que « *la curatelle est une mesure d'assistance préservant l'autonomie de la personne : l'atteinte qui peut être portée à l'exercice des droits d'une personne placée sous curatelle doit donc être individualisée* »<sup>61</sup>. Quoique l'on puisse penser de cette restriction, il en résulte que le législateur a intentionnellement restreint le champ d'application des dispositions concernées au seul placement sous tutelle du dirigeant social. Cela paraît exclure l'application de l'article 1160 du code civil aux dirigeants de SARL et de SA<sup>62</sup>, puisqu'elle entraînerait la cessation de leur mandat en cas d'ouverture d'une mesure de protection autre qu'une tutelle. En outre, l'application de l'article 1160 du code civil au gérant de SARL conduirait à des solutions incohérentes. Son mandat cesserait d'office en cas d'ouverture d'une curatelle en application du droit commun, tandis qu'il serait par principe maintenu en cas de tutelle en application du droit spécial – sauf révocation.

58 C. civ., art. 1105. Sur la notion de droit commun et son articulation avec le droit spécial, v. N. Balat, Essai sur le droit commun, thèse : LGDJ, 2016. - C. Goldie-Genicon, Droit commun et droit spécial : RDA févr. 2013, p. 29. - Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats, thèse : LGDJ, 2009.

59 L'application à la SCA et à la SAS des articles relatifs à la mise sous tutelle des dirigeants de SA est exclue par les articles L. 226-1 et L. 227-1 du code de commerce.

60 V. Proposition de loi n° 790 du 4 août 2014 présentée par M. le sénateur Mohamed Soilihi.

61 V. AN, compte rendu intégral de la séance du 27 mars 2019.

62 En ce sens, à propos de la SARL, v. P. Emy et B. Saintourens, préc., n° 61.

**27. 3<sup>e</sup> possibilité : inapplication pure et simple en droit des sociétés** - Troisièmement, il est envisageable que l'article 1160 du code civil soit purement et simplement inapplicable en droit des sociétés<sup>63</sup>. En effet, le législateur aurait pu traiter de l'ouverture d'une mesure de protection au profit du dirigeant social dans l'ensemble des sociétés. Il ne l'a pas fait, préférant retenir des dispositifs distincts applicables aux seules SARL et SA. Comment dès lors interpréter le silence gardé pour les autres sociétés ? Est-ce une porte ouverte à l'application du droit commun conformément au caractère spécial de la réglementation sociétaire ? Ou au contraire la volonté tacite d'en exclure l'application<sup>64</sup> ? Cette dernière thèse suppose de considérer le droit des sociétés comme un bloc complet et autonome de réglementation, au sein duquel le silence gardé par le législateur serait l'expression d'une volonté délibérée de n'imposer aucune règle<sup>65</sup>, y compris celle résultant du droit commun des obligations. À dire vrai, il n'est pas impossible que le silence du législateur ait une telle signification en certaines occasions, sans qu'il soit possible d'en induire une généralisation. Mais s'agissant du cas qui nous préoccupe, le silence du législateur résulte vraisemblablement d'un oubli<sup>66</sup>, oubli de l'existence de l'article 1160 du code civil et oubli des problèmes pratiques à résoudre<sup>67</sup>. Il serait pour le moins téméraire de déduire de la modification des dispositions relatives à la SARL et à la SA une volonté tacite d'exclure l'application de l'article 1160 du code civil dans les autres sociétés, d'autant plus que cette application répond plutôt aux vœux de la pratique. Ceci étant précisé, il faut bien constater que la tendance autonomiste du droit des sociétés, déjà en germe dans le rejet de la qualification de mandataire<sup>68</sup>, gagne en puissance ces derniers temps. Elle

63 En ce sens, J.-F. Hamelin, préc. - B. Dondero, La loi de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés L. n° 2019-744, 19 juill. 2019 : JCPE 2019, 1479, n° 37.

64 Une semblable question s'est posée au lendemain de la réforme du droit des obligations à propos de l'application de l'article 1161 du code civil aux sociétés (V. not. R. Mortier, Conflits d'intérêts : pourquoi et comment appliquer aux sociétés le nouvel article 1161 du code civil : Dr. sociétés 2016, étude 11, spéc. n° 8 et s. - B. Dondero, Capacité et représentation des sociétés, préc., n° 43 et s. - A. Charveriat, Gestion des conflits d'intérêts : le paradoxe des conventions réputées libres : BRDA 9/16, 20. - A. Couret et A. Reygrobelle, Le droit des sociétés menacé par le nouvel article 1161 du code civil ? : D. 2016, p. 1867. - H. Le Nabasque, Conventions libres et conventions réglementées : faut-il avoir peur de l'article 1161 du code civil ? : BJS 2016, p. 681. - A. Couret, Nouveau régime de la représentation et conflits d'intérêts en droit des sociétés : Rev. sociétés 2017, p. 331. - F. Deboissy et G. Wicker : JCPE 2017, 1087, n° 2. - F. Deboissy et G. Wicker, La modification de l'article 1161 du code civil par le Sénat. La réglementation des conflits d'intérêts victime du lobbying : JCPE 2017, 1664. - A. Couret, L'article 1161 du code civil victime du lobbying : un mauvais procès : D. 2018, p. 20).

65 A. Couret, Nouveau régime de la représentation et conflits d'intérêts en droit des sociétés, préc., n° 23.

66 Comp. P. Emy et B. Saintourens, préc., n° 62, qui parlent d'une erreur résultant d'une absence de réflexion lors des travaux parlementaires. *Addé* J.-F. Hamelin, préc., qui s'étonne du champ d'application restreint des nouveaux textes compte tenu des motifs initiaux.

67 Il suffit de remarquer que les trois jurisprudences emblématiques en la matière concernent pour deux d'entre elles des SCI (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 2012, préc. - Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 7 avr. 2016, préc.) et des placements en curatelle (Cass. com., 29 sept. 2009, préc. - Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 7 avr. 2016, préc.), c'est-à-dire des hypothèses non visées par les nouveaux textes.

68 V. § 12.

se réclame notamment des incohérences<sup>69</sup> auxquelles peut conduire l'application du droit commun pour combler les lacunes du droit des sociétés, alors même que ce sont ces lacunes qui génèrent ces incohérences et non l'application du droit commun qui ne fait que les révéler.

**28. Quel bilan ?** - En définitive, si la deuxième possibilité est à nos yeux la plus respectueuse de la volonté du législateur, il faut constater que l'inapplication pure et simple de l'article 1160 du code civil est sinon certaine, du moins vraisemblable<sup>70</sup>. Exception faite du placement sous tutelle du gérant de SARL et du dirigeant de SA, la jurisprudence antérieure pourrait ne pas être remise en cause et le dirigeant demeurer en fonction malgré l'ouverture d'une mesure de protection. Il demeure donc nécessaire de trouver des remèdes à l'incapacité du dirigeant social.

## 2° La nécessité persistante de remèdes

**29. La doctrine et la pratique**<sup>71</sup> alertent depuis plusieurs années sur les risques attachés à la survenance de l'incapacité du dirigeant social. De nombreuses solutions ont été proposées pour qu'il soit alors mis fin à son mandat. Les textes récents n'étant pas de nature à régler la question, évoquons à notre tour les remèdes à l'insuffisance des hypothèses légales de cessation du mandat.

**30. Remèdes tirés du droit des majeurs protégés** - Le droit des majeurs protégés offre plusieurs remèdes à l'ouverture d'une mesure de protection au profit d'un dirigeant social. Tout d'abord, et c'est la solution la plus simple, le protecteur peut mettre fin aux fonctions du dirigeant en démissionnant pour le compte du majeur protégé<sup>72</sup>. Le décret de 2008 qualifiant la candidature aux fonctions de dirigeant d'acte de disposition, l'acte de démission devrait avoir la même nature et nécessiter l'autorisation du conseil de famille ou du juge en cas de tutelle<sup>73</sup>. Une telle démission est également possible en sauvegarde de justice<sup>74</sup> ou en curatelle<sup>75</sup>.

**31. Plusieurs auteurs proposent également d'utiliser le mandat de protection future pour aménager les conséquences**

d'une éventuelle incapacité du dirigeant social<sup>76</sup>. Ce mandat permet en effet au dirigeant de désigner une personne chargée de le représenter s'il n'est plus en mesure de pourvoir seul à ses intérêts pour l'une des causes prévues par l'article 425 du code civil. Ainsi, ce mandataire pourrait se voir confier la mission de démissionner au nom de celui-ci dès la mise en jeu du mandat. Si le dirigeant est également associé, il pourrait voter au nom du dirigeant sa propre révocation et encore procéder à la désignation du nouveau dirigeant<sup>77</sup>. Si les actes à accomplir sont précisément énumérés, un tel mandat permet d'éviter toute incertitude en cas d'altération des facultés du dirigeant. L'absence de publicité du mandat de protection future est cependant problématique<sup>78</sup>.

**32. Remèdes tirés du droit des sociétés** - Le droit des sociétés n'est pas en reste en termes de solutions, mais leur résultat demeure assez incertain.

**33. Il faut tout d'abord envisager la révocation du dirigeant social.** Celle-ci est bien entendu possible, sous réserve d'obtenir une délibération à ce sujet<sup>79</sup>. Si le dirigeant est associé majoritaire, il est, dit-on, un risque qu'il refuse de voter sa propre révocation. Il faut cependant rappeler que l'exercice des droits de vote de l'associé incapable donne lieu à assistance ou représentation par les organes de protection<sup>80</sup>. Le risque n'est donc peut-être pas si grand si ces derniers assurent correctement leur rôle de protection du majeur. Au besoin, la révocation judiciaire du gérant pour cause légitime est possible dans les sociétés civiles, les SARL et les SCA<sup>81</sup> à la demande de tout associé. *A priori*, la survenance d'une incapacité devrait être considérée comme une cause légitime de révocation ou, le cas échéant, un juste motif, dès lors qu'elle s'accompagne effectivement d'une inaptitude intellectuelle ou physique à l'exercice des fonctions<sup>82</sup>.

**34. Ensuite, et c'est la solution la plus efficace, les conséquences de la survenance d'une incapacité du dirigeant peuvent être aménagées statutairement.** Le plus simple – mais encore faut-il y penser – est de prévoir que l'ouverture d'une mesure de protection au profit d'un dirigeant social

69 Pour une illustration, V. § 26.

70 Pour un même constat, v. J.-F. Hamelin, préc. - Comp. M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, préc., n° 906. *Adde* I. Dauriac, préc., § 7.

71 V. not. les propositions du 110<sup>e</sup> Congrès des notaires de 2014, estimant souhaitable que « le dirigeant placé sous curatelle ou sous tutelle soit dessaisi de plein droit de ses fonctions de représentant légal de la société, que le curateur ou le tuteur du dirigeant vulnérable soit tenu d'effectuer les formalités légales, et, s'il y a lieu, de convoquer dans un délai d'un mois suivant le prononcé de la mesure de protection judiciaire une assemblée statuant sur le remplacement du dirigeant » (V. I. Maria, Proposition notariale relative au dirigeant vulnérable : Dr. famille 2014, comm. 137).

72 V. not. I. Maria, note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 2012, préc. - G. Mouy et C. Robbe, Mesure de protection et dirigeant de société : Gaz. Pal. 3 oct. 2013, n° 276. - P. Le Cannu, note ss CA Paris, 2 juill. 2002, préc.

73 *Ibid.*

74 V. C. civ., art. 437, al. 2.

75 V. C. civ., art. 469, al. 2.

76 V. H. Fabre, Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés. Le cas du mandat de protection future : JCPN 2009, n° 52, 1359. - S. Schiller et H. Fabre, préc., n° 15 et s. - A. Bouquemont, Le mandat de protection future du dirigeant : Droit et patrimoine avril 2014, n° 235, p. 22. - A. Pando, Incapacité du chef d'entreprise : les solutions : LPA 3 juin 2014, n° 110, p. 9. - J.-P. Legros, préc., n° 40.

77 Dans cette hypothèse et à cette même fin, la fiducie-gestion pourrait également être utilisée (V. S. Schiller et H. Fabre, préc., n° 21).

78 S. Schiller et H. Fabre, préc., n° 19. - A. Bouquemont, préc. Depuis l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015, l'article 477-1 du code civil prévoit la publicité du mandat par inscription sur un registre spécial dont les modalités et l'accès sont réglés par décret en Conseil d'État. Mais à notre connaissance, le décret n'est toujours pas paru.

79 Ce qui peut s'avérer difficile (V. S. Schiller et H. Fabre, préc., n° 9 et s. - M. Clermon et A. Navaud, L'anticipation des risques incapacité et décès : Journal des sociétés n° 113, nov. 2013, p. 11, spéc. p. 16).

80 V. H. Hovasse et A. Gaudemet, préc., n° 49 et s.

81 C. civ., art. 1851. - C. com., art. L. 223-25 et L. 226-2.

82 V. CA Paris, 4 avr. 1997 : Dr. sociétés déc. 1997, comm. 177, note T. Bonneau.



entraîne d'office la cessation de ses fonctions<sup>83</sup>. Quant à ce type de clauses, il faut tout de même se demander si elles sont encore compatibles avec les dispositions issues de la loi du 19 juillet 2019. Par exemple, est-il possible de prévoir la démission d'office d'un gérant placé sous tutelle alors que l'article L. 223-27 dispose de son maintien, sauf révocation ? La démission d'office du dirigeant de SA ou de SARL placé sous curatelle peut-elle être statutairement prévue alors que le législateur a intentionnellement exclu le placement sous curatelle du champ des nouveaux textes ? Les dispositions nouvelles ne paraissant pas impératives s'agissant de l'extension conventionnelle de leur champ d'application, de telles clauses demeurent *a priori* valables. La question pourrait néanmoins se poser.

**35.** De tout cela, il résulte que le maintien en fonctions d'un dirigeant social frappé d'incapacité est encore possible aujourd'hui, lorsque ni les textes, ni les remèdes ne peuvent s'appliquer. Cela conduit à envisager, plus brièvement, les actes accomplis par le dirigeant incapable pour le compte de la société.

## II. Les actes accomplis par le dirigeant incapable pour le compte de la société

**36.** Une multitude de raisons peut expliquer qu'un majeur protégé exerce des fonctions dirigeantes, ne serait-ce qu'à titre provisoire. Cela implique qu'il puisse accomplir des actes ou prendre des décisions pour le compte de la société. Se posent alors deux questions, celle des modalités d'accomplissement de ces actes (A) et celle de la validité des actes accomplis (B).

### A. Les modalités d'accomplissement d'actes pour le compte de la société

**37. Neutralisation des mesures de protection** - Le placement sous mesure de protection d'un dirigeant de société ne change rien aux modalités d'exercice de ses pouvoirs. En effet, dans deux décisions, la Cour de cassation a exclu que les organes de protection puissent intervenir dans l'exercice des fonctions dirigeantes. Ainsi, le tuteur d'un gérant de SCI ne peut représenter celle-ci<sup>84</sup>, tout comme son curateur ne peut assister la société<sup>85</sup>. La solution vaut quelles que soient les fonctions et la société concernées et quel que soit l'organe

de protection. Elle est en tout point conforme à la théorie du pouvoir<sup>86</sup>. La mesure de protection concerne uniquement l'exercice des droits subjectifs du majeur protégé, et non l'exercice de ses pouvoirs<sup>87</sup> ; sa capacité et non son habilité. Ce sont les intérêts propres et le patrimoine du majeur que l'organe de protection a en charge, et non les intérêts et le patrimoine de la société<sup>88</sup>. Par ailleurs, le caractère *intuitu personae* du mandat social s'oppose à ce qu'un tiers se substitue aux dirigeants sociaux pour représenter en son lieu et place la société, ou pour assister celle-ci<sup>89</sup>. L'organe de protection ne dispose pas de la légitimité sociétaire pour intervenir dans la direction et la gestion de la société<sup>90</sup>.

**38. Proposition d'une exception pour les sociétés unipersonnelles** - Il nous semble néanmoins que ces solutions pourraient trouver exception dans le cas très problématique de l'incapacité du dirigeant associé d'une société unipersonnelle<sup>91</sup>. En effet, la confusion entre les intérêts de l'associé et de la société est telle que l'interdiction faite à l'organe de protection d'intervenir dans la société n'a plus la même raison d'être. Par ailleurs, il est peu probable que l'associé unique prévoit statutairement sa propre démission d'office en cas d'incapacité et l'article L. 223-27 est pratiquement inapplicable aux EURL<sup>92</sup>. Permettre aux organes de protection d'exercer les pouvoirs du dirigeant dans cette hypothèse serait une bonne manière d'assurer la survie de la société dans l'attente de la désignation d'un nouveau dirigeant.

**39. Conséquences** - Si la neutralisation des mesures de protection apparaît fondée, elle laisse néanmoins la société aux mains d'un dirigeant aux facultés altérées. La Cour de cassation ne l'indique pas, mais en toute logique le majeur protégé conserve l'intégralité de ses pouvoirs et doit les exercer seul, sans l'assistance, ni la représentation de ses organes de protection. Les risques pour la société et le majeur sont alors grands. Si le dirigeant n'est plus en état de manifester une quelconque volonté ou s'il est privé de tout discernement, la paralysie guette alors la société<sup>93</sup>. À défaut, le risque est celui d'actes (ou décisions) néfastes pour la société.

86 V. § 15 et s.

87 La solution ne concerne pas uniquement les pouvoirs du dirigeant de société, ni seulement l'ouverture d'une mesure de protection. Ainsi, le tuteur d'un parent ne devient pas titulaire de l'administration légale des biens des enfants du majeur protégé (V. T. Verheyde, obs. ss Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 2012, préc.). De même, en droit des entreprises en difficulté, le gérant personnellement dessaisi demeure investi des pouvoirs de gérant (V. M.-H. Monsérié-Bon : BJS 2012. - A. Gaudemet : Rev. sociétés 2013, p. 86, p. 770. - J.-D. Azincourt, note ss Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 2012, préc. - V. par exemple Cass. com., 18 oct. 2011, n° 10-19.647).

88 V. l'ensemble des commentaires sous ces arrêts, cités en note au § 5. Ils vont tous dans le même sens.

89 V. not. M.-H. Monsérié-Bon, BJS 2012, p. 770 ; RTD com. 2013, p. 104, notes ss Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 2012, préc.

90 V. H. Hovasse, note ss Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 2012, préc.

91 Rapp. C. Malecki, préc., n° 19 et s.

92 Rien n'est prévu pour les SASU.

93 Dans cette hypothèse, la nomination d'un administrateur provisoire pourrait être demandée par tout intéressé (V. S. Schiller et H. Fabre, préc., n° 10).

83 V. not. A. Bouquemont, Comment pallier la vulnérabilité du dirigeant par les clauses des statuts : JCPE 2014, 1331. - S. Schiller et H. Fabre, préc., n° 22 et s. - H. Hovasse, note ss Cass. com., 29 sept. 2009, n° 08-15.125, préc.

84 Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 2012, n° 11-13.161, préc.

85 Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 7 avr. 2016, n° 15-12.739, préc.

## B. La validité des actes accomplis

**40. Validité de principe** - Se pose alors la question de la validité des actes accomplis par le dirigeant incapable sans l'assistance ou la représentation de ses organes de protection. Certains auteurs<sup>94</sup> considèrent que ces actes peuvent faire l'objet d'une action en rescision ou réduction sur le fondement des articles 465, 1° et 435 du code civil ou d'une action en nullité sur le fondement des articles 414-1 ou 464 du même code. Destinées à la protection du majeur incapable, ces dispositions semblent néanmoins inapplicables aux actes qu'il accomplit en qualité de dirigeant d'une société. En effet, seule la société est engagée par de tels actes. En application du droit de la représentation et de la théorie des pouvoirs, leur validité est indépendante de l'incapacité de ses dirigeants, dès lors qu'ils sont habilités à agir pour son compte<sup>95</sup>. Seule importe la capacité de la société à agir valablement<sup>96</sup>, non celle de ses représentants<sup>97</sup>. Il en résulte par exemple qu'un contrat lésionnaire conclu pour le compte de la société par un dirigeant incapable ne peut être rescindé ou réduit en application des articles 465, 1° et 435 du code civil, puisque la victime de la lésion n'est pas le majeur protégé lui-même. Plus généralement, il en résulte que les actes accomplis par le dirigeant incapable pour le compte de la société sont par principe valables et inattaquables sur le fondement du droit des majeurs protégés, que le dirigeant soit représentant de la société ou membre d'un organe collégial<sup>98</sup>.

**41. Sanctions possibles** - En revanche, l'intervention des organes de protection du dirigeant à un acte accompli pour le compte de la société devrait pouvoir être sanctionnée par la nullité sur le fondement de l'article 465, 4° du code civil<sup>99</sup> ou par l'inopposabilité sur le fondement de l'article 1156 du même code<sup>100</sup>, puisqu'il s'agit alors de sanctionner un défaut

de pouvoir et non plus seulement de protéger l'incapable. Par ailleurs, le droit commun des obligations demeure applicable aux actes accomplis par le dirigeant incapable pour le compte de la personne morale. C'est ainsi en la personne du dirigeant que sera appréciée l'existence d'un vice du consentement. Le droit des sociétés s'applique également et permet notamment de sanctionner le dépassement de l'objet social dans les sociétés à risques illimités<sup>101</sup>. Enfin, en cas de faute de gestion, le dirigeant incapable engage sa responsabilité civile dans les mêmes conditions qu'un dirigeant capable<sup>102</sup>. La société n'est donc pas sans défense face aux actes accomplis par son dirigeant incapable, pas moins en tout cas qu'en présence d'un dirigeant capable.

## Conclusion

**42.** En définitive, l'incapacité du dirigeant est donc juridiquement indifférente à l'action de la société, ce qui est justifié au regard de la théorie des pouvoirs et de la représentation. Au terme de cette étude, on peut tout de même se demander si la déconnection entre la capacité du représenté et du représentant est pleinement justifiée en matière de représentation des personnes morales. Après tout, il n'est pas rare que les qualités d'une personne morale soient appréciées en la personne de son représentant légal<sup>103</sup>. Ne pourrait-on considérer que la capacité d'exercice d'une personne morale dépend de celle de son représentant légal ? Hors hypothèses de cessation légale ou conventionnelle des fonctions, cette analyse justifierait que soit désigné un mandataire *ad hoc*, voire un administrateur provisoire, dès la mise sous protection du dirigeant, non plus pour pallier son incapacité, mais pour palier celle de la société elle-même. Il ne s'agirait plus de faire bénéficier la société des mesures de protection de son dirigeant, mais de la faire bénéficier de ses propres mesures de protection.

J. VALIERGUE ■

94 V. not. G. Mouy et C. Robbe, préc. - S. Schiller et H. Fabre, préc., n° 8.

95 En ce sens, v. P. Jourdain : JCPÉ 1985, II, 14396. - F. Derrida : Defrénois 1984, art. 33277, spéc. n° 13. - P. Le Cannu : BJS 2002, 257, p. 1204, spéc. n° 12.

96 Sur la capacité des sociétés, v. S. François, Le consentement de la personne morale, thèse dactyl. : Paris I, 2018, n° 61 et s.

97 Rapp. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 14 juin 2000, n° 98-13.660 : Defrénois 2000, art. 37261, n° 88, p. 1316, obs. J. Massip ; BJS 2000, 272, p. 1091, obs. D. Randoux ; Defrénois 2001, art. 37348, n° 5, p. 528, obs. J. Honorat. Dans cet arrêt, il est jugé que « la capacité à s'engager de la SCI, personnalité distincte de celle des associés, ne dépendait pas de la capacité de ses associés », de sorte que la validité d'un prêt était indépendante du respect des mesures protectrices du droit des mineurs, en l'espèce la nécessité d'une autorisation du juge des tutelles pour la souscription d'un prêt.

98 Comp. J. Delvallée, préc., n° 525 et s.

99 « Si le tuteur ou le curateur a accompli seul un acte qui aurait dû être fait par la personne protégée soit seule, soit avec son assistance ou qui ne pouvait être accompli qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice ».

100 « L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté ».

Lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité. L'inopposabilité comme la nullité de l'acte ne peuvent plus être invoquées dès lors que le représenté l'a ratifié. »

101 Sur les pouvoirs des dirigeants et leurs limites, v. M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, préc., n° 412 et s.

102 G. Mouy et C. Robbe, préc.

103 V. par ex. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 19 sept. 2019, n° 18-15.398 : « Attendu, d'autre part, que, lorsque l'emprunteur est une société civile immobilière, seule celle-ci est créancière de l'obligation de mise en garde et non ses associés, même si ceux-ci sont tenus indéfiniment des dettes sociales, et que le caractère averti de cet emprunteur s'apprécie en la seule personne de son représentant légal et non en celle de ses associés ».