

ARTICLE

L'APPLICATION DE L'ARTICLE 1161 DU CODE CIVIL À LA REPRÉSENTATION DES SOCIÉTÉS : UNE QUESTION BIENTÔT RÉSOLUE ?

Private Equity Corporate - M&A | 27/10/17 | Julien Aucomte Julien Wagmann Virginie Desbois

L'article 1161 du code civil, introduit par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (« l'Ordonnance »), prévoit qu'« *un représentant ne peut agir pour le compte des deux parties au contrat ni contracter pour son propre compte avec le représenté. En ces cas, l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié.* »

Depuis son introduction le champ d'application de cet article a suscité de nombreuses interrogations, s'agissant de la représentation des sociétés. Cette interdiction est en effet susceptible de fragiliser beaucoup de conventions intra-groupes, pour lesquelles un même dirigeant agit au nom de plusieurs parties et ainsi d'être source de contentieux.

Interrogé à ce sujet, le Comité Juridique de l'Association Nationale des Sociétés par Actions (ANSA) a considéré que cet article ne s'appliquait (i) ni à la représentation des sociétés[1], (ii) ni aux délégations de pouvoirs conférées par les représentants légaux des sociétés[2]. Selon l'ANSA, le droit des sociétés constitue un corps de règles spécifiques l'emportant sur le régime général de représentation prévu par l'article 1161, en application de l'article 1105 du code civil qui prévoit que « *les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* ».

Cependant, la doctrine et les praticiens sont divisés sur cette question. Les conséquences attachées au non-respect de cet article (à savoir la nullité) expliquent en tout état de cause la position prudente suivie par la majorité des praticiens (demandant l'obtention d'une autorisation ou d'une ratification spécifique au titre de cette réglementation), et en particulier en cas de conclusion de contrats importants.

Afin de clarifier ce texte, la version du projet de ratification de l'Ordonnance, adoptée en premier lecture par le Sénat le 17 octobre dernier, limite le champ de l'article 1161 à la représentation des personnes physiques[3]. Selon le rapport de la commission des lois, « *l'article 1161 du code civil ne peut pas, à l'évidence, s'appliquer au champ des conventions réglementées, en vertu de l'article 1105 du même code, en raison de l'incompatibilité entre les deux corps de règles.* » Par ailleurs, « *appliquer l'article 1161 aux conventions libres et aux conventions des sociétés qui ne connaissent pas de régime de conventions réglementées constituerait un grand bouleversement, qui ne correspondrait absolument pas à l'intention du législateur et à l'esprit du droit des sociétés. Or, selon le Gouvernement, l'article 1161 a d'abord été conçu pour la protection des personnes physiques, mais ne visait pas à remettre en cause les pratiques des sociétés.* »

Il faudra attendre toutefois la version définitive de la loi de ratification de l'Ordonnance pour savoir si la représentation des sociétés échappe bien à l'article 1161 et mettre ainsi fin au débat suscité par ce texte.

Dans l'attente d'une clarification législative, nous avons résumé ci-dessous l'état des réflexions à ce jour.

1. Le contrat est signé par un représentant, agissant en vertu de délégation(s) de pouvoirs, au nom d'une personne physique et au nom d'autres parties (personnes physiques ou morales)

L'application de l'article 1161 à la représentation de la personne physique ne fait pas de doute. La personne physique représentée devra ainsi autoriser expressément son mandataire à représenter également d'autres parties (et éventuellement à contracter aussi pour son propre compte). Il nous semble que cette autorisation peut être donnée dans le pouvoir et qu'il est plus prudent de viser expressément l'article 1161 dans le texte de l'autorisation.

Remarque : la modification envisagée de l'article 1161 n'aurait pas d'impact dans cette hypothèse (sous réserve de l'interprétation de l'ajout « *en opposition d'intérêt* »), s'agissant de la représentation d'une personne physique.

2. Le contrat est signé par un représentant, agissant en vertu de délégation(s) de pouvoirs, au nom d'une personne morale et au nom d'autres parties (personnes physiques ou morales)

Il nous semble plus prudent dans cette hypothèse de respecter les dispositions de l'article 1161. Dès lors, le représentant légal de la société représentée devra, au nom et pour le compte de la société représentée et au visa de l'article 1161, autoriser expressément son mandataire à représenter également d'autres parties (et éventuellement à contracter aussi pour son propre compte).

Cette autorisation pourrait être mentionnée dans le texte même du pouvoir. Afin d'être valable, il faudrait cependant s'assurer que le représentant légal n'est pas lui-même dans une situation de conflit au regard de l'article 1161. Si ce dernier (tout en ayant délégué le pouvoir de représentation de la société) agissait pour le compte d'autres parties au contrat concerné, il conviendrait de « purger » ce conflit conformément à la situation décrite dans le cas de figure n°3 ci-dessous, en sus de (et préalablement à) l'autorisation donnée au mandataire et contenue dans le pouvoir.



Remarque : attention à la rédaction de la délégation de pouvoirs. Si le représentant légal de la société donnait pouvoir à un tiers de signer le contrat en son nom et pour son compte (et non au nom et pour le compte de la société), la délégation de pouvoirs pourrait relever du cas de figure n°1 ci-dessus (ce qui aurait un impact sur le régime applicable en cas de limitation de l'article 1161 à la représentation des seules personnes physiques).

3. Le contrat est signé par le représentant légal d'une société (i.e. sans délégation de pouvoirs), au nom de la société et au nom d'autres parties (personnes physiques ou morales)

La tendance majoritaire est de considérer que la procédure d'autorisation ou de ratification du contrat au titre de l'article 1161 ne serait pas nécessaire dans les cas suivants :

> le contrat est une convention réglementée au sens de la réglementation applicable à la société[4] (à la condition cependant de respecter la procédure spécifique applicable) ; ou

> le contrat bénéficie des exemptions prévues par la réglementation des conventions réglementées[5] : même si cette hypothèse est plus débattue, l'exclusion prévue par cette réglementation pourrait en effet être considérée en soi comme une forme de réglementation spécifique primant sur l'article 1161.

Reste le cas du contrat qui n'entre pas dans une des catégories susvisées. Cette situation se rencontre en pratique dans le cadre de contrats signés par (i) des sociétés non soumises à une procédure spécifique de conventions réglementées[6] ou (ii) des sociétés soumises à cette réglementation s'agissant de contrats n'entrant pas dans son champ[7].

Compte tenu des incertitudes en la matière, la prudence impose ici une autorisation (préalable) ou une ratification (a posteriori) donnée par la société à son représentant légal, au visa de l'article 1161. Une autorisation ou ratification spécifique semble préférable à une autorisation ou ratification globale couvrant de manière générale tout contrat entrant dans le champ de l'article 1161.

La collectivité des associés (ou l'associé unique) semble être l'organe le plus approprié à cet effet (afin d'éviter toute contestation et même si la loi est silencieuse à ce sujet, le représentant de chaque associé ne devrait pas être la personne concernée par le conflit en question).

Certains s'interrogent sur la compétence éventuelle d'un autre organe collectif pour se saisir de cette question, mais cette compétence est débattue[8]. En tout état de cause, afin d'éviter toute contestation et même si la loi est silencieuse à ce sujet, il conviendrait que le membre éventuellement concerné par le conflit s'abstienne de prendre part au vote ainsi que le prévoient certains règlements intérieurs de sociétés et les règles de bonnes pratiques en matière de *corporate governance* concernant la gestion des conflits d'intérêt. S'agissant d'une simple abstention (et non d'une exclusion légale du vote – ce cas n'étant pas prévu par la loi dans l'hypothèse de l'article 1161), le quorum devrait être atteint malgré « l'absence » du membre concerné par le conflit pour la résolution en question.

[1] Avis n°16-039.

[2] Avis n°16-041.

[3] « *Un représentant ne peut agir pour le compte des deux parties au contrat. En matière de représentation des personnes physiques, un représentant ne peut agir pour le compte de plusieurs parties au contrat en opposition d'intérêts ni contracter pour son propre compte avec le représenté. En ces cas, l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié.* »

[4] Par exemple : articles L.225-38 et L.225-86 du code de commerce dans les sociétés anonymes (SA) ou article L.227-10 du code de commerce dans les sociétés par actions simplifiées (SAS).

[5] S'agissant (i) des conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales ou (ii) (pour les SA) des conventions conclues avec des filiales à 100%.

[6] Par exemple : société en nom collectif, société en commandite simple, société civile sans activité économique.

[7] Par exemple : contrat signé par une SAS avec une autre société qui n'est ni son dirigeant, ni son associé direct détenant plus de 10% des droits de vote ou indirect, et qui a avec cette société des dirigeants communs.

[8] Cet organe devrait être doté d'un pouvoir de représentation. La loi prévoit que « *dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du conseil d'administration [du directoire] qui ne relèvent pas de l'objet social* ». Un organe statutaire de SAS n'est pas doté d'un pouvoir de représentation de la société.

