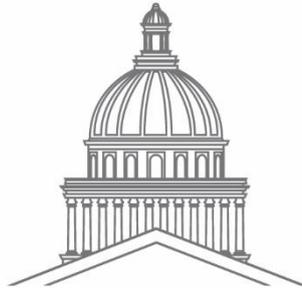


Université Paris II- Panthéon-Assas
école doctorale de Droit comparé

THESE DE DOCTORAT / NOVEMBRE 2021

Thèse de doctorat en Droit privé
soutenue le 22 novembre 2021

**Essai sur la délégation de pouvoirs à
l'aune de la théorie et du mécanisme
de la prokura en droits allemand et
polonais**



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON - ASSAS

Morgan BRIAND

Sous la direction de Madame le Professeur Marie GORE
(Université Paris II, Panthéon-Assas).

Membres du jury : Madame le Professeur Marie GORE, Monsieur le Professeur
Michal ROMANOWSKI, Monsieur le Professeur Peter JUNG, Monsieur le
Professeur Philippe DIDIER, Monsieur le Professeur Philippe DUPICHOT,
Monsieur le Professeur Thomas GENICON.

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Résumé (1700 caractères) :

L'institution de la délégation de pouvoirs est réputée constituer un mécanisme unique qui embrasse l'ensemble des facettes du pouvoir directorial (d'après les définitions doctrinales de cette technique, elle habilite son bénéficiaire à exercer le pouvoir de direction au nom et pour le compte de la société). Cette définition - et les analyses qui en découlent - révèle que cette technique est appréhendée en doctrine sous le prisme de la théorie moniste du mandat, qui conçoit les rapports interne et externe comme étant les deux facettes d'un rapport de droit unique (le mandat, la délégation). Par comparaison, l'institution de la prokura, qui repose sur la théorie dualiste du mandat, n'intéresse par définition que cette seconde facette.

Le paysage éclaté de la délégation de pouvoirs et l'absence de consensus patent tenant à sa nature juridique et à ses conditions de mise en œuvre résultent précisément de l'analyse de cette institution sous le prisme de la théorie moniste. Les failles de cette théorie en droit commun – déjà dénoncées en doctrine, et que la présente étude aura permis de confirmer – s'accusent avec d'autant plus de force en droit des sociétés, en raison de la structure abstraite et complexe de celles-ci.

La décomposition de la délégation de pouvoirs à l'aune de la théorie dualiste aboutit à scinder le mécanisme en deux figures distinctes : d'un côté, la "délégation fonctionnelle" (dont l'objet est d'investir un tiers dans l'exercice d'une fonction directoriale pour le compte du groupement) ; de l'autre, la délégation du pouvoir de représentation, soumise aux nouveaux articles 1153 et s. C. civ.

Descripteurs :

Title and Abstract (1700 characters):

The institution of delegation of powers is deemed to constitute a unique mechanism that encompasses all facets of managerial power (according to the doctrinal definitions of this technique, it empowers its beneficiary to exercise managerial power in the name and on behalf of the company). This definition - and the analyses that follow - reveal that this technique is understood in doctrine under the prism of the monistic theory of mandate, which conceives the internal and external relationships as two facets of a single legal

relationship (the mandate, the delegation). By comparison, the institution of prokura, which is based on the dualist theory of agency, is by definition only concerned with this second facet.

The fragmented landscape of the delegation of powers and the lack of a clear consensus on its legal nature and conditions of implementation are precisely the result of analysing this institution through the prism of the monistic theory. The flaws of this theory in common law - already denounced in doctrine, and which this study will have confirmed - are all the more evident in company law, because of the abstract and complex structure of companies.

The breakdown of the delegation of powers according to the dualist theory results in the mechanism being split into two distinct forms: on the one hand, the 'functional delegation' (the purpose of which is to invest a third party in the exercise of a managerial function on behalf of the grouping); on the other, the delegation of the power of representation, subject to the new articles 1153 et seq. C. civ.

Keywords:

Principales abréviations

Aff.	Affaire
Al.	Alinéa
ANSA	Association nationale des sociétés par actions
Art.	Article
Banque & Droit	Revue Banque et Droit
Bibl. dr. entr.	Bibliothèque de droit de l'entreprise
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
<i>B.J.B.</i>	Bulletin mensuel Joly bourse et actualité du droit boursier (2002-2006) Bulletin mensuel Joly bourse et actualité du droit des marchés financiers (depuis 2007)
<i>B.J.S.</i>	Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
CA	Cour d'appel
Cass. ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Chron.	Chronique
CE	Conseil d'état
coll.	Collection
<i>Contra</i>	En sens contraire
D.	Recueil Dalloz
D. aff.	Dalloz affaires
Déc.	Décision
Defr.	Répertoire du notariat Defrénois
<i>Dr. & patr.</i>	Droit et patrimoine
Dr. Soc.	Droit des sociétés
et al.	et autres
éd.	Edition

égal.	Egalement
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	Ibidem (au même endroit)
<i>JSL</i>	Jurisprudence sociale Lamy
in	Dans
<i>Op. cit.</i>	Opere citato (dans l'ouvrage cité)
RDC	Revue des contrats
<i>Rev. soc.</i>	Revue des sociétés
<i>Rép. civ., Dalloz</i>	Répertoire de droit civil Dalloz
<i>Rép. com., Dalloz</i>	Répertoire de droit commercial Dalloz
<i>Rép. trav., Dalloz</i>	Répertoire de droit du travail Dalloz
<i>Rép. pén., Dalloz</i>	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz
<i>Rép. soc., Dalloz</i>	Répertoire de droit des sociétés Dalloz

Sommaire

<i>Principales abréviations</i>	4
<i>Sommaire</i>	8
<i>Introduction</i>	16
<i>Première Partie – La mise à l’épreuve de la théorie moniste du mandat en droit français</i>	43
Titre I – La conception unitaire de la délégation de pouvoirs en France : un héritage de la théorie moniste	45
Chapitre I – L’incorporation historique du mécanisme de représentation dans le contrat de mandat	47
Section 1 / Le contrat de mandat : un héritage du droit romain, commun aux droits romano-germaniques	50
Sous-section 1 – Les caractéristiques du contrat de mandat en droit romain	51
Sous-section 2 – Une réception fidèle du mandat dans le modèle germanique	57
§ 1 – En droit allemand, une physionomie du mandat fidèle au droit romain	57
§ 2 – En droit polonais, une adaptation ingénieuse du modèle germanique du mandat	61
Section 2 / Portée de l’affranchissement du droit français par rapport aux critères du contrat de mandat hérités du droit romain (<i>de lege lata</i> et <i>de lege feranda</i>)	67
Sous-section 1 / D’un contrat essentiellement gratuit, à un contrat naturellement gratuit	68
Sous-section 2 / D’un contrat naturellement représentatif à un contrat essentiellement représentatif	72
§ 1 – La genèse du mandat représentatif	73
A) L’interpénétration historique des notions de mandat et de procuration	74
B) L’influence de la <i>praepositio</i> romaine sur le développement du contrat de mandat	81
1) L’ <i>actio institoria</i> aux origines de la technique moderne de la représentation	81
2) La réception de l’action institoriale par le contrat de mandat	88
C) L’analyse de la représentation en tant que fiction juridique	91
D) L’analyse moderne du mécanisme de représentation	94
1) L’affirmation de l’individualité juridique de l’action exercée au nom d’autrui	96

α) Le lien traditionnel entre la représentation et l'acte juridique	97
β) Les modalités de l'action du représentant : en vertu d'un pouvoir et en toute transparence	106
Γ) La répartition entre les qualités d'auteur et de partie à l'acte juridique	109
2) Les autres formes de représentation	109
α) Distinction avec la représentation indirecte	109
β) Distinction avec la représentation lato sensu	115
§ 2 – Le pouvoir de représentation hissé, en France, au rang d'essentialia du contrat mandat : une erreur de paradigme	118
A) Une dichotomie juridique irréductible des deux institutions	119
1) L'objet caché du mandat (de lege lata et de lege feranda)	121
2) Les failles de la théorie moniste	130
α) La distinction, au sein de la réglementation du mandat, des règles « internes » et « externes »	131
β) L'irréductible dualité de rapports juridiques dans la mise en œuvre de la représentation	134
B) L'importance dissimulée de la réforme consacrant des règles spécifiques au « pouvoir » de représentation	136
Conclusion du chapitre I	145
Chapitre II – La portée de la conception moniste du mandat en droit français des sociétés	148
Section 1 / Le rôle du contrat de mandat en droit des sociétés : perspectives historique et comparée	148
Sous-section 1 / L'application traditionnelle de la théorie moniste du mandat aux « mandataires sociaux » en droit français	149
Sous-section 2 / La place résiduelle du mandat dans le modèle germanique	154
§ 1 – L'institutionnalisation quasi-immédiate de la société dans le modèle germanique	155
§ 2 – La qualification de mandataire du dirigeant cantonnée aux rapports internes	159
Section 2 / La prégnance de la théorie moniste sur le droit français des sociétés depuis la loi de 1966 : analyse critique	162
Section 3 / Critique de l'analyse unitaire ou moniste de l'institution de la délégation de pouvoirs	171
Conclusion du Chapitre II	185
Conclusion du Titre 1^{er}	187
Titre II – Le caractère inadapté de la théorie moniste en droit des sociétés	189
Chapitre I – La dualité d'ordres inhérente au groupement personnifié	192
Section 1/ L'irréductible individualité de la fonction par rapport au pouvoir	192
Section 2/ La détermination des contours de la fonction directoriale au travers des prérogatives afférentes à son exercice	197

Sous-section 1 / La double facette interne et externe du pouvoir directorial : la distinction entre le pouvoir de gestion et le pouvoir d'action dans la sphère externe	198
§ 1 – Une distinction ponctuellement malmenée dans les textes français	201
§ 2 – Une distinction scellée dans les projets européens de droit des sociétés au sujet du mécanisme de délégation de pouvoirs	205
§ 3 – Une distinction mise en exergue par l'institution germanique de la prokura.....	208
A) La prokura, un pouvoir de représentation exclusif de tout rapport et objet fonctionnel interne	208
B) Le pouvoir de représentation « illimité » du fondé de pouvoir, comparable à celui des dirigeants sociaux	214
1) Exemples d'actes contenus dans le champ de la prokura	220
2) Les actes exclus de la prokura	223
3) La possibilité reconnue par le droit allemand d'élargir le champ de la prokura	227
C) Une analogie entre la prokura et l'institution française de la délégation statutaire	229
1) La déconcentration statutaire, une forme particulière de délégation	230
2) L'objet strictement externe de la déconcentration statutaire	235
Sous-section 2 / Le processus de formation de la volonté sociale : la distinction entre le pouvoir de décision et le pouvoir d'exécution	239
Conclusion du Chapitre I	245
Chapitre II – La dualité d'objet inhérente à la délégation « de pouvoirs »	247
Section 1 / La distinction entre la délégation fonctionnelle et la délégation du pouvoir de représentation	249
Sous-section 1 / Une dualité confirmée par l'exégèse de la formule « délégation de pouvoirs »	249
Sous-section 2 / L'identification de la délégation du droit d'agir dans la sphère externe au pouvoir de représentation	258
Section 2 / La mise en œuvre de la délégation au service d'impératifs distincts dans les ordres interne et externe	263
Sous-section 1 / En ce qui concerne l'investiture du délégataire	265
§ 1 – Le caractère unilatéral ou bilatéral de l'acte de délégation	265
A) La raison d'être du caractère conventionnel de la délégation dans l'ordre interne	266
B) La raison d'être du caractère conventionnel de la délégation dans l'ordre externe éclairée par l'institution de la prokura	270
1) La conception traditionnelle de la prokura en tant qu'acte juridique unilatéral	270
2) Le caractère conventionnel de la délégation du pouvoir de représentation en application du droit commun	273

§ 2 – Le caractère exprès ou tacite de l’investiture du délégataire apprécié à l’aune du régime de la prokura	274
A) Dans l’ordre interne	275
B) Dans l’ordre externe	278
1) La condamnation de la prokura tacite	278
2) En droit français, le caractère exprès ou tacite de la délégation subordonné à la nature des actes qu’elle habilite à accomplir	282
Sous-section 2 / En ce qui concerne la qualité du délégataire	293
Sous-section 3 / En ce qui concerne la publicité de la délégation	295
§ 1 – Les enjeux de la publicité du pouvoir dans l’ordre interne	295
§ 2 – Les enjeux de la publicité du pouvoir dans l’ordre externe éclairés par le mécanisme de la prokura	296
A) La raison d’être du caractère formel de la prokura	297
B) En droit français, l’absence de formalités de publicité accompagnant l’octroi d’un pouvoir de représentation	301
Sous-section 4 / En ce qui concerne le caractère conjoint ou individuel de la délégation	306
§ 1 – Dans l’ordre interne : la prohibition de principe des codélégations fonctionnelles	306
§ 2 – Dans l’ordre externe, le caractère conjoint ou individuel du pouvoir de représentation	308
Conclusion du chapitre II	312
Conclusion du titre II	313
<i>Conclusion de la 1^{ère} Partie</i>	<i>315</i>
<i>2^{ème} Partie – La rupture avec la théorie moniste</i>	<i>317</i>
Titre I L’isolement des rapports juridiques en œuvre dans chacune des deux sphères sociales	320
Chapitre I - L’isolement du rapport interne : la délégation fonctionnelle	321
Section 1 / Le contenu du rapport interne	321
Sous-section 1 / La thèse de Rudolph von Jhering	323
Sous-section 2 / L’apport de Paul Laband	326
§ 1 – L’objet du rapport interne en droit commun	328
§ 2 – L’objet du rapport interne en droit des sociétés	331
Section 2 / Le support juridique de la délégation fonctionnelle dans une perspective comparée	334
Sous-section 1 / Dans le modèle germanique : le contrat « de base »	334
§ 1 – Le rapport interne : fondement de l’exercice d’une fonction dans la sphère sociale interne et cause du pouvoir de représentation	335
§ 2 – Les fonctions du contrat de base	340

Sous-section 2 / Identification du support juridique de la délégation fonctionnelle en droit français.....	342
§ 1 – L’effet pénal de la délégation fonctionnelle	343
A) La délégation n’opère pas de transfert fonctionnel	344
B) L’absence d’effet translatif de responsabilités de la délégation	351
§ 2 – L’indifférence de la cessation des fonctions du constituant pour le maintien de la délégation et de la prokura	354
Conclusion du Chapitre I	360
Chapitre II – L’isolement du rapport externe : le pouvoir de représentation.....	362
Section 1 / Le support juridique du pouvoir de représentation dans une perspective comparée	365
Sous-section 1 / Dans le modèle germanique : la procuration au sens de Vollmacht, une institution inconnue du droit français	365
§ 1 – La procuration, support exclusif de la représentation directe et volontaire dans le modèle germanique	366
A) La classification du rapport de représentation	368
1) Représentation volontaire et représentation conventionnelle	372
2) Représentation volontaire et représentation légale (forcée)	373
B) La nature volontaire de l’habilitation du fondé de pouvoir	374
§ 2 – L’abstraction de la procuration dans le modèle germanique	376
A) L’autonomie juridique de la procuration.....	380
1) Un acte d’habilitation autonome	381
2) Le caractère facultatif du rapport interne	386
3) L’absence de convergence nécessaire entre la procuration et le rapport interne	388
B) La force de l’abstraction	391
1) Le caractère relatif de l’abstraction dans la procuration de droit commun ..	392
2) Le caractère « absolu » de l’abstraction dans le cadre de la prokura	396
α) Le modèle intangible et immuable de la prokura	398
1 – La réserve tirée de la collusion frauduleuse entre le tiers et le fondé de pouvoir.....	399
2 – La réserve tirée des limitations à la prokura dans la sphère externe autorisées par les textes	400
β) Le modèle relatif ou mixte de la prokura	402
§ 3 – Comparaison avec les différentes acceptions de la notion de procuration en droit français	403
A) Les acceptions doctrinales traditionnelles de la procuration	404
1) Procuration et mandat	405
2) Procuration et negotium	407
3) Procuration et instrumentum	409

B) La notion de procuration dans l'avant-projet de réforme des contrats spéciaux	
410	
Sous-section 2 / En droit français : l'institution de la délégation du pouvoir de représentation	412
Section 2 / Les intervenants dans la mise en œuvre du rapport externe	420
Sous-section 1 / Conditions tenant à la société représentée	420
Sous-section 2 / Les conditions tenant à l'organe instituant	428
§ 1 – Le cercle des organes habilités à instituer des représentants conventionnels (droit français) et des fondés de pouvoirs (modèle germanique)	429
A) Le pouvoir de décider de l'institution du représentant	429
B) Le pouvoir d'instituer le représentant	433
§ 2 – La chaîne de pouvoirs	441
Sous-section 3 / Les conditions tenant au délégataire représentant et au fondé de pouvoir	443
§ 1 – L'absence de condition d'appartenance à la société représentée	444
§ 2 – L'exclusion de principe du cumul de la qualité de représentant volontaire avec une fonction sociale	445
Conclusion du Chapitre II	453
Conclusion du titre I.....	454
Titre II – L'action de la personne morale par le biais de ses organes et de ses substituts.....	456
Chapitre I – « Mandat social » et représentation.....	458
Section 1 / Une différence quant à leur objet	459
Sous-section 1 / Les véritables origines du système de la « représentation organique » ..	464
Sous-section 2 / L'hermétisme du droit français à la théorie de la prokura	470
§ 1 – La délégation ordinaire, technique limitée d'aménagement de l'exercice du pouvoir de représentation	471
§ 2 – Le rôle d'alter ego du chef d'entreprise assumé par les représentants statutaires en droit français	474
Sous-section 3 / La nature et le régime applicable à l'action de la personne morale représentée conjointement par un dirigeant social et un fondé de pouvoir (modèle germanique).....	478
§ 1 – La représentation mixte, une modalité de la représentation organique	478
§ 2 – La prokura conjointe imparfaite, une modalité de la représentation conventionnelle	482
Section 2 / Une différence quant à leur structure	485
Sous-section 1 / Le phénomène de personnification de la société par son organe	487
Sous-section 2 / L'altérité entre les personnes physique et morale	500
Conclusion du chapitre I	508

Chapitre II – « Mandat social » et délégation fonctionnelle.....	510
Section 1 / Une analogie conditionnée entre les régimes applicables au chef d’entreprise et au délégué fonctionnel	510
Sous-section 1 / En droit pénal	511
§ 1 – La délégation fonctionnelle : une possible cause de non-imputabilité pour le chef d’entreprise en droit français	511
A) Les conditions tenant au délégué fonctionnel.....	513
B) Les conditions tenant à la délégation fonctionnelle	521
C) Le domaine de la délégation fonctionnelle efficace en matière pénale	526
§ 2 – La mise en cause de la responsabilité pénale de la personne morale du fait des actes matériels accomplis par le titulaire d’une délégation fonctionnelle	533
Sous-section 2 / En droit du travail	538
Section 2 / Le délégué fonctionnel mis à l’écart de la théorie de l’incarnation	541
Sous-section 1 / La responsabilité civile du délégué fonctionnel.....	542
§ 1 – Le principe de la responsabilité du fait personnel	542
§ 2 – Une responsabilité allégée ou augmentée par application d’un régime spécial de responsabilité	543
Sous-section 2 / Le caractère partiel de la substitution dans l’exercice de la fonction directoriale	553
Conclusion du chapitre II.....	559
Conclusion du Titre II	560
<i>Conclusion de la 2^{ème} Partie</i>	<i>561</i>
<i>Conclusion</i>	<i>562</i>
<i>Bibliographie.....</i>	<i>566</i>
I. Références en droit français.....	566
A. Traités, manuels, ouvrages généraux	566
B. Ouvrages spéciaux, thèses, monographies	570
C. Rapports, projets de réforme et de codification, dossiers, colloques et ouvrages collectifs.....	579
D. Dictionnaires, lexiques, encyclopédies, répertoires.....	583
F. Articles, chroniques, contributions à des mélanges	585
G. Conclusions, notes et commentaires de jurisprudence	598
II. Références en droit polonais	604
A. Traités, manuels, ouvrages généraux	604
B. Ouvrages spéciaux, thèses, monographies	605
C. Rapports officiels, projets de réforme et de codification	606
D. Articles et chroniques	607

F. Conclusions, notes et commentaires de jurisprudence	616
III. Références en droit allemand	618
A. Traités, manuels, ouvrages généraux	618
B. Ouvrages spéciaux, thèses, monographies	621
C. Articles et chroniques	623
<i>Index</i>	626

Introduction

1. **L'association d'un tiers – délégataire et fondé de pouvoir (*Prokurist*) – à l'exercice du pouvoir de direction.** La délégation de pouvoirs et la prokura constituent deux techniques permettant au chef d'entreprise d'associer¹ un tiers à l'exercice du pouvoir directorial. La notion de tiers désigne, dans le cadre de cette étude², les personnes étrangères à l'exercice d'un mandat social (soit les préposés et les personnes extérieures à l'entreprise du délégant)³, fondement primaire de l'exercice du pouvoir de direction.

¹ V. en particulier N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, préf. de Ph. PETEL, Litec, coll. Bibl. dr. entr., t. 68, 2005, spéc. n° 122, pp. 166-167. Effectivement, ni la délégation, ni la prokura, n'ont pour effet de transférer le pouvoir directorial, et donc de dessaisir leur titulaire initial : v. *infra*, n° 524 et s. Dans ce sens, v. égal. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 33^{ème} éd., Litec, 2020, n° 279 ; L. NURIT-PONTIER, « Délégation de pouvoirs » in *Études Joly Sociétés* (actualisé le 5 nov. 2020), n° 008 et 040, et, par application à la délégation des règles de droit commun sur le pouvoir de représentation conventionnel (spécialement, l'art. 1159, al. 2, C. civ.) : G. WICKER, « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », *D.* 2016, n° 33, p. 1942, n° 14, et N. DISSAUX, « Articles 1152 et suivants : la représentation », *RDC* 2015, n° 03, p. 749, II.

² Dans son acception matérielle, la notion de tiers est une notion relative car son contenu est nécessairement défini à l'aune d'une autre notion : elle désigne en effet « toute personne étrangère à une situation juridique » : G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, Association H. Capitant*, 13^{ème} éd., Quadrige, PUF, 2020, v° « Tiers ».

³ L'étude exclut de son champ l'analyse du transfert de pouvoirs intervenant entre organes sociaux, mécanisme parfois qualifié en doctrine de délégation interorganique (v. H. MOUBSIT, *La représentation en droit des sociétés*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2013, pp. 315 et 367 ; M.-Ch. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, préf. A. VIANDIER, L.G.D.J., t. 303, 1998, n° 569 et s., pp. 235 et s.). Bien que ce mécanisme soit également qualifié de « délégation de pouvoir(s) » dans les textes et en doctrine, plusieurs traits essentiels le distinguent de la technique visant spécifiquement l'association d'un tiers à l'exercice du pouvoir directorial, rendant superficielles toutes les tentatives de systématisation. En premier lieu, ce type de délégation ne concerne pas le pouvoir de direction dévolu au chef d'entreprise au titre de son mandat social (N. FERRIER, thèse préc., p. 30, note 103), mais des pouvoirs spécialement dévolus par le législateur à un organe donné (donc des compétences propres : ainsi du pouvoir de l'assemblée générale de modifier les statuts, de voter une réduction ou une augmentation de capital). En ce sens, elles constituent une entorse aux principes de hiérarchie et de séparation des pouvoirs qui prohibent l'empiètement d'un organe sur les pouvoirs d'un autre organe, raison pour laquelle leur mise en œuvre doit impérativement avoir été prévue par un texte (v. par ex., au sein de la SA, la possibilité reconnue à l'assemblée générale de déléguer à l'organe de gestion – conseil d'administration et directoire – le pouvoir de réaliser une réduction du capital (art. L. 225-204 C. com., al. 1 et 3), ou son augmentation (art. L. 225-129, al. 1, et L. 225-147, al. 6, pour les sociétés cotées). En deuxième lieu, cette forme de délégation revêt – à la différence de la délégation accordée à un tiers ou un préposé (cf. *infra*, n° 388 et s.) – un caractère unilatéral, sa mise en œuvre étant subordonnée à l'adoption d'une résolution en ce sens par l'organe délégant (en doctrine, v. par ex. R. MORTIER, in J.-Cl. *Sociétés Traité*, « Augmentation du capital en numéraire – Généralités », fasc. 156-10, mars 2017, n° 62, excluant pour cette raison la qualification de mandat à leur propos). En troisième lieu, s'il est possible de défendre la thèse selon laquelle la délégation interorganique a pour effet de dessaisir l'organe délégant de l'exercice de ses pouvoirs pendant la durée de la délégation (pour des raisons de cohésion du fonctionnement de la vie sociale), pareille interprétation – bien

2. Ces instruments constituent des modes volontaires d'aménagement de l'exercice de ce pouvoir, et s'appliquent en complément de l' « ordre public sociétaire »⁴ façonné par la loi. Ils permettent de réaliser une déconcentration d'un pouvoir légalement attribué à un nombre limité d'acteurs sociaux, en étendant le cercle des personnes habilitées à exercer des fonctions de nature décisionnelle et exécutive (représentative) au sein de l'entreprise. Ce faisant, la délégation de pouvoirs et la prokura participent de son organisation⁵.

Il s'agit de techniques additionnelles d'organisation, car elles viennent toutes deux en complément de l'organisation sociale fondée sur la structure juridique du groupement imposée par la loi ou résultant des statuts⁶. L'accroissement de la répartition des tâches qui en résulte constitue, dans les groupements d'une certaine ampleur, une mesure de saine

que défendue par de nombreux auteurs (*cf. infra*, n° 524, et la littérature citée, note 1519) – ne convainc pas lorsque le délégataire est un préposé ou un tiers à l'entreprise du délégant (*cf. infra*, n° 525 et s.). Plus fondamentalement, dans le cadre d'une délégation interorganique, c'est toujours un organe social qui exerce le pouvoir délégué.

Au regard de leurs différences (en ce qui concerne leur source, objet, effets, ainsi que le statut des intervenants à l'acte de délégation), l'adoption d'une terminologie légale spécifique pour les individualiser est à encourager. Le législateur a ouvert cette voie en introduisant dans la réglementation des opérations d'augmentation de capital la notion de « délégation de compétences » avec l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004, portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales (v. les art. L. 225-129 et s. et L. 225-135 C. com.), dénomination largement relayée en doctrine (v. par ex., P. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, 24^{ème} éd., coll. Précis, 2020, n° 633, p. 746 ; B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Dalloz, 6^{ème} éd. coll. : HyperCours, 2019, n° 436 et 439). Toutefois, dans la lignée de l'art. L. 225-135, al. 4, C. com., qui assimile les deux notions au sujet de la délégation du pouvoir de réaliser une augmentation de capital (« [I]orsqu'il est fait usage d'une délégation de pouvoir ou de compétence, (...) »), ces dernières sont également employées comme des synonymes en doctrine (v. par ex., B. SAINTOURENS, « Délégation de pouvoir au sein d'une société par actions simplifiée : retour à l'orthodoxie grâce à la Cour de cassation », note sous ch. mixte, 19 nov. 2010 (2 arrêts), *Lexbase éd.* A. 2010, n° 229, p. 2 (éd. élec.), qui affirme que « [I]e recours à [la SAS] permet à ses représentants légaux (...) de procéder à des délégations de pouvoir, parfois dénommées aussi délégations de compétence (...) »). Pareille assimilation se retrouve en jurisprudence : v. par ex., Cass. soc., 22 janv. 2020, n° 19-12.011 (FS-P+B), où les juges évoquent « l'étendue des délégations de compétence dont dispose son responsable (...) en ce qui concerne la gestion du personnel et l'exécution du service » ; Cass. soc., 9 juin 1994, n° 92-10.975 (inédit) : cette décision évoque « une délégation de compétence en matière d'hygiène et de sécurité ».

⁴ L. NURIT-PONTIER « Vers un nouvel ordre sociétaire », in *Les concepts émergents en droit des affaires*, sous la direction d'Erik Le DOLLEY, L.G.D.J., 2010.

⁵ V. la thèse de Monsieur FERRIER qui réalise une étude globale de la délégation de pouvoirs en tant que technique conventionnelle d'organisation de l'entreprise : thèse préc., ainsi que la littérature citée p. 37, note 129 ; D. GIBIRILA, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », déc. 2017, (actu. : sept. 2018), n° 8 ; L. NURIT-PONTIER, « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 006 ; Th. DALMASSO, *La délégation de pouvoir*, Joly éd., 2000, p.10, et la préface de A. BLANCHOT, p. 7 ; Cl. HEURTEUX, « Partage du pouvoir de décision et mécanisme de délégation dans les entreprises », *LPA* 1997, n° 139, p. 7 ; F. MARMOZ, *La délégation de pouvoir*, préf. de Y. REINHARD, Litec, coll. Bibl. dr. entr., t. 43, 2000, n° 634 ; V. ORIF, « La délégation de pouvoir, un instrument utile pour le fonctionnement de l'entreprise », *Lexbase Hebdo éd.* S. 2019, n° 787, n° 3.

⁶ N. FERRIER, thèse préc., n° 22, p. 37.

gestion⁷ ainsi qu'un palliatif à l'impossibilité matérielle, pour le dirigeant, d'exercer personnellement l'ensemble des fonctions attachées au mandat social⁸ ou, plus exactement, à intervenir en personne pour tous les actes requérant sa signature, décision, contrôle ou surveillance.

3. Cette association des délégataires et fondés de pouvoir aux fonctions directoriales s'effectue via leur substitution⁹ au chef d'entreprise dans l'exercice du pouvoir qui leur est

⁷ V. par ex., A. TADROS, « La délégation de pouvoirs en droit des sociétés : aspects de droit civil après la réforme du droit commun des contrats », *D.* 2017. 1662, n° 5, relevant que la délégation permet de « *rationaliser le processus décisionnel et (...) de prendre les décisions plus rapidement* ». L'idée de division du travail est attribuée à plusieurs auteurs. On mentionnera en particulier Adam SMITH et son ouvrage *Recherches sur la nature et les causes des richesses des nations*, 1776, revue par A. BLANQUI, Paris, coll. des principes économistes, 1843 ; Frederick Winslow TAYLOR, à l'origine des principes de l'organisation scientifique du travail (v. *The Principles of Scientific Management*, New York, Harper & Brothers, 1911, trad. *La Direction scientifique des entreprises*, Paris, Dunod, 1957), et Henry FORD, dont la méthode prolonge celle de son prédécesseur : M. TEXIER, *La désorganisation : Contribution à l'élaboration d'une théorie de la désorganisation en droit de l'entreprise*, Presses universitaires de Perpignan, 2013, p. 53, note 27.

⁸ L. NURIT-PONTIER, « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 020 ; D. TRICOT, « La délégation de pouvoir est-elle soumise aux règles du mandat ? », in *La délégation de pouvoir dans l'entreprise : nécessité et dangers*, Colloque Dijon, 16 mars 2012, RLDA 2012, n° 72, p. 2 (éd. élec.) ; J.-F. BULLE, « Les délégations de pouvoirs », J.C.P. éd. E. 1999, n° 26, p. 1 (éd. élec.) ; H. MOUBSIT, thèse préc., p. 21 ; M. GERMAIN ET P.-L. PERIN, « Mandat social et délégation de pouvoirs dans les SAS », note sous CA Paris, 10 déc. 2009, *B.J.S.* 2010, n° 4, p. 338, n° II. En doctrine polonaise, v. M. KASPRZYK, *Prokura*, Dom Wydaw. Ostoja, Kraków, 1999, p. 27 ; R. L. KWAŚNICKI, A. RATAJ, « Członek zarządu spółki jako jej pełnomocnik albo prokurent », *Pr. Śp.* 2004, n° 9, p. 12 ; A. DOLIWA, « Prokura w świetle zmienionych przepisów Kodeksu cywilnego », *MoP* 2003, n° 20, p. 919 ; J. SZWAJA, « Ustanowienie, udzielenie oraz odwołanie prokury przez spółkę handlową », *Pr. Śp.* 2003, n° 7-8, p. 3.

⁹ En droit polonais, v. K. GRZEGORZ, *Istota prokury i zasady odpowiedzialności prokurenta*, WKP 2019, *passim*. En droit français, v. Cass. com., 14 févr. 1995, n° 93-12.299 et 93-12.408 : *Bull. civ.* IV, n° 43 ; RJDA 1/1995, n° 765 ; *B.J.S.* 1995, p. 442, § 154, note J.-J. DAIGRE ; *Rev. soc.* 1995, n° 2, p. 331, note ALIX : au sujet des chaînes de délégations, les juges visent indifféremment « *la faculté de délégation* » ou « *de substitution pour un objet déterminé* ». Pour Monsieur FERRIER, le concours de la délégation à l'organisation de l'entreprise « *réside dans la substitution partielle du délégataire au chef d'entreprise qu'elle réalise* » : thèse préc., n° 211, p. 301. Aussi, l'auteur analyse la substitution du délégataire au chef d'entreprise à travers l'accomplissement d'actes de direction par le substitut (*ibid.*, pp. 212 et s.) et la responsabilité du délégataire résultant de l'exercice du pouvoir de direction, en droit civil (*ibid.*, pp. 247 et s.), et en droit pénal (*ibid.*, pp. 273 et s.). Dans ce sens, égal., H. MOUBSIT, thèse préc., pp. 336 et s., p. 433 et 451, pour qui « *[l]e principal intérêt de la délégation de pouvoir est de substituer le délégataire au délégant dans l'exercice du pouvoir social* » ; F. MARMOZ, thèse préc., n° 472 et s. : l'auteur présente l'effet substitutif de la délégation comme le critère distinctif de cette technique ; Ph. DIDIER, « L'évolution de la représentation de la société depuis la loi de 1966 », in I. URBAIN-PARLEANI ET P.-H. CORNAC (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018, n° 13, p. 77, qualifiant les délégataires de « *substituts* ». V. égal., E. JEULAND, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, préf. L. CADIET, L.G.D.J., coll. Bibl. droit privé, t. 318, 1999, n° 6 ; B. MALLET-BRICOUT, *La substitution du mandataire*, préf. de C. LARROUMET, éd. Panthéon-Assas Paris II, coll. Droit privé, 2001, n° 33 et 48 ; F. DUQUESNE, *Droit des sociétés commerciales*, 7^{ème} éd., Bruylant, coll. Paradigme, n° 552. Sur le terrain de la responsabilité du délégataire-préposé, v. F. ROUSSEAU, « La répartition des responsabilités dans l'entreprise », *RSC* 2010, n° 4, p. 804, n° 7, 28 et s. : selon l'auteur, « *la délégation de pouvoirs apparaît moins comme une cause d'exonération qu'un mécanisme de substitution de responsabilité* » ; A. CŒURET, « La délégation de pouvoir », in *Le pouvoir du chef d'entreprise*, J. PELISSIER (dir.), Dalloz, coll. Thème et commentaires, 2002, p. 27 ; Y. PAGNERRE, « La relativité de la délégation de pouvoirs en droit du

conféré. La notion de substitution doit s'entendre ici de manière générale¹⁰, comme l'« *action pour une personne de se faire remplacer par une autre* »¹¹. Le délégataire et le fondé de pouvoir agissent en lieu et place du chef d'entreprise¹² – seul détenteur de la plénitude des pouvoirs de direction¹³ – qu'ils remplacent, en tout ou partie, dans l'exercice de certaines attributions directoriales. Ces techniques permettent, en quelque sorte, d'instituer de nouveaux « *“fonctionnaires” de la société indispensables à son bon fonctionnement, sans avoir à nommer de nouveaux dirigeants* »¹⁴.

travail », J.C.P. éd. G. 2016, n° 40, doct. 1050, n° 4. En droit polonais, v. B. DĄBROWSKI, M. ŁĘCZYŃSKA, « *Uprawnienie prokurenta do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości* », P.P.H. 2010, n° 2, pp. 40 et 41.

¹⁰ Il convient de souligner l'absence de définition doctrinale univoque de la notion de substitution. En outre, Monsieur FERRIER a démontré en quoi les définitions proposées n'appréhendent pas correctement le mécanisme de délégation, en tant que mécanisme de substitution du délégataire au chef d'entreprise : v. les définitions de la notion de substitution proposées par E. JEULAND, thèse préc., n° 335 et par B. MALLET-BRICOUT, thèse préc., n° 800, et la démonstration critique de leur inapplicabilité à la délégation de pouvoirs par Monsieur FERRIER, thèse préc., pp. 305-306. Nous relèverons ici seulement la définition de la notion de substitution retenue par Monsieur MARMOZ, puisqu'à travers elle, l'auteur propose une définition de l'institution étudiée. Par substitution, l'auteur entend l'opération par laquelle « *le titulaire d'un droit subjectif voit ses droits mis en œuvre par une personne (le délégant) qui demande à une autre (le délégataire) d'exercer le pouvoir en son nom, mais pour le compte du titulaire du droit subjectif* » : thèse préc., n° 284. Simplement énoncé, l'auteur voit dans le mécanisme de substitution le fait d'agir au nom d'une personne, mais pour le compte d'une autre : *ibid.*, n° 495. Cette définition de la substitution ne peut s'appliquer à la délégation – ni à la prokura – car le délégataire et le fondé de pouvoir agissent toujours au nom et pour le compte d'une même personne : l'entrepreneur (v. N. FERRIER, *ibid.*, n° 212, p. 306, et *infra*, n° 538), qui, dans les sociétés de capitaux, est incarné par un groupement personnifié. Monsieur FERRIER relève toutefois que « *quelle que soit la conception de la substitution retenue, celle-ci caractérise toujours le remplacement d'une personne par une autre. Or la délégation de pouvoir comme technique conventionnelle d'organisation de l'entreprise permet au délégataire d'exercer le pouvoir de direction au nom et pour le compte de l'entrepreneur, en lieu et place du chef d'entreprise. A ce titre, elle est un mode de substitution, fondée sur l'exercice du pouvoir de direction* » : *ibid.*, pp. 306-307.

Comme le révélera l'étude, la substitution évoquée – en tant que technique de remplacement d'une personne par une autre – a en vérité un objet duale, puisqu'aux côtés des pouvoirs (prérogatives) de direction, le délégataire se substitue également dans l'exercice d'une fonction [directorale], notion qui renvoie en vérité à une catégorie juridique à part entière (*cf. infra*, n° 266).

¹¹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° « substitution », n° 3. V. égal., dans le sens de l'assimilation des notions de remplacement et de substitution, E. JEULAND, thèse préc., n° 3 ; Ph. DIDIER, « *L'évolution de la représentation de la société depuis la loi de 1966* », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CORNAC (dir.), *op. cit.*, n° 12, pp. 75 et s., où l'auteur décrit la délégation comme une technique par laquelle « *le représentant légal de la société se fait remplacer pour l'accomplissement d'une partie de sa mission (...)* ». M. DIDIER précise que « *[l]e remplacement dans la fonction pourrait en particulier expliquer que la délégation de pouvoirs concerne aussi bien les actes que les faits juridiques (...)* » : *ibid.*, n° 13, p. 77 ; N. FERRIER, thèse préc., pp. 306-307. En droit polonais, v. M. SMYK, *Pelnomocnictwo wedlug kodeksu cywilnego*, Wolters Kluwer, 2010, I, II, pt. 2.2.

¹² Voire, ensemble dans le cas du fondé de pouvoir : *cf. infra*, sur les constructions juridiques, propres aux droits allemand et polonais des sociétés, de la représentation mixte (n° 726 et s.) et de la prokura conjointe imparfaite (n° 732 et s.).

¹³ N. FERRIER, thèse préc., n° 6 et 7.

¹⁴ R. L. KWASNICKI, A. RATAJ, art. préc., p. 12, au sujet de la prokura (traduction libre).

4. **Remarques préliminaires sur la nature juridique respective de la délégation de pouvoirs et de la prokura.** Contrairement à la technique de la délégation de pouvoirs en droit français, la nature juridique de la prokura, institution du droit commercial¹⁵, ne pose aucune difficulté dans les législations ayant intégré ce mécanisme¹⁶ depuis son apparition au milieu du XIX^{ème} siècle sur le territoire de la Confédération germanique¹⁷. Il s'agit d'une *procuracion*¹⁸, notion qui traduit celles de « *Vollmacht* »¹⁹ (droit allemand) et « *pełnomocnictwo* », son homologue polonais. Dans le modèle germanique, cette notion s'entend comme un pouvoir de représentation de nature volontaire²⁰ juridiquement dissocié de tout rapport interne et abstrait²¹. Quelle que soit la définition de la procuracion retenue en droit français²², dans la mesure où ce terme est employé pour traduire et désigner

¹⁵ M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 29

¹⁶ *Cf. infra*, note 28.

¹⁷ J.-L. BRAEGGER, *Étude sur la procura*, Mulhouse : Imprimerie Bader, 1922, p. 8 ; M. KĘPIŃSKI, A. KOCH, M. MATACZYŃSKI, *Prawo spółek handlowych. Podręcznik akademicki*, 4^{ème} éd., Wolters Kluwer, 2013, p. 152. Les principales caractéristiques de la construction moderne de la prokura, systématisées dans la première codification du droit commercial germanique, soit l'A.D.H.G.B. de 1861, demeurent inchangées.

¹⁸ *Cf. infra*, n° 298.

¹⁹ L'utilisation du terme procuracion pour désigner l'institution germanique de la *Vollmacht* est la plus courante dans la doctrine francophone : v. not. F. RIGAUX, *Le statut de la représentation : étude de droit international privé comparé*, E. J. Brill, 1963, p. 36 ; J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 14. Rapp. Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *Actes juridiques, droits subjectifs*, Paris : Litec, 1992, n° 506, p. 392, et, du même auteur, *Le droit allemand*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2018, p. 106 ; S. ASENCIO, « Le dirigeant de société, un mandataire "spécial" d'intérêt commun », *Rev. soc.* 2000, n° 19, p. 683, note 116, pour qui l'institution de la *Vollmacht* désigne « le pouvoir de représentation », et F. RIGAUX, *ibid.*, § 3, p. 4 et § 9, p. 36, qui traduit cette notion par celle d'« habilitation ». La procuracion se distingue du pouvoir de représentation dit indirect (*cf. infra*, n° 136 et s.) et de la représentation *lato sensu* (*cf. infra*, n° 142 et s.).

²⁰ *Cf. infra*, n° 551. V. égal. *infra*, n° 567, sur la classification de la prokura dans la catégorie de la représentation volontaire.

²¹ *Cf. infra*, n° 572 et s.

²² F. RIGAUX, dans sa thèse consacrée au « Statut de la représentation en droit international privé » (préc.), met en évidence le choix des rédacteurs francophones de projets internationaux consacrés à la représentation d'employer la notion d'habilitation, plutôt que celle de procuracion, en raison du caractère équivoque de ce terme dans le langage juridique interne (*cf. infra*, n° 624 et s., pour les différentes acceptions de la notion de procuracion en droit français). Au sein de la Convention sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises du 17 février 1983, les rédacteurs emploient indifféremment les notions de « pouvoir » et « d'habilitation » de l'intermédiaire : v. le chapitre II consacré à la constitution et à l'étendue du pouvoir de l'intermédiaire, disponible en ligne : <https://www.unidroit.org/fr/instruments/representation> (mis à jour le 13 juill. 2020). À aucun moment la notion de procuracion n'apparaît. La même remarque intéresse les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (dans la dernière version publiée de ces principes, en 2016, seul le terme de « pouvoir » est employé ; la notion d'habilitation disparaît : v. INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE, *Principes d'UNIDROIT 2016 art. 1.6(2)*, Rome, 2016, chapitre II « Formation du contrat et représentation », Section 2, « Pouvoir de représentation », articles 2.2.1 et s., disponible en ligne :

l'institution germanique de la *Vollmacht* et polonaise du *pełnomocnictwo*, celui-ci ne recouvre aucune des acceptions attribuées par la doctrine française à cette notion²³, eu égard au système particulier dans lequel elle fonctionne.

5. La *prokura* est un pouvoir de représentation volontaire (conventionnel) spécialement façonné par le législateur pour répondre aux besoins de l'activité commerciale, qui fonctionne aux côtés des instruments de droit commun (les procurations civiles), mais également, en droit allemand, de la procuration commerciale²⁴. Il s'agit d'une institution ancienne, qui a fait ses preuves : les principales caractéristiques de la *prokura*, systématisées au XIX^{ème} siècle, dans le premier Code de commerce allemand de 1861 (l'*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*, ci-après A.D.H.G.B.²⁵) – entré en vigueur le 17 décembre 1862 – demeurent inchangées. Cette stabilité témoigne de l'efficacité de cette institution, et explique l'hégémonie contemporaine de cet instrument en Europe.

La *prokura* est d'abord empruntée par plusieurs législations sous l'influence du droit germanique au début du XX^{ème} siècle. En sus du droit polonais, c'est le cas des droits

<https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016>) ; les Principes du droit européen des contrats (ci-après PDEC) (v. COMMISSION LANDO, *Les principes du droit européen des contrats - Version complète et révisée*, novembre 1998, chapitre 3, article 3:101 et s., disponible en ligne : <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/PECL2fr.html>, et COMMISSION POUR LE DROIT EUROPEEN DU CONTRAT, *Principes du droit européen du contrat, Version française préparée par Georges Rouhette. Avec le concours de : Isabelle de Lamberterie, Denis Tallon, Claude Witz*, vol. 2, Société de législation comparée, coll. Droit comparé et européen, 2003), et le Projet de cadre commun de référence (ci-après PCCR) (v. les articles 101 et s. du chapitre 6 du livre II, disponibles en ligne dans leur traduction française (trad. J. GHESTIN) sur le site de la Fondation pour le droit continental : https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/nos_actions/projet-de-droit-europeen-des-contrats/, ainsi que la version originale en anglais : C. VON BAR, E. CLIVE et H. SCHULTE-NÖLKE (éd.), *Principles, definitions and model rules of European private law : draft common frame of reference (DCFR)*, New York : Oxford University Press, 2010).

Il en va différemment dans le Code européen des contrats (ci-après CEDC), dans lequel la section 3, du Titre VI, consacrée à la représentation vise à de nombreuses reprises la notion de procuration (dans le cadre de la représentation volontaire) : v. les articles 60 et s. CEDC, disponible en ligne <http://www.eurcontrats.eu/acd2/>, ainsi que J.-P. GRIDEL, « Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats : les propositions de l'académie des privatistes européens (Pavie) », *Gaz. Pal.* 21 et 23 fév. 2003, n° 52 et 54 (liens précités consultés le 31.08.2021).

²³ J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 15 ; F. RIGAUD, thèse préc., p. 13, et nos développements *infra*, n° 624 et s.

²⁴ Sur cette institution, v. *infra*, spéc. n° 308.

²⁵ Qui précède le projet de Code de commerce prussien, paru en 1857, lequel a servi de point de départ aux réflexions sur l'A.D.H.G.B. : v. *Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, nebst Motiven*, Berlin, 1857.

autrichien, suisse²⁶, mosellan et liechtensteinois²⁷. Son ascendant s'est récemment accentué. Les années 1990 sont en effet témoins de la refonte du droit des pays de l'ex-bloc soviétique, lesquels s'inspirent notamment du droit allemand pour forger des instruments nécessaires à une économie de marché. La plupart des codifications qui ont suivi la transition démocratique de ces pays consacrent ainsi la *prokura* dans leur système juridique²⁸. La *prokura* a également été adoptée dans les pays scandinaves²⁹.

6. Par comparaison, en France, la nature juridique de la délégation de pouvoirs n'a pas fini d'être débattue au sein de la doctrine³⁰. Plusieurs auteurs voient également dans cette technique une institution qui porte atteinte à la structure hiérarchisée de la société³¹, dans la mesure où son objet (l'exercice du pouvoir directorial) et ses effets (la responsabilité pénale du délégataire en lieu et place du chef d'entreprise) paraissent concurrencer le mandat social³². Elle a pu ainsi être qualifiée de « *corps étranger* »³³,

²⁶ Avec la promulgation du Code fédéral des obligations de 1881 (v. les art. 422 - 429 du Titre XV CO.), en ligne en langue française : <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10066139>.

²⁷ Avec la Loi sur les personnes et les sociétés, la *Personen - und Gesellschaftsrecht*, ci-après PGR, du 20 janvier 1926 : LGBl. 1926 n° 4, en ligne en langue allemande sur : <https://www.gesetze.li/konso/pdf/1926004000>.

²⁸ Les neuf pays concernés sont la République tchèque (v. les § 450 à 456 de la section 2 intitulée « *Prokura* » du Code de commerce tchèque du 5 novembre 1991), la Slovaquie (v. les points 1 à 5 du § 14 intitulé « *Prokúra* » du Code de commerce slovaque de 1991), la Bulgarie (v. les art. 22 et s. du *Търговски закон*, la loi commerciale bulgare du 16 mai 1991, ci-après « TZ »), la Serbie, la Croatie (v. les articles 48 et s. de la *Zakona o trgovačkim društvima*, la loi croate du 23 nov. 1993 relative aux sociétés commerciales, ci-après « ZTD »), la Slovénie, la Lituanie, la Lettonie (v. les art. 36 et s. du *Komerclikums* du 4 mai 2000, ci-après « KL »), l'Estonie, ainsi que la Hongrie (v. la loi n° CXLIV relative aux sociétés commerciales du 9 déc. 1997) : J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, C.H. Beck, Warszawa, 2008, p. 40, et L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », *Rej.* 2001, n° 9, p. 27.

²⁹ V. au Danemark, le § 7, al. 1 à 5, de la loi relative à certaines entreprises commerciales du 9 janv. 2002 (*Bekendtgørelse af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder*) ; en Norvège, v. les §§ 1 à 6 de la loi sur la *prokura* du 21 juin 1985 (*Lov om prokura [prokuraloven]*) ; en Finlande, les § 1 à 9 de la loi sur la *prokura* du 2 févr. 1979 (*Prokuralaki 130/1979*) ; en Suède, les § 1 à 6 de la loi sur la *prokura* du 29 mars 1974 (*Prokuralag*) : K. GRZEGORZ, *op. cit.*, II, pt. 2.1, et les références citées notes 14 à 17.

³⁰ Cf. *infra*, n° 21.

³¹ En ce sens, v. J.-H. ROBERT, « Les préposés délégués sont-ils les représentants de la personne morale », in *Mélanges offerts à P. Couvrat*, PUF, 2001, p. 383 ; Y. GUYON, *Les sociétés : aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^{ème} éd., L.G.D.J., 2002, n° 279 ; Ph. DIDIER, « L'évolution de la représentation de la société depuis la loi de 1966 », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CORNAC (dir.), *op. cit.*, n° 14, p. 77.

³² En ce sens, v. Comité juridique de l'ANSA, séance du 9 déc. 2009. Rapp. F. MARMOZ, thèse préc., n° 569, p. 191, pour qui « la délégation permet à l'agent juridique déléguant de modifier l'exercice du pouvoir qui est défini par la loi ».

³³ P. JESTAZ, « L'engagement par volonté unilatérale », in *Etudes organisées les 12 et 13 décembre 1992, à Bruxelles*, Dalloz 1994, p. 88.

considérée comme « *un phénomène irritant* »³⁴ ou « *dangereux* »³⁵, qui enfreindrait les objectifs inhérents à l'organisation légale de la société portés par le dispositif de la loi de 1966³⁶ : la sécurité et la transparence des transactions commerciales. Si elles sont vérifiées, ces considérations devraient justifier une utilisation confinée de la délégation³⁷.

D'autres auteurs considèrent au contraire que la délégation de pouvoirs constitue une manifestation de la liberté contractuelle en droit des sociétés³⁸ et un outil privilégié de management qu'il conviendrait d'exploiter au maximum de son potentiel³⁹. Initié par la

³⁴ L. AYNES, « Rapport introductif », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Études juridiques n° 9, Economica 1999, p. 3. V. égal. F. MARMOZ, thèse préc., n° 646, p. 227, pour qui « *il faut favoriser le retour à la normale (qui est l'exercice du pouvoir par le délégant) et réduire autant que possible (...) une situation quasi-pathologique* ».

³⁵ V. dans ce sens D. TRICOT, « La délégation de pouvoir est-elle soumise aux règles du mandat ? », in Colloque Dijon, préc., p. 2 (éd. élec.), pour qui ce mécanisme « *peut se révéler dangereux s'il engage la société ou l'entreprise au-delà de ses prévisions. Le danger provient autant de l'ignorance (dans la mesure où l'entreprise ne devrait pas se trouver engagée sans le savoir) que du dépassement de la délégation consentie* ». Un autre danger relevé provient de l'absence de délimitation claire et univoque des fonctions réservées (insusceptibles d'être déléguées : cf. *infra*, n° 791 et s.) et de leur « *découvert[e] par la jurisprudence au fur et à mesure des affaires qui lui sont soumises* » : V. THOMAS, « Qui peut déléguer ses pouvoirs dans la société ? », in Colloque Dijon, préc., n° 11. Cette situation est fatalement source d'insécurité juridique pour le délégant : *ibid.*

³⁶ Ph. DIDIER, « L'évolution de la représentation de la société depuis la loi de 1966 », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CORNAC (dir.), *op. cit.*, n° 14, p. 77.

³⁷ En ce sens, v. F. MARMOZ, thèse préc., n° 663 et s., pp. 239 et s., pour qui la délégation ne devrait « *trouver sa source que dans une autorisation de la loi* ». Comp. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° « Substitution », n° 3 : « *Faculté exceptionnellement reconnue à une autorité de déléguer à un tiers ses fonctions* » (nous soulignons).

³⁸ N. FERRIER, thèse préc., n° 178, p. 258. La délégation est ainsi considérée par l'auteur comme une technique *conventionnelle* d'organisation de l'entreprise : *ibid.*, spéc. n° 20 et s., pp. 33 et s., sur les développements consacrés à « La délégation de pouvoir, une technique conventionnelle d'organisation de l'entreprise ». Dans le même sens, v. Y. GUYON, *Les sociétés : aménagements statutaires et conventions entre associés, op. cit.*, n° 278, qui classe la délégation dans la catégorie des « *conventions portant sur le pouvoir des dirigeants sociaux* », et M.-Ch. MONSALLIER, thèse préc., p. 97, pour qui la délégation permet « *l'aménagement contractuel interne de chaque organe* », et d' « *infléchir, grâce à la liberté contractuelle, les règles régissant le fonctionnement des organes de direction* » (*ibid.*, p. 59). *Contra* : H. MOUBSIT, thèse préc., pp. 322-323 pour qui la délégation de pouvoirs n'est pas une manifestation du mouvement de contractualisation du droit des sociétés (*ibid.*, p. 323) ; L. GODON, *La société par actions simplifiée*, L.G.D.J., 2014, n° 585, pour qui la délégation de pouvoirs serait une technique institutionnelle d'organisation du pouvoir légal de représentation des personnes morales.

³⁹ Comme le relève Monsieur VIDAL, « [d]ans le contexte de l'organisation d'une activité économique sous la forme d'une structure sociétaire qui doit répondre à des impératifs de gestion industrielle, financière, commerciale, économique, sociale, fiscale et environnementale, etc., et compte tenu de l'accroissement de la taille moyenne des entreprises, l'éclatement du pouvoir décisionnel est indispensable. La technique juridique de la délégation de pouvoirs est donc la forme que doivent emprunter les formules de gestion ou de management inspirées de la déconcentration, de la décentralisation ou du partage des pouvoirs de décision, de contrôle interne et de représentation » : note sous Cass. com., 15 mars 2005, *Bull. Joly*, 2005, p. 972. V. égal. N. FERRIER, thèse préc., pp. 164 et s., n° 121 et s., spéc. n° 124, l'auteur argumentant en faveur de la validité de la délégation générale de pouvoirs.

pratique, son recours a en effet permis aux acteurs sociaux d'introduire une certaine liberté et flexibilité dans l'organisation et le fonctionnement de la vie sociale⁴⁰, qui fait l'objet d'un quasi-monopole légal⁴¹, en particulier en ce qui concerne les sociétés anonymes et les S.A.R.L.

La présente étude, qui entend développer une approche positive de la délégation, s'allie à cette deuxième conception, dans la lignée du mouvement de gouvernance d'entreprise d'origine anglo-saxonne (la « *corporate governance* »), qui encourage un exercice déconcentré du pouvoir de direction, et donc une meilleure répartition des fonctions directoriales.

7. Sans conteste toutefois, l'absence de critères clairs et univoques permettant, d'une part, d'établir ses conditions de mise en œuvre et, d'autre part, de distinguer sa variété d'objets et d'effets, est assurément source de méfiance et d'incertitudes pour la pratique et donc dangereuse pour la sécurité juridique. L'ambivalence que suscite ce mécanisme en droit des sociétés peut être parfaitement résumée par le thème d'un colloque récemment organisé autour de cette technique : « La délégation de pouvoir dans l'entreprise : nécessité et dangers »⁴².

8. D'un point de vue comparé, cette méfiance contraste avec la perception du fondé de pouvoir en droits allemand et polonais, auquel la doctrine assigne le rôle d'« *alter ego* » de l'entrepreneur⁴³, et ce dès la fin du XIX^{ème} siècle⁴⁴. Dans notre législation interne, elle témoigne également d'un certain paradoxe, puisque la jurisprudence française n'a cessé, tout au long du XX^{ème} siècle et jusqu'à aujourd'hui, de libéraliser les conditions de recours

⁴⁰ H. MOUBSIT, thèse préc., pp. 19-21.

⁴¹ L'organisation de la société anonyme, en particulier, est décriée en doctrine comme faisant l'objet d'une réglementation « *tatillonne* » (Y. GUYON, *Les sociétés : aménagements statutaires et conventions entre associés*, *op. cit.*, p. 7) et « *pointilliste* » (J. PAILLUSSEAU, « La contractualisation de la société anonyme fermée », *Gaz. Pal.* 1998, p. 1257), limitant « *la productivité des mécanismes sociétaires* » (M.-Ch. MONSALLIER, thèse préc., p. 4).

⁴² « La délégation de pouvoir dans l'entreprise : nécessité et dangers », colloque Dijon, préc.

⁴³ En doctrine polonaise, v. J. JACYSZYN, « Prokura – alter ego kupca », *Rzeczpospolita* 1992, n° 236 ; M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 29 ; J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 10. V. égal. en doctrine française : L. CREMIEUX, « De la gérance d'une entreprise commerciale », in M. E. THALER, *Annales de droit commercial français, étranger et international*, 1909, p. 467.

⁴⁴ V. Au sein de la doctrine allemande, not. : E. S. PUCHELT, *Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch*, t. I, Leipzig, 1876, p. 90 ; H. THÖL, *Das Handelsrecht*, t. 1, 6^{ème} éd., Leipzig, 1879, p. 190 ; H. MAKOWER, S. MEYER, *Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch*, Berlin, 1880, p. 98 ; W. ENDEMANN (réd.), *Handbuch des Deutschen Handels, See- und Wechselrechts*, t. I, Leipzig, 1881, p. 282 ; C. GAREIS, O. FUCHSBERGER, *Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch*, Berlin, 1891, p. 140.

à la délégation de pouvoirs ainsi que d'étendre son champ d'application : dans les années quatre-vingt-dix, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé, en particulier, qu'elle pouvait s'appliquer à toutes les fonctions directoriales en l'absence de disposition légale contraire⁴⁵ ; il y a dix ans, sa chambre mixte a formellement reconnu la possibilité de recourir à cette technique au sein des SAS⁴⁶ (d'aucuns se sont alors émus de ce que, dorénavant, « le DRH [d'une SAS] licencie... et embauche ! » (!)⁴⁷).

9. **Les domaines respectifs de la délégation de pouvoirs et de la prokura.** Le champ de l'association d'un tiers à l'exercice du pouvoir directorial réalisé par le biais de la délégation de pouvoirs et de la prokura ne se recouvre qu'en partie : le premier mécanisme embrasse toutes les facettes du pouvoir directorial⁴⁸, tandis que la prokura n'intéresse, par définition, que sa facette externe. En tant que variété de procuration⁴⁹, la prokura habilite en effet son titulaire à engager la société dans ses rapports avec les tiers et ne confère, en elle-même, aucun pouvoir de gestion dans la sphère sociale interne⁵⁰. Plus fondamentalement, l'institution de la prokura – de même que sa vie juridique – est parfaitement indifférente aux fonctions remplies par son bénéficiaire dans l'ordre interne (et à la hiérarchie sociale de ces fonctions). Autrement dit, si une fonction quelconque est exercée dans l'ordre interne par le titulaire d'une prokura (qu'elle soit managériale ou technique), c'est sur un fondement juridique distinct⁵¹. La prokura n'en confère pas moins à son titulaire, vis-à-vis des tiers, des pouvoirs pratiquement aussi étendus que ceux dont est investi le chef d'entreprise au titre de son mandat social⁵².

10. La césure opérée dans les modalités, l'objet et les effets de l'association à l'exercice du pouvoir directorial dans l'ordre interne, d'une part, et dans l'ordre externe, d'autre part, trouve son explication dans la théorie générale de la représentation élaborée par la doctrine germanique dans la deuxième partie du XIX^{ème} siècle.

⁴⁵ Cf. *infra*, n° 237.

⁴⁶ Cf. *infra*, note 1929.

⁴⁷ A. OUTIN-ADAM, M. CANAPLE, « SAS : le DRH licencie... et embauche ! », *D.* 2011 n° 5, pp. 314-315.

⁴⁸ Cf. *infra*, n° 237.

⁴⁹ Cf. *infra*, n° 296 et s.

⁵⁰ Cf. *infra*, n° 302 et 303.

⁵¹ Cf. *infra*, n° 512.

⁵² Cf. *infra*, n° 307.

11. **L'apparition de deux modèles de représentation au sein de la famille des droits romano-germaniques.** La technique de la représentation est traditionnellement perçue comme un point de rupture au sein de la famille romano-germanique en raison de la construction de ce mécanisme : en lien intime avec le mandat en droit français, en opposition avec ce dernier dans le droit allemand⁵³. L'émancipation juridique de la représentation et la systématisation de ce mécanisme en droit allemand s'impose, à l'aube du XX^{ème} siècle, comme un profond tournant dans la science juridique⁵⁴. La théorie générale de la représentation élaborée par les juristes allemands, qui autonomise la représentation par rapport au contrat de mandat, reçoit un large écho en Europe⁵⁵. À l'instar

⁵³ Comme l'écrit Madame GILSON-MAES, « [I]l se dégage (...) un sentiment de clivage entre les législations de tradition essentiellement romaniste qui entretiennent la confusion entre le mandat et la représentation, et celles, plus modernes, qui distinguent nettement le support contractuel de la technique juridique ». Comme le remarque l'auteur cependant, « [c]ette perception est sans doute un leurre car une approche dualiste de la structure du mandat peut très certainement être universellement constatée » : thèse préc., n° 107. Sur l'analyse de la structure du mandat en droit français, v. *infra*, n° 151 et s.

⁵⁴ La doctrine allemande qualifie l'apport de P. LABAND de « *Juristische Entdeckungen* », soit de « découverte juridique » : H. DÖLLE, « *Juristische Entdeckungen* », in *Verhandlungen des 42 Deutschen Juristentages*, T. II, Teil B, Tübingen, 1958, pp. 1 et s. V. égal. H. BAUER, *Die Entwicklung des Rechtsinstituts der freien gewillkürten Stellvertretung seit dem Abschluss der Rezeption in Deutschlands bis zur Kodifikation des B.G.B.*, Erlangen, 1963, pp. 123 et s. ; U. MÜLLER, *Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter*, Stuttgart, 1969, p. 157.

Les auteurs français n'ont pas manqué de s'intéresser à la nouvelle structure de la représentation adoptée dans le B.G.B. V. not., le commentaire réalisé au début du siècle dernier par Raoul De La GRASSERIE, relatif au Titre V du B.G.B., consacré à la réglementation de la représentation : *Code civil allemand promulgué le 18 août 1896, exécutoire à partir du 1er janvier 1900*, A. Pedone, 1910, p. 36, disponible en ligne : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5725053x> .

⁵⁵ On constate chez d'éminents juristes français, comme PLANIOL, une certaine fascination pour le droit allemand : v. G. BABERT, *Le système de Planiol (bilan d'un moment doctrinal)*, thèse Poitiers, sous la dir. de Ph. REMY, 2002, pp. 46 et s. Le succès de la théorie allemande de la représentation, et sa large réception en Europe, conduit à considérer comme « *inexact de voir les deux modèles [français et allemand] sur un pied d'égalité (...). Il y a donc de ce point de vue une supériorité du modèle allemand* » : *ibid.*, p. 41, n° 64 ; F. RIGAUX, thèse préc., pp. 41 et s. ; G. REINER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand », in D. MAZEAUD *et al.*, *op. cit.*, p. 24. En doctrine allemande, v. not. K. ZWEIFERT et H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, t. II, Tübingen, éd. J.C.B. Mohr, 1984, spéc. p. 117, écrivant « *Dieser Gedanke hat zunächst im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch Aufnahme gefunden, aber von dort einen erstaunlichen Siegeslauf um die Welt angetreten es ist in der Tat nach 1900 keine umfassende Zivilrechtskodifikation mehr in Kraft getreten, die nicht in irgendeiner Form Auftrag und Vollmacht voneinander hätte* » ; V. BEUTHIEN, « Zur Theorie der Stellvertretung im Bürgerlichen Recht », in V. BEUTHIEN, H. ROTH, M. FUCHS *et al.*, *Festschrift für Dieter Medicus*, 1999, p. 1 (19) ; G. LUTHER, « Kollisionsrechtliche Vollmächtsprobleme im deutsch-italienischen Rechtsverkehr », *RabelsZ*, 1974, vol. 38, pp. 421 et s. ; W. MÜLLER-FREIENFELS, *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*, Tübingen, 1955, pp. 2 et s. En doctrine polonaise, v. not. J. PAZDAN, *Pełnomocnictwo w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków, Zakamycze, 2003, I, § 1 ; A. SZPUNAR, « Stanowisko prawne pełnomocnika », *Przegląd Notarialny* 1949, n° 1-2, p. 71, et, du même auteur, « Udzielenie pełnomocnictwa », *Pr. Sp.* 1993, n° 9, pp. 20 et s.

du droit polonais, qui réceptionne cette théorie au début du XX^{ème} siècle⁵⁶, de nombreuses législations européennes se sont inspirées du modèle allemand au cours du XX^{ème} siècle⁵⁷. L'influence du droit allemand sur le droit polonais est particulièrement importante, la

⁵⁶ Le droit polonais réceptionne, dans un premier temps, la thèse de « la procuration accessoire » (« *Teoria akcesoryjności pełnomocnictwa* » : M. SMYK, thèse préc., II, I, pt. 5.1), qui constitue une application particulière de la conception française moniste du mandat : cf. *infra*, n° 63. En effet, à la suite des conquêtes napoléoniennes, le Code de 1804 devient la source du droit civil de la Pologne centrale. Supplantant le droit civil français avec le retrait de Napoléon, la Pologne occupée par la Prusse, l'Autriche et l'Empire Russe, qui se partagent son territoire, hérite *in fine* de la « *Vollmacht* » allemande. Cette institution germanique s'applique pendant près d'un demi-siècle sur les régions sous occupation prussienne, jusqu'à l'indépendance de la Pologne en 1918, reconnue par le petit Traité de Versailles du 28 juin 1919 (Traité autrement appelé « Traité des minorités polonaises », qui acte l'indépendance de la Pologne perdue en 1772). La réception de la *Vollmacht* allemande marque un terme à la théorie accessoire de la procuration d'influence française, à laquelle succède la « théorie de l'autonomie de la procuration » (« *Teoria samodzielności pełnomocnictwa* »), calquée sur le droit allemand : M. SMYK, *ibid.*, pt. 5.2 ; J. PAZDAN, *Pełnomocnictwo w prawie prywatnym międzynarodowym, op. cit.*, I, § 1.

⁵⁷ Plusieurs codes délaissent le modèle classique français, consistant à insérer les dispositions sur la représentation et la procuration dans la réglementation du contrat de mandat. La comparaison des rapports d'experts accompagnant les deux projets de Code civil suisse qui ont abouti sur le Code des obligations de 1911 (aujourd'hui en vigueur, remplaçant le Code fédéral des obligations de 1881), est révélatrice de cette tendance. Dans le premier rapport de 1905, il est précisé que « *le projet a conservé à l'assignation son caractère de double mandat* [nous soulignons], *quoique cette conception ne soit plus celle de la doctrine contemporaine. La procuration commerciale [c'est-à-dire, la prokura], la commission, le contrat de transport continuent à être rattachés au mandat, et nous n'avons pas innové dans ces matières* » (Feuille fédérale, 1905, vol. II, disponible en ligne, p. 36). Cette décision est rapidement abandonnée, et le rapport de 1909 met en évidence que « *le nouveau projet modifie le précédent en ce que l'assignation et la procuration commerciale [c'est-à-dire, la prokura] ont été détachées du mandat. Du moment que ces institutions ne sont plus considérées comme des variétés du mandat, ainsi que la commission l'a décidé conformément à la doctrine qui prédomine actuellement, on ne pouvait logiquement plus les traiter conjointement avec le mandat* » (Feuille fédérale, 1909, vol. III, disponible en ligne, p. 753). Sur l'influence concurrente et croisée des droits allemand et français sur la codification du droit civil suisse, v. not., B. WINIGER, « Le Code suisse dans l'embaras entre B.G.B. et Code civil français », in B. WINIGER (éd.), *Le Code civil français dans le droit européen : Actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français organisé à Genève les 26-28 février 2004*, préf. de O. GUILLOD et R. ROTH, Bruxelles : Bruylant, 2005, pp. 153 et s.

La même remarque intéresse le droit italien, qui abandonne son premier Code civil de 1865 d'inspiration « napoléonienne » pour le modèle allemand avec le *Codice civile* de 1942 (v. les art. 1387 et s.) ; le droit portugais (v. les art. 258 et s. du *Código civil* de 1928) ; néerlandais (v. les art. 3 : 60 et s. du *Nieuw Burgerlijk Wetboek* de 1992), grec (v. les art. 211 et s. du *Αστικός Κώδικας* de 1946), slovène (v. les art. 69 à 81 de l'*Obligacijski zakonik* de 2001), roumain (v. les articles 1. 295 et s. du *Noul Cod Civil* de 2009, entré en vigueur le 1^{er} oct. 2011, et D. BORCAN, M. CIURUC, *Nouveau Code civil roumain. Traduction commentée*, coédition : Juriscope-CNRS – Dalloz, 2013) ; anglais (avec théorie de la *law of agency*, indépendante de tout rapport obligationnel) ; lituanien (v. les art. 2. 132 et s. du *Civilinis kodeksas*, entré en vigueur le 1^{er} juill. 2001), et suédois (v. le § 10, Lois des contrats) : R. CABRILLAC, *Droit européen comparé des contrats*, 2^{ème} éd., L.G.D.J., coll. : Systèmes, 2016, n° 100, pp. 57-58. En fait, « *depuis 1900 aucun nouveau code de droit civil de portée générale n'a omis de distinguer, sous une forme ou une autre, mandat et pouvoir de représentation* » : K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, op. cit.*, p. 137 (cité et traduit par Ch.-W. CHEN, *Apparence et représentation en droit positif français*, L.G.D.J., coll. Bibl. de droit privé, t. 340, 2000, note 33, p. 28). V. égal., sur l'influence du B.G.B. sur les codifications ultérieures, Cl. WITZ, « Contrat ou acte juridique ? », in F. TERRE, *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, pp. 54 et s.

Prusse occupant jusqu'en 1918 les régions de la partie nord-ouest de la Pologne, depuis la perte de son indépendance en 1772. Aussi, jusqu'à l'unification du droit civil polonais intervenue en 1946, et sa codification en 1964, le B.G.B de 1897 constitue la principale source d'inspiration pour la codification du droit civil polonais⁵⁸. L'influence du modèle allemand persiste, aujourd'hui, dans les différents projets européens dédiés à l'édiction de règles communes en droit des obligations⁵⁹.

12. **Prolégomènes à la théorie dualiste du mandat (modèle germanique).** La théorie de la représentation germanique est fondée sur les principes de dissociation (« *Trennungsprinzip* ») et d'abstraction (« *Asbtraktionsprinzip* ») des rapports interne (entre le maître de l'affaire et l'intermédiaire) et externe (entre le maître de l'affaire et le tiers).

Formulés par la doctrine germanique du début du XIX^{ème} siècle, les principes de séparation et d'abstraction sont consacrés par les rédacteurs du Code civil allemand, promulgué le 18 août 1896 pour entrer en vigueur le 1^{er} janvier 1900, comme des principes fondamentaux du droit privé⁶⁰ qui s'étendent au mécanisme de la représentation⁶¹. L'adjonction des deux principes de séparation et d'abstraction servira de terreau à l'élaboration de la théorie générale de la représentation allemande⁶² à laquelle est dédiée

⁵⁸ M. SMYK, thèse préc., I, I, pt. 3.1.4 et s.

⁵⁹ Des dispositions propres à la représentation sont consacrées dans les Principes du droit européen des contrats, préc. (art. 3 : 101 et s., PDEC), dans le Code européen des contrats, préc. (art. 60 à 63, CEDC) et dans le Projet de cadre commun de référence, préc. (art. 101 à 112 du chapitre 6, du livre II, PCCR).

⁶⁰ Le *Trennungs – und Asbtraktionsprinzip* acte, en particulier, la séparation formelle entre le droit des obligations et le droit des biens en droit allemand. Le législateur allemand a retenu une conception abstraite, et non causale (*solo consensu*), du transfert de propriété : cf. *infra*, n° 573 et s.

⁶¹ Cf. WITZ, *Le droit allemand*, *op. cit.*, pp. 105 et 114-115 ; H. KÖHLER, *Allgemeiner Teil*, 39^{ème} éd., C.H. Beck, Munich, 2015, § 5, n° 12-14 ; W. MÜLLER-FREIENFELS, « Die Abstraktion der Vollmachtserteilung im 19. Jahrhundert », in W. MÜLLER-FREIENFELS, *Stellvertretungsregelungen in Einheit und Vielfalt – Rechtsvergleichende Studien zur Stellvertretung*, Klostermann, 1982, pp. 81 et s. V. égal. *infra*, n° 577.

⁶² Antérieurement à la théorie générale de la représentation formulée par JHERING et LABAND, et consacrée par les rédacteurs du B.G.B., différentes thèses sont proposées par les auteurs allemands. On mentionnera en premier lieu la *Geschäftsherrentheorie*, dont le représentant est SAVIGNY (cf. *infra*, n° 114), dont la thèse ne sera pas retenue, car elle ne permet pas d'appréhender le mécanisme de représentation de manière systématique, c'est-à-dire indifféremment à la source du pouvoir de représentation. Cette théorie postule en effet que l'intermédiaire est un simple *nuntius* (messenger), soit une personne qui n'exprime pas sa volonté personnelle et n'est que l'instrument de la volonté du représenté. Cette conception de la représentation exclue ainsi de son champ les hypothèses de représentation légale : J.-L. BRAEGGER, thèse préc., pp. 11-12. Après SAVIGNY, THÖL développe la théorie du *Doppelvertrag* (littéralement, le « double contrat »), selon laquelle la représentation présuppose, d'une part, l'existence d'un contrat entre le représentant et un tiers, qui indique la volonté déclarée par le représenté, et d'autre part, un contrat entre le représenté et le tiers correspondant à la volonté qu'il a déclarée dans la première convention : H. THÖL, *Handelsrecht*, *op. cit.*, pp. 210, 229 et s. (cité par J.-L. BRAEGGER, *ibid.*, p. 12, note 3).

une réglementation autonome au sein du B.G.B. (§ 164 et s.), dans la Partie générale du Code⁶³ – et non dans la partie traitant des obligations, comme c’est le cas en droit français⁶⁴.

13. La distinction formelle entre ces deux catégories de rapports – interne et externe –, caractéristique du modèle germanique, correspond à ce que la doctrine qualifie usuellement de théorie dualiste du mandat⁶⁵. À l’aune de cette théorie, le contrat de mandat – parmi d’autres conventions d’intermédiation⁶⁶ – ne concerne que le premier de ces rapports, tandis que la représentation constitue un mécanisme distinct (en application du principe de dissociation) : ce dernier – lorsque la représentation est de nature volontaire – trouve son support dans l’institution germanique de la procuration, dont la prokura constitue une variété⁶⁷. Également, ces deux catégories de rapports ont leurs propres conditions d’existence⁶⁸ (principe d’abstraction).

Les principes de dissociation et d’abstraction, appliqués à la représentation, devancent l’entrée en vigueur du B.G.B. La première expression législative de la théorie dualiste apparaît en effet avec l’introduction de la prokura.

14. **L’apparition, en filigrane, du *Trennungs – und Asbtraktionsprinzip* dès la moitié du XIX^{ème} siècle, avec la création de la prokura.** La première expression législative du *Trennungs – und Asbtraktionsprinzip*, applicable au rapport de représentation, est à rechercher dans la première codification du droit commercial

Enfin, MITTEIS formule la *Vermittlungstheorie* : L. MITTEIS, *Die lehre von der stellvertretung nach römischem recht, mit berücksichtigung des österreichischen rechtes*, Vienne : Alfred Hölder, 1885, § 13, 14. Cette théorie postule que le représenté et le représentant agissent de concert, c’est-à-dire qu’ils sont tous les deux parties à l’acte juridique conclu avec le tiers : P. WIDERSKI, *Pelnomocnictwo w prawie polskim*, Wolters Kluwer, 2018, I, pt. 2.1, ainsi que la littérature citée note 52, not. en doctrine allemande : H. HÜBNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin–New York, 1996, p. 488 ; F. JACOBY, *Das Private Amt*, Tübingen, 2007, p. 226.

⁶³ Les dispositions sur la représentation se trouvent codifiées dans la Partie générale du B.G.B. (Livre I) aux § 164 et s. du Titre V intitulé « *De la représentation – de la procuration* ». Les dispositions contenues dans la Partie générale du BGB réglementent des notions et institutions destinées à s’appliquer aux matières spéciales contenues dans les livres ultérieurs et à l’ensemble du droit privé : Cl. WITZ, *Le droit allemand, op. cit.*, p. 88. À l’image du B.G.B., que le Code civil de la République Populaire de Pologne du 13 avril 1964 prend pour modèle, la représentation est réglementée dans la Partie générale du code (Livre I) dans le Titre IV, « *Des actes juridiques* », en son chapitre VI intitulé « *De la représentation* », aux articles 95 et s.

⁶⁴ V., au sein du Livre III, les articles 1153 et s. du Code civil, contenus dans un Chapitre II, relatif à la formation du contrat, au sein du Sous-titre I, dédié au contrat.

⁶⁵ Cf. *infra*, spéc. n° 476 et 477.

⁶⁶ Cf. *infra*, n° 494.

⁶⁷ Cf. *infra*, n° 296 et s.

⁶⁸ Cf. *infra*, n° 583.

allemand et autrichien⁶⁹, soit l'A.D.H.G.B. de 1861, dans la réglementation de la prokura⁷⁰. En effet, après l'énoncé de l'étendue de son pouvoir de représentation au § 42⁷¹, le § 43 précise que « [t]oute restriction apportée aux pouvoirs du fondé de pouvoir est de nul effet vis-à-vis des tiers ». Selon cette disposition, l'étendue du pouvoir de représentation du fondé de pouvoir revêt donc un caractère impératif, ce qui fait obstacle à la possibilité de moduler le pouvoir d'action de ce représentant dans les rapports externes. Toute limitation conventionnelle (donc interne) de la prokura est ainsi inopposable aux tiers ; un acte passé par un fondé de pouvoirs en violation de telles restrictions est pleinement valable.

15. **Dans le modèle germanique, la transposition du *Trennungs – und Abstraktionsprinzip* à l'action de la personne morale.** Transposés à l'action de la personne morale, le *Trennungsprinzip* (principe de dissociation) impose de distinguer les rapports établis par la personne morale dans l'ordre interne et dans l'ordre externe, tandis que l'*Abstraktionsprinzip* (le principe d'abstraction) consacre l'autonomie juridique de chacun de ces rapports juridiques. Dans le modèle germanique, l'organisation interne et externe de la société ainsi que les interactions entre ces deux ordres sont régies par ces deux principes. La prokura, en sa qualité de procuration spéciale⁷², intéresse exclusivement la sphère externe.

16. La théorie dualiste formellement codifiée avec la promulgation du B.G.B. en 1900 s'est construite en rupture avec la conception dite moniste du contrat de mandat⁷³ retenue

⁶⁹ Postérieurement à l'A.D.H.G.B. et antérieurement au B.G.B., les principes de séparation et d'abstraction apparaissent également dans le Code civil saxon de 1863, ainsi que dans le Code des obligations suisse de 1881 : F. RIGAUX, thèse préc., pp. 41 et 42 (note 1).

⁷⁰ J. CREUTZIG, « Quelques remarques sur le problème de l'obligation abstraite », R.I.D.C., vol. 21, n° 2, avril-juin 1969, p. 377, l'auteur relevant que l'obligation abstraite existait dans le droit commercial coutumier, précédant sa consécration légale dans l'A.D.H.G.B. ; F. RIGAUX, thèse préc., p. 53.

⁷¹ La prokura habilite son titulaire à réaliser « toutes les opérations et tous les actes judiciaires et extra-judiciaires que comporte l'exercice du commerce ; ils tiennent lieu de toute procuration spéciale requise par les lois du pays, et ils autorisent le porteur à placer et à renvoyer les commis et autres agents. » (§ 42, al. 1^{er}, A.D.H.G.B.) : traduction de V. FOUCHER et L.-C.-J. TOLHAUSEN, *Code de commerce allemand et règlement général sur le contrat de change avec les lois spéciales rendues dans chaque État pour leur mise à exécution*, Joubert, 1864, p. 13, disponible en ligne : ark:/12148/bpt6k426268n.

⁷² Cf. *infra*, n° 296 et s.

⁷³ J.-F. QUIEVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, préface de D. R. MARTIN, L.G.D.J., coll. Bibl. de droit privé, t. 510, 2009, n° 118, p. 207 ; Ph. DIDIER, « L'avenir des pouvoirs du président de la S.A.S. après la loi N.R.E », LPA, 12 juill. 2002, n° 139, p. 68, spéc. n° 6 et 13 ; S. VANUXEM, « L'étrange disparition du désaveu d' "avocat à la Cour" devant les juridictions judiciaires », R.T.D. civ. 2011, p. 677 ; J.-L. BRAEGGER, thèse préc., pp. 14 et 18 ; A. GILSON-MAES, *Mandat et responsabilité civile*, sous la dir. de C. PERES, L.G.D.J., Coll.

par le législateur français un siècle plus tôt dans le Code civil napoléonien⁷⁴, conception qui lie au contraire le mécanisme de représentation directe à ce contrat.

17. L'absorption empirique de la représentation dans le contrat de mandat en droit français. Le XIX^{ème} siècle marque, en droit français, une évolution du mécanisme de représentation qui se trouve, peu ou prou, *absorbé*⁷⁵ par le contrat de mandat. Depuis cette époque, le lien unissant la représentation et le mandat est constamment discuté au sein de la doctrine française, débat opposant les auteurs qui voient dans la représentation le critère distinctif du contrat de mandat⁷⁶, à ceux qui considèrent que la représentation est,

Thèses, Bibl. de droit privé, t. 566, 2016, n° 142, qui emploie également la notion de « *structure moniste du mandat* » : spéc. n° 126 et s. ; C. MANGEMATIN, *La faute de fonction en droit privé*, vol. 135, Dalloz, 2014, n° 70. Sur le monisme et le dualisme de la représentation en droit international privé, v. Cass. com., 21 déc. 1987, n° 85-13.173, *Rev. soc.* 1988, p. 398, note H. SYNDET.

⁷⁴ Pour une analyse de l'influence du droit français sur les différentes codifications européennes, v. en particulier B. SCHMIDLIN, « Le mouvement des codifications en Europe : la formation du système du Code civil français », in *Le Code civil français dans le droit européen, op. cit.*, pp. 45 et s. ; J. BART, « Le code Napoléon, un code à vocation européenne ? », *ibid.*, pp. 65 et s. et F.-S. MEISSEL, « Le Code civil autrichien, contrepartie du Code civil français ? », *ibid.*, pp. 119 et s. ; « Le Code civil français et son influence en Europe », in R.I.D.C., vol. 2, n° 4, oct.-déc. 1950, pp. 757-765 ; J.-L. HALPERIN, « Deux cents ans de rayonnement du Code civil des Français ? », *Les Cahiers de droit*, vol. 46, n° 1-2, 2005, pp. 229-251.

⁷⁵ Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. de Y. LEQUETTE, coll. Bibl. de droit privé, L.G.D.J., t. 339, 2000, n° 61, p. 40.

⁷⁶ V. not., P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, préf. B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 2002, n° 137, p. 205, et, du même auteur, *Contrats spéciaux*, 8^{ème} éd., Dalloz, coll. HyperCours, 2019, n° 912, p. 707 ; A. GILSON-MAES, thèse préc., n° 62 et s. ; D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 12^{ème} éd., Dalloz, coll. Cours, 2020, n° 39, 593 et 600 ; M.-L. IZORCHE, pour qui « le “mandat sans représentation” (de la personne) n'existe pas ! » : « À propos du “mandat sans représentation” », *D.* 1999, n° 35, pp. 369-374 (conformément à l'analyse de l'auteur, s'il ne peut y avoir de mandat sans représentation, en revanche, il peut y avoir représentation sans mandat) ; A. SERIAUX, *Les contrats civils*, PUF, coll. Droit Fondamental, 2001, n° 133, p. 332 ; Ph. PETEL, *Le contrat de mandat*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1994, pp. 12 et s. ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil. Contrats spéciaux*, 7^{ème} éd., LexisNexis, 2013, n° 463, p. 397 ; Fr. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 11^{ème} éd., Dalloz, coll. : Précis, 2019, n° 634 et s., spéc. n° 644 et s., pp. 560 et s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 11^{ème} éd., L.G.D.J., 2020, n° 531 et s., pour qui « l'instrument exclusif de la représentation, moteur de l'activité juridique, est le mandat » ; A. BENABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 13^{ème} éd., Montchrestien, 2019, n° 645 ; G. DECOCQ, C. GRIMALDI, J. HUET et H. LECUYER, avec la collaboration de J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, 3^{ème} éd., L.G.D.J., sous la dir. de J. GHESTIN, 2012, n° 31100, p. 993 ; Ph. LE TOURNEAU, *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Mandat », juill. 2017 (actu. : mars 2021), n° 66, et, du même auteur, « De l'évolution du mandat », *D.* 1992. chron., p. 157 ; H. J., et L. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. III, vol. 2, 7^{ème} éd., par M. de JUGLART, Montchrestien, 1987, n° 1384, p. 670 ; J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, préface de J. BRETHER DE LA GRESSAYE, L.G.D.J., coll. Bibl. de droit privé, t. 91, 1969, p. 92. Dans ce sens, au sein de la doctrine classique, v. *infra*, n° 152, ainsi que la littérature citée, notes 518.

Plusieurs de ces auteurs retiennent parfois, avec d'autres, une position plus nuancée : v. par ex., G. DECOCQ, C. GRIMALDI, J. HUET et H. LECUYER, *ibid.*, n° 31109 : « la définition du mandat paraît inclure ce pouvoir de représentation du mandant par le mandataire comme un élément essentiel de l'opération. Et cela doit conduire à le distinguer, nettement, des mandats sans véritable représentation » ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et

tout au plus, un effet possible de ce contrat⁷⁷. Quoi qu'il en soit, en droit français, la promiscuité entre ces deux institutions s'est traduite, dans la construction juridique de l'action pour le compte et au nom d'autrui, par l'indivisibilité du lien externe (constitué entre le mandant et le tiers), par rapport à la relation interne (entre le mandant et le mandataire).

18. À l'aune de la théorie moniste du mandat, les rapports interne et externe sont réputés former les deux facettes d'un rapport de droit unique (constitué par le contrat de mandat). Autrement dit, à la différence du modèle germanique, la construction du mécanisme de représentation en droit français n'a pas abouti à la dissociation juridique formelle des différents rapports inhérents à sa mise en œuvre (entre le représentant et le représenté d'une part (le rapport interne), et entre le représenté et le tiers du fait de la conclusion d'actes juridiques en son nom, d'autre part (le rapport externe)) – du moins, en ce qui concerne la représentation volontaire.

Or, cette conception a directement influencé l'appréhension du mécanisme de la délégation de pouvoirs.

19. **En France, l'appréhension doctrinale de l'institution de la délégation de pouvoirs sous le prisme de la théorie moniste.** Contrairement à la prokura, le mécanisme de délégation est réputé porter – comme sa dénomination l'indique – sur « un pouvoir [directorial] », indifféremment à son objet interne (l'exercice d'une fonction dans la hiérarchie sociale interne pour le compte de la personne morale) ou externe (la conclusion d'actes juridiques en son nom, soit l'exercice du pouvoir de représentation). C'est du moins – dans le silence des textes – ce qui s'infère de la majorité des analyses doctrinales de ce mécanisme. Par exemple, Monsieur FERRIER – qui a consacré sa thèse à

P.- Y. GAUTIER, *ibid.*, n° 524 : « [l]e lien [entre le mandat et la représentation] aujourd'hui s'estompe ; le mandat est de plus en plus lié à l'action pour autrui, pas nécessairement en une représentation ». V. égal. L. PFISTER, « Un contrat en quête d'identité. Jalons pour une histoire de la qualification du mandat », in N. DISSAUX (dir.), *Le mandat : un contrat en crise ?*, Paris, Economica, 2011, t. 37, pp. 1 et s.

⁷⁷ Ch.-W. CHEN, thèse préc., n° 42 et s. ; M. MEKKI, J.-Cl. Civil, v° « Mandat – Définition et caractères distinctifs », art. 1984 à 1990, fasc. 10, août 2016, n° 8 et s. ; Ph. DIDIER, thèse préc., p. 50 ; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, préf. D. HUET-WEILLER, L.G.D.J., coll. Bibl. de droit privé, t. 172, 1982, n° 108 et s. ; T. GENICON, « Mandat et représentation », in B. REMY (dir.), *Le mandat en question*, Bruylant, 2013, n° 5, p. 35, note 8 ; N. DISSAUX (dir.), *Le mandat : un contrat en crise ?*, *op. cit.*, p. 2 ; Ph. PETEL, *Le contrat de mandat*, *op. cit.*, p. 15 ; N. MATHEY, *Rép. civ.*, *Dalloz*, v° « Représentation », juin 2017 (actu. : mai 2018), n° 13. F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, 2^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 2012, n° 867, pp. 388-389 ; C. GIVERDON, *L'évolution du contrat de mandat*, thèse Paris, 1947, spéc. n° 90, p. 68. Dans le même sens, au sein de la doctrine classique, v. *infra*, n° 159, et la littérature citée, notes 533 et 534.

une analyse systématique de la délégation en tant que technique conventionnelle d'organisation de l'entreprise – affirme que son objet est « *d'habiliter une personne à exercer le pouvoir de direction au nom et pour le compte de l'entrepreneur* »⁷⁸.

20. Conformément à cette analyse, la délégation constitue donc un mécanisme juridique unique qui appréhende en même temps les relations intéressant le délégataire et la personne morale (à raison de la fonction qu'il exerce en son sein) – et celles qui ont vocation à se nouer entre celle-ci et les tiers à raison des actes juridiques conclus en son nom par le délégataire (le pouvoir de représentation).

Indifféremment à la question de savoir si elle constitue ou non un mandat⁷⁹, cette analyse de la délégation imite en revanche, comme on le voit, la conception moniste de ce contrat.

21. La divergence entre la nature juridique de la prokura et celle de la délégation de pouvoirs prend finalement racine dans la construction historique de chacune de ces institutions et, plus précisément, dans celle de la représentation, dont ces techniques constituent des applications en droit des sociétés⁸⁰. Chacun des deux mécanismes étudiés repose sur un système distinct : dualiste pour la prokura, moniste pour la délégation. La prokura, issue du droit germanique, est une procuration, c'est-à-dire un pouvoir de représentation (volontaire), à l'exclusion de tout rapport d'ordre interne (en l'occurrence, entre la société et le fondé de pouvoir), tel que celui pouvant résulter d'un contrat de mandat. La qualification de mandat à l'égard de la délégation de pouvoirs fait quant à elle

⁷⁸ N. FERRIER, thèse préc., n° 5, p. 19. V. égal. D. GIBIRILA, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 1, pour qui le délégataire est « *habilité à exercer, sous le contrôle du délégant, tout ou partie du pouvoir de direction de ce dernier* » ; S. COLLIOT et J.-M. MOULIN, « La vie des délégations de pouvoirs dans l'entreprise », *B.J.S.* 2012, n° 10, p. 1 (éd. élec.), et *infra*, n° 232, les définitions doctrinales de cette technique.

⁷⁹ V. *infra*, note 82, pour les auteurs en faveur de l'assimilation de la délégation de pouvoirs au contrat de mandat, et *infra*, note 81, pour ceux qui sont contre cette assimilation.

⁸⁰ Pour une étude de l'ensemble des applications de la délégation de pouvoirs en droit privé, v. F. MARMOZ, thèse préc.

l'objet d'un consensus pratiquement unanime⁸¹ au sein de la doctrine française⁸², qui a pris soin de déterminer sa nature juridique en l'absence de définition légale de la technique.

⁸¹ *Contra*, v. L. GODON, *La société par actions simplifiée*, *op. cit.*, n° 585, considérant la délégation de pouvoirs comme une technique *institutionnelle* d'organisation du pouvoir social ; P. LE CANNU, « La délégation de pouvoirs dans la SAS (et au-delà) », note sous Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, 2 arrêts, *Rev. soc.* 2011.34, p. 38, n° 15 et s. et, du même auteur, « Les précisions apportées par le droit des procédures collectives au régime de la délégation de pouvoirs dans une société », *B.J.S.* 1997, n° 243, p. 628, n° 12 : l'auteur conçoit la délégation comme un acte unilatéral, ce qu'il sera possible de réfuter : *cf. infra*, n° 388 et s. ; H. MOUBSIT, thèse préc., spéc. pp. 311 et s. : l'auteur affirme que contrairement au mandat, qui intervient entre deux parties, le mécanisme de délégation revêt une structure tripartite, puisqu'aux côtés du délégataire, il convient de distinguer le sujet auteur de l'acte de délégation (l'organe délégant) du sujet bénéficiaire des actes conclus sur son fondement (la personne morale). Nous verrons toutefois que la délégation revêt également une structure bipartite dans la mesure où celle-ci est réputée avoir été consentie par la personne morale elle-même : *cf. infra*, n° 538 ; D. GIBIRILA, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 11 et 12 : pour cet auteur, les deux institutions se distinguent en raison du rapport hiérarchique dans lequel s'inscrit la délégation, et du transfert de pouvoirs qu'elle réalise, caractéristiques incompatibles avec le contrat de mandat. Sur ce premier volet, outre que la délégation ne s'inscrit pas forcément dans une relation hiérarchique, l'examen de la jurisprudence révèle que l'existence d'une telle relation n'est pas exclusive de la qualité de mandataire (*cf. infra*, n° 389, spéc. note 1149). Également, il sera possible de constater qu'aucun transfert de pouvoirs n'accompagne en réalité l'institution d'un délégataire (*cf. infra*, n° 526 et s.). V. égal. F. MARMOZ, thèse préc., n° 217 et s., spéc. n° 283 et s. ; F. DUQUESNE, *op. cit.*, n° 559 (au sujet des délégations fonctionnelles de gestion) ; A. CŒURET et F. DUQUESNE, « Les licenciements dans la Société par Actions Simplifiée [SAS] : fin d'une controverse et ébauche d'une théorie du pouvoir délégué », note sous Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, 2 arrêts, *Dr. soc.* 2011, p. 382, et, des mêmes auteurs, « La délégation du pouvoir de licencier : dernières avancées jurisprudentielles », *J.C.P. éd. E.* 2011, n° 20, pp. 41-49, et « Actualité de la délégation du pouvoir de licencier dans l'entreprise ou le groupe d'entreprises », *Dr. social* 2012, n° 1, p. 35 ; L. GODON, « Interrogations sur la représentation de la SAS », note sous Cass. soc., 23 nov. 2011, *Soc.*, 18 mai 2011, et *Com.*, 21 juin 2011, *Rev. soc.* 2012. 169, spéc. n° 8 ; V. THOMAS, « Qui peut déléguer ses pouvoirs dans la société ? », in *Colloque Dijon*, préc., n° 2 et s.

Pour une position plus nuancée, v. D. GALLOIS-COCHET, « Délégations de pouvoirs », note sous Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010 (2 arrêts), *Dr. soc.* n° 2, 2011, p. 23 ; F. MAURY, « La recherche de l'employeur : l'exemple de la délégation de pouvoir dans les SAS », note sous Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010 (2 arrêts), *Droit ouvrier* 2011, n° 756, pp. 459 et s. ; V. THOMAS, « La délégation de pouvoirs peut être permanente », note sous Cass. com., 17 janv. 2012, *Rev. soc.* 2012. 627, n° 3 et s. ; E. TERNYNCK, « Délégation de pouvoir consentie au salarié et contrat de mandat : quelle articulation dans le domaine des relations de travail », *Dr. ouvr.*, 2017, n° 822, pp. 43-48.

⁸² V. en particulier, N. FERRIER, thèse préc., n° 62-71, pp. 89-99, où l'auteur démontre la compatibilité de la structure, de l'objet et des effets du mandat et de la délégation de pouvoirs. Monsieur FERRIER admet toutefois que la délégation est un mandat particulier en raison des effets de droit pénal qu'elle est susceptible de produire. Réfutant leur incompatibilité avec la notion de mandat, l'auteur considère ces effets comme étant simplement inhabituels pour ce contrat (*cf. supra*, n° 244) ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit des affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, 22^{ème} éd., par M. GERMAIN et V. MAGNIER, L.G.D.J., 2017, n° 2234, p. 505, énonçant que « la pratique use plutôt du terme *délégation*. Mais celle-ci est juridiquement un mandat » ; S. ASENSIO, art. préc., p. 688, note 9, pour qui « la qualification de mandat [à l'égard de la délégation de pouvoirs] ne semble pas poser de difficultés particulières » ; S. FRANÇOIS, thèse préc., n° 113 et s. ; Y. GUYON, *Les sociétés : aménagements statutaires et conventions entre associés*, *op. cit.*, n° 279 ; G. DAUBLON, « La pérennité des procurations consenties par les représentants légaux d'une société », *Deffrénois*, 1981. 945, p. 950 ; B. MALLET-BRICOUT, thèse préc., spéc. n° 4 ; M.-Ch. MONSALLIER, thèse préc., n° 209 et s. ; G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. AMIEL-DONAT, L.G.D.J., t. 253, 1997, n° 57 et s. ; A. SERIAUX, *Les contrats civils*, *op. cit.*, n° 133 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 380, considérant que la

22. **Des notions juridiques à la familiarité trompeuse.** Inéluctablement, la différence entre le système dualiste germanique et le système moniste français engendre des divergences majeures dans l'appréhension des concepts de « mandat », de « procuration » ou de « représentation ». Ainsi le sens équivoque de la notion de procuration en droit français⁸³ ne permet-il pas de cerner la nature et le mécanisme de la prokura, qui repose sur l'institution de la *Vollmacht*, tandis que le contrat de mandat ne recouvre pas la même réalité juridique⁸⁴ dans le système français d'une part, et dans le système germanique d'autre part.

Il en résulte que certaines observations s'imposent en ce qui concerne la qualification du titulaire d'une prokura (« *Prokurist* » en allemand, et « *prokurent* » en polonais) et la qualification de ce pouvoir en tant que tel.

La notion de « *Prokurist* » a fait l'objet de multiples traductions dans la doctrine et les textes législatifs francophones. Ce représentant a pu être qualifié de mandataire

délégation de pouvoirs « renvoie à une forme particulière de mandat, moins volatile qu'un mandat ordinaire » ; A. TADROS, art. préc., n° 3, pour qui la délégation constitue un « mandat atypique » ; D. TRICOT, « La délégation de pouvoir est-elle soumise aux règles du mandat ? », in Colloque Dijon, préc., pp. 73-76 ; A. COURET et B. DONDERO, « La délégation du pouvoir de licencier dans une SAS, un mandat comme un autre ? », note sous Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010 (2 arrêts), J.C.P. éd. E. 2010. 2049, n° 14 et s. ; M. GERMAIN ET P.-L. PERIN, « Mandat social et délégation de pouvoirs dans les SAS », note préc., n° II, pt. 1, et des mêmes auteurs, « La Cour de cassation redonne sa cohérence à la pratique des délégations de pouvoir dans la SAS », note sous ch. mixte, 19 nov. 2010 (2 arrêts), *B.J.S.* 2010, n° 12, p. 981, affirmant que « la délégation est un mandat que donne la société à un tiers par l'intermédiaire de ses représentants légaux » ; F. COLLIN, J.-P. DOM et S. Le DAMANI, « Mise en place et suivi des délégations de pouvoirs au sein des sociétés et des groupes », *Actes prat. ing. sociétaire* 2005, n° 79, p. 7, pour qui « [l]a délégation de pouvoir se confond généralement avec le mandat » ; D. VIDAL, F. MASQUELLIER et N. SIMON De KERGUNIC, « La délégation de pouvoirs dans la société anonyme », *Droit des sociétés, Actes pratiques* 2000, n° 50, p. 18 : à propos de la délégation de pouvoirs, ces auteurs estiment qu'il convient de raisonner « par analogie avec le mandat » ; J.-F. BULLE, art. préc. ; J.-J. DAIGRE, note sous Cass. com., 14 févr. 1995, préc., p. 443 ; M.- J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI, « La déclaration des créances effectuée par un préposé du créancier », J.C.P. éd. E. 1993, p. 230 ; S. de VENDEUIL, « La cessation des fonctions d'un dirigeant met-elle fin aux délégations qu'il a données ? », J.C.P. éd. E. 1997, I, p. 248 ; G. AUZERO et N. FERRIER, « La délégation du pouvoir de licencier dans les SAS (et autres groupements personifiés) », *RJS* 2011, n° 2, p. 83 ; G. AUZERO, « L'exercice du pouvoir de licencier », *Droit ouvrier*, n° 3 mars 2010, pp. 289 et s. ; B. BOUBLI, « La délégation de pouvoir depuis la loi du 6 décembre 1976 », *Dr. social* n° 3, mars 1977, p. 82, n° 25. Dans ce sens également, depuis l'introduction en droit français de dispositions propres à la représentation, v. B. DONDERO, *Droit des sociétés, op. cit.*, n° 544, p. 328, pour qui, « si la société vient à être représentée par un mandataire conventionnel, ce sont les règles de cette représentation qui s'appliqueront, et donc le droit du mandat et de la délégation de pouvoirs » ; L. ROUGE-VIANCE, « Ratification d'un acte accompli en l'absence de délégation de pouvoir », note sous Cass. com., 17 janv. 2018, n° 16-22285, *Gaz. Pal.*, n° 23, p. 74, n° 1.

⁸³ Cf. *infra*, n° 625 et s., pour les différentes acceptations de la notion de procuration en droit français.

⁸⁴ Monsieur TERRE énonce ainsi qu'« il ne faut jamais perdre de vue que toute qualification contribue à traduire en terme de droit des données concrètes, dans le dessein de leur appliquer un régime juridique déterminé » : F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préface de R. Le BALLE, L.G.D.J., coll. Bibl. de droit privé, t. 2, 1957, n° 111.

commercial⁸⁵, fondé de procuration⁸⁶, fondé de procuration légale⁸⁷, fondé de procuration générale⁸⁸, procuriste⁸⁹ ou encore de fondé de pouvoir⁹⁰, certains auteurs combinant et assimilant ces différentes traductions⁹¹. La prokura a également pu être désignée comme un « mandat de représentation »⁹².

La notion de mandataire commercial – et de manière générale toute référence au contrat de mandat – doit pourtant être fermement écartée, dans la mesure où le législateur allemand a élaboré une théorie générale de la représentation en dehors de toute référence au mandat – et même, plus exactement, par opposition à ce contrat. La procuration désignant en droit allemand le pouvoir de représentation d'origine volontaire⁹³, la notion de fondé de procuration doit être employée pour désigner la personne disposant de cette catégorie de pouvoir⁹⁴. En ce sens, il s'agit d'une qualification générique qui englobe aussi

⁸⁵ Par ex. J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 140, p. 233 ; F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997, n° 839, p. 806.

⁸⁶ Cf. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, n° 512, p. 396 ; *ibid*, note 46 ; L. CREMIEUX, « De la gérance d'une entreprise commerciale », in M. E. THALER, *op. cit.*, p. 467-468. La notion de « fondé de procuration » correspond également à la traduction officielle en langue française du « Prokurist » au sein du Code des obligations suisse de 1911 : v. les articles 458 – 465 du Titre XVII CO. intitulé « Des fondés de procuration et autres mandataires commerciaux » en ligne sur : <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19110009/index.html> (version consolidée en date du 1^{er} mai 2021).

⁸⁷ Ph. DIDIER, « L'évolution de la représentation de la société depuis la loi de 1966 », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CORNAC (dir.), *op. cit.*, n° 6, p. 73.

⁸⁸ J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 8.

⁸⁹ M. FROMONT, *Droit allemand des affaires*, L.G.D.J., 2001, n° 373 et s., pp. 188 – 189 ; J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 8.

⁹⁰ Il s'agit de la notion utilisée dans la traduction française du premier Code général de commerce allemand (A.D.H.G.B.) : v. V. FOUCHER et L.-C.-J. TOLHAUSEN, *op. cit.*, le titre V au sein de Livre premier, intitulé « Des fondés de pouvoirs et des mandataires de Commerce ». M. DOUCET reprend cette notion dans la traduction du Code de commerce allemand de droit positif : M. DOUCET, *Code de commerce allemand et autrichien*, Paris : À. Pédone, 1949, p. 18, § 49 et s. Il s'agit également de la notion utilisée dans la traduction française du Code des sociétés commerciales polonaises : A. CHRABOŁOWSKI, *Kodeks spółek handlowych - Code des sociétés commerciales (wersja polsko - francuska)*, Zakamycze, 2005, p. 283, art. 371 § 4 et 5. On retrouve cette traduction dans la doctrine contemporaine : v. not. : M. FROMONT, A. RIEG (dir.), *Introduction au droit allemand*, t. III, Paris, éd. Cujas, 1991, p. 380 ; F. FERRAND, *Droit privé allemand*, *op. cit.*, n° 842, p. 810 ; M. LEHMANN, « L'exercice du pouvoir dans les sociétés en Allemagne » in *Le pouvoir dans les sociétés*, 1^{er} éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 286.

⁹¹ V. F. RIGAUX, thèse préc., qui désigne le « Prokurist » comme un fondé de procuration (v. p. 54), mais également, comme un fondé de pouvoir (v. p. 146), deux traductions que cet auteur assimile entièrement (v. p. 122).

⁹² F. FERRAND, *Droit privé allemand*, *op. cit.*, p. 806.

⁹³ Cf. *infra*, n° 551.

⁹⁴ V. en ce sens, au sein de la traduction la plus récente du B.G.B. en langue française, G. LARDEUX, R. LEGEAS, M. PEDAMON, Cf. WITZ, *Code civil allemand, Traduction commentée*, 1^{ère} éd., Juriscope, Dalloz, 2010, p. 60, § 174 et s. *Contra* : J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 33 et 33 ; M. FROMONT, A. RIEG (dir.), *Introduction au droit allemand*, *op. cit.*, p. 60, et L. CREMIEUX, « De la gérance d'une entreprise commerciale », in M. E. THALER, *op. cit.*, pp. 467-468, qui emploient la notion de « fondé de pouvoir » pour désigner la personne munie d'une procuration de droit commun.

bien le titulaire d'un pouvoir de représentation volontaire de droit commun que de droit spécial, comme c'est le cas d'une personne munie d'une prokura, que l'étude qualifiera de fondé de pouvoir⁹⁵. Conformément à cette classification, le fondé de pouvoir est un fondé de procuration⁹⁶.

23. **Délimitation du champ de l'étude.** Les champs de la délégation de pouvoirs et de la prokura ne se recouvrent que partiellement. De plus, chacune de ces techniques repose sur une institution distincte. Or, comme l'énonçait dûment LAURNAUDE au début du siècle dernier – en exposant une analyse critique de la discipline comparatiste⁹⁷, alors en plein essor – « [il] faut accepter cette règle de bon sens, qu'il ne faut comparer que des choses comparables, qu'on ne peut additionner que des valeurs de même nature »⁹⁸. Le champ de cette étude aurait pu, dès lors, être restreint à l'analyse de l'objet commun à la délégation et à la prokura, à savoir la représentation de la société à l'égard des tiers par des personnes extérieures à l'organe directorial.

Une telle démarche aurait néanmoins impliqué d'appréhender le pouvoir de représentation du délégataire de façon autonome, et donc indépendamment de ses rapports avec la personne morale dans l'ordre interne. Or, *de lege lata*, en droit français, ces derniers sont réputés émaner d'un rapport de droit unique (de l'institution de la délégation, que la doctrine rattache, suivant les auteurs, au contrat de mandat, à un genre particulier de mandat⁹⁹, ou à la catégorie des conventions *sui generis*). En d'autres termes, cette analyse se serait fondée sur une séparation de ce que le droit français répute indivisible, en application de la théorie moniste.

24. Cet obstacle est toutefois levé si l'on choisit d'analyser l'institution de la délégation de pouvoirs sous le prisme de la conception dualiste du mandat, dont la théorie de la prokura constitue une ramification.

⁹⁵ En ce sens, v. la doctrine citée *supra*, n° 90.

⁹⁶ M. KĘPIŃSKI, A. KOCH, M. MATACZYŃSKI, *op. cit.*, p. 154 ; L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 28.

⁹⁷ L'auteur met en garde sur ce que, « suivant que cette fonction [méthode comparatiste] est bien ou mal remplie (...) le droit comparé produira de bons ou de mauvais effets dans l'ordre législatif ou dans celui de l'interprétation » : F. LARNAUDE, « Droit comparé et droit public », *Revue du droit public et de la science politique*, vol. 17, 1902, p. 7.

⁹⁸ F. LARNAUDE, *ibid.*, p. 11.

⁹⁹ Cf. la littérature citée *supra*, note 82.

25. En vérité, une telle analyse paraît même devoir s'imposer, et ce pour plusieurs raisons fondamentales. La première tient à l'introduction récente en droit français de dispositions générales dédiées au pouvoir de représentation qui pourraient remettre en cause la portée de la théorie moniste dans notre législation interne. En tout état de cause, il conviendra de déterminer dans quelle mesure la nouvelle réglementation s'applique à la technique de la délégation de pouvoirs : s'il y a bien un élément sur lequel les auteurs se rejoignent, c'est que ce mécanisme vise au moins en partie le pouvoir de représenter le groupement, autrement dit, de conclure des actes juridiques en son nom.

26. La présente étude permettra ensuite de mettre en évidence le fait que la théorie moniste n'est en réalité pas adaptée au fonctionnement des sociétés, en raison de la dualité d'ordres inhérente au groupement personnifié. La notion de délégataire n'est d'ailleurs pas univoque en jurisprudence : ce dernier est tantôt celui qui « *a le pouvoir d'effectuer un acte déterminé* », tantôt la personne « *pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires* » pour exercer une fonction directoriale en lieu et place du chef d'entreprise, tantôt celui qu'il « *est possible d'assimiler au chef d'entreprise* ».

Le paysage éclaté de la délégation de pouvoirs en droit français et l'absence de consensus patent tenant à sa nature juridique et à ses conditions de mise en œuvre procède en réalité de l'analyse de cette institution sous le prisme de la théorie moniste, et donc du postulat qu'elle forme un mécanisme juridique unique. En effet, cette analyse oblitère sa variété d'objets et d'effets ; également, les enjeux que suscitent sa mise en œuvre dans chacune des deux sphères sociale – interne et externe – ne sont pas les mêmes.

Toute tentative de systématisation du régime de la délégation¹⁰⁰ à l'aune de la théorie moniste est pour ces différentes raisons vouée à l'échec : ceci concerne des questions aussi fondamentales que son caractère unilatéral ou conventionnel, son effet ou absence d'effet translatif (de pouvoirs et/ou de responsabilités), son étendue, son caractère conjoint ou individuel ou encore sa soumission à des formalités de publicité.

27. Enfin, la théorie germanique dualiste a déjà trouvé un écho au sein de la doctrine française à propos du mandat de droit commun. Plusieurs auteurs voient en effet dans ce

¹⁰⁰ Entreprise fréquemment rencontrée en doctrine : v. par ex., M. ANDRE, Rapp. sous Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010 : *Bull. inf. Cass.* 15 janv. 2011, disponible en ligne : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/andre_conseiller_18631.html ; S. HENRION, « Déléguer le pouvoir de l'employeur », J.C.P. éd. S., n° 24, 2016 ; A. BAREGE, note sous Cass. soc., 30 juin 2015, J.C.P. éd. S. 2015, 1385 ; A. CŒURET et F. DUQUESNE, « La délégation de pouvoir de licencier : dernières avancées jurisprudentielles » J.C.P. éd. E. 2011, 1397.

contrat « *l'agrégat de deux actes juridiques* »¹⁰¹, le premier déterminant la mission du mandataire et les obligations respectives des parties, le second l'habilitant à accomplir des actes juridiques auprès des tiers au nom du constituant¹⁰².

L'analyse de la délégation de pouvoirs sous le prisme de la théorie dualiste se situe donc dans le prolongement de ce courant doctrinal : elle en transpose les postulats en droit des sociétés.

28. La comparaison de la délégation de pouvoirs et de la prokura en tant que techniques de représentation de l'entreprise. L'analyse de la technique de délégation de pouvoirs sous le prisme de la théorie dualiste conduira à la scinder en deux mécanismes distincts, l'un intéressant l'exercice d'une fonction interne dans l'entreprise (et donc les relations mutuelles entre le délégataire et le constituant), et le second le pouvoir de représentation (c'est-à-dire les liens de la société avec les tiers du fait de la conclusion d'actes juridiques en son nom par le délégataire).

À l'aune de cette distinction, il devient possible de comparer la « facette externe » de la délégation – c'est-à-dire ce second versant – avec le mécanisme de la prokura proprement dit.

29. Les deux reproches les plus fréquemment formulés à l'encontre de la technique de la délégation dans les rapports externes résident dans son imprévisibilité (du fait de ses contours malléables et opposables aux tiers) et son caractère opaque (du fait de son caractère informel).

Ce sont précisément ces deux thématiques – l'étendue du pouvoir de représentation ainsi que sa publicité au nom de la transparence et de la sécurité des transactions – qui ont occupé les rédacteurs de l'A.D.H.G.B. dans l'élaboration du régime de la prokura. Historiquement, la prokura est née en réaction aux lacunes des règles civiles¹⁰³, impropres à réaliser les impératifs de sécurité et de rapidité des transactions que requière l'activité commerciale¹⁰⁴. Le besoin de sécurité y est plus pressant qu'en matière civile. Ces considérations ont justifié l'introduction d'une procuration « illimitée » (à l'étendue

¹⁰¹ J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 118, p. 207.

¹⁰² Cf. *infra*, n° 170 et s.

¹⁰³ Jusqu'à l'entrée en vigueur du Code de commerce pangermanique en 1861, les professionnels du commerce des différents Etats de l'Empire germanique disposaient des différentes procurations civiles connues aujourd'hui : la procuration générale, spéciale et celle pour l'accomplissement d'un acte particulier.

¹⁰⁴ K. GRZEGORZ, *op. cit.*, I, pt. 1.2. V. égal. J. GRYKIEL, *Powstanie prokury, op. cit.*, pp. 12 et s.; M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 25.

comparable à celle des pouvoirs externes du dirigeant social)¹⁰⁵ et « formelle » (soumise à des formalités de publicité)¹⁰⁶.

Au nom des impératifs propres au droit commercial, le régime de la prokura déroge au droit commun de la représentation tant en ce qui concerne ses conditions de fond que ses conditions de forme. Au contraire, sauf exception¹⁰⁷, le régime de la délégation de pouvoirs dans l'ordre externe obéit aux règles de la représentation conventionnelle de droit commun¹⁰⁸.

La confrontation des deux institutions permettra de mettre en relief les limites de la délégation en tant que technique conventionnelle d'aménagement de la représentation de la société par rapport à son homologue dans le système germanique. Elle fournira également une nouvelle perspective sur les critiques dont elle fait l'objet : son caractère opaque et imprévisible.

30. Ces considérations conduiront nécessairement à s'interroger sur l'opportunité qu'il y aurait à institutionaliser la « facette externe » de la délégation sur le modèle du mécanisme de la prokura. Sur ce point, on remarquera que la construction du mécanisme de représentation propre à chaque droit avait conduit un auteur du début du siècle dernier à conclure à l'impossible transposition de la prokura en droit français.

¹⁰⁵ Cf. *infra*, n° 307.

¹⁰⁶ Cf. *infra*, n° 446.

¹⁰⁷ Cf. *infra*, n° 535, sur le maintien de la délégation en cas de cessation des fonctions du délégant, par dérogation au droit commun du mandat.

¹⁰⁸ Cf. *infra*, n° 642 et s.

31. **La thèse de Jean-Louis BRAEGGER : l'impossibilité de transposer en droit français la prokura allemande.** Au début du XX^{ème} siècle, les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, au sein desquels s'appliquait le droit allemand¹⁰⁹, se voient soumis au droit français par une loi du 1^{er} juin 1924¹¹⁰, à la suite du rattachement de ces territoires à la France. À la demande des autorités commerciales des départements recouvrés, certaines institutions du droit local, considérées « *en progrès sur la législation française* »¹¹¹, dont la prokura¹¹², sont toutefois maintenues en vigueur.

La prokura est alors perçue comme l'une des institutions à la base du droit commercial¹¹³. Dans ce contexte, Jean-Louis BRAEGGER, un auteur alsacien du début du siècle dernier, s'est attaché à analyser en profondeur le droit commun français de la représentation afin de déterminer si la technique de la prokura, dont il prônait les avantages, était ou non transposable dans le système juridique français. Sa réponse fut négative. Dans sa thèse publiée en 1922¹¹⁴, Louis BRAEGGER soutient qu'en raison de l'indivisibilité des rapports interne et externe qui caractérisent le droit commun de la représentation en France, la prokura ne peut être transposée dans la nouvelle législation.

Cette technique tombera finalement en désuétude du fait de son incompatibilité avec la législation française applicable à l'ensemble des sociétés ayant leur siège social en Alsace-Moselle en application d'une ordonnance du 2 novembre 1945¹¹⁵.

32. Les obstacles sur lesquels s'appuie Jean-Louis BRAEGGER pour conclure à la non-transposabilité de la prokura en droit français – et plus fondamentalement, pour s'inspirer de son régime – sont toutefois levés si l'institution qui lui sert en partie d'homologue en droit français est appréhendée conformément à la construction juridique qui sous-tend la prokura, soit la théorie dualiste. Il est d'ailleurs notable que la construction prétorienne de la délégation de pouvoirs en droit français¹¹⁶ ait précisément consisté dans la mise à l'écart de certaines règles de droit commun, démarche qui fait directement écho à la mise à l'écart des règles de droit commun de la procuration opérée par le législateur allemand dans la construction du régime juridique de la prokura. Certaines solutions spécifiques retenues en matière de délégation en droit français rejoignent donc déjà les solutions législatives applicables à la prokura. Ainsi est-ce le cas, par exemple, de l'indifférence de la cessation des fonctions de l'organe constituant pour le maintien de la délégation (solution jurisprudentielle dérogatoire au droit commun du mandat en France) et de la prokura (disposition légale en Allemagne et en Pologne)¹¹⁷.

33. Dans la présente étude, la démarche comparatiste a pour objet d'analyser les solutions retenues dans les législations étrangères afin de soumettre à « *un nouvel et (...) meilleur éclairage les questions qui se posent dans notre propre droit national* »¹¹⁸. La théorie dualiste, sur laquelle repose le mécanisme de la *prokura*, s'est révélée constituer une piste d'analyse plus que pertinente dans les réflexions jusqu'à lors inépuisés sur la nature et le régime de l'institution de la délégation de pouvoirs. La rupture avec l'analyse moniste de ce mécanisme (**2^{nde} Partie**) est légitimée par les nombreuses incohérences pratiques et théoriques de la théorie moniste, dont il sera possible de se convaincre à travers la mise à l'épreuve de cette théorie (**1^{ère} Partie**).

¹⁰⁹ Dans les départements du Haut-Rhin, Bas-Rhin et de la Moselle, le Code de commerce local devient, par une loi du 19 juin 1872, le Code de commerce allemand de 1861.

¹¹⁰ Loi du 1^{er} juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle (JO n° 0151 du 3 juin 1924, p. 5026).

¹¹¹ J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 8, citant MM. G. BOUCART et J. PERCEROU, « L'introduction en Alsace-Lorraine des lois commerciales françaises », in *Annales de droit commercial*, t. 29, 1920, p. 20 et s.

¹¹² L'article 5 de la loi du 1^{er} juin 1924 dispose que « [l]a législation locale en matière commerciale est abrogée, sauf les dispositions suivantes qui continuent à être appliquées dans leur teneur au moment de la mise en vigueur de la présente loi : les articles 48 à 53 du Code de commerce allemand [articles 48 à 53 du Code de commerce local] sur la *procuracion générale (procura)*, mais seulement en ce qui concerne les commerçants ainsi que les sociétés commerciales qui restent soumises à la loi locale et dans les conditions prévues par cette loi ».

¹¹³ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 7.

¹¹⁴ J.-L. BRAEGGER, thèse préc.

¹¹⁵ L'article 1^{er} de l'ordonnance n 45-2598 du 2 novembre 1945 concernant les dispositions relatives aux sociétés commerciales et au registre du commerce applicables dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, prévoit qu'à « *partir du 1^{er} janvier 1945 au plus tard, toutes les sociétés commerciales ayant leur siège dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle seront régies par la loi française* ».

¹¹⁶ Au cours des travaux parlementaires relatifs au projet de loi sur la prévention des accidents du travail (L. n° 76-1106, 6 déc. 1976), la Commission des lois de l'Assemblée nationale a écarté plusieurs amendements qui tendaient à insérer la délégation dans un cadre formaliste. Elle a fait alors valoir que l'appréciation de la réalité de la délégation devait être laissée au juge au vu des circonstances. L'on craignait, c'était clair, que les véritables responsables s'imaginent pouvoir se mettre à l'abri par une délégation de pouvoirs purement formelle.

¹¹⁷ *Cf. infra*, n° 535 et 536 .

¹¹⁸ R. DAVID, « Cause et considération », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Dalloz, 1960, p. 113.

Première Partie – La mise à l'épreuve de la théorie moniste du mandat en droit français

34. Dans le modèle germanique, l'association d'un tiers à l'exercice du pouvoir directorial repose sur deux mécanismes juridiquement autonomes : l'un encadrant les conditions d'exercice de ce pouvoir dans la sphère sociale interne, et le second dans la sphère sociale externe. L'institution germanique de la *prokura* est fondée sur cette césure. En effet, si le fondé de pouvoir bénéficie vis-à-vis des tiers de pouvoirs pratiquement aussi étendus que ceux attribués aux dirigeants au titre de leur mandat social¹¹⁹, cette institution de droit commercial ne confère, en elle-même, aucun pouvoir de gestion dans la sphère sociale interne¹²⁰.

Au contraire – et en dépit des controverses intéressant la nature et le régime juridique de la délégation de pouvoirs en France –, la doctrine s'accorde de manière quasi unanime pour considérer que cette institution constitue un mécanisme unique (et plus spécifiquement, suivant les auteurs, qu'il s'agit soit d'un contrat de mandat, soit d'un genre particulier de mandat¹²¹, soit d'une institution *sui generis*) qui embrasse l'ensemble des facettes du pouvoir directorial. Ainsi, d'après les définitions doctrinales de cette technique, elle habilite une personne à exercer *le pouvoir de direction* au nom et pour le compte d'un entrepreneur¹²². Autrement dit, la construction et l'analyse de la délégation de pouvoirs imitent *de lege lata* la théorie moniste du contrat de mandat propre au droit français (**Titre I**).

35. Cette théorie, qui prétend réduire à un support juridique unique les rapports interne et externe (entre l'intermédiaire et le maître de l'affaire d'une part, et entre ce dernier et les tiers d'autre part) se révèle pourtant inadaptée au droit des sociétés. Les failles de cette théorie en droit commun – déjà dénoncées en doctrine¹²³ – s'accusent avec d'autant plus de force en droit des sociétés, en raison de la dualité d'ordres et de vies sociales inhérente au groupement personnifié.

¹¹⁹ Cf. *infra*, n° 307.

¹²⁰ Cf. *infra*, n° 302 et 303.

¹²¹ Cf. *supra*, n° 21, et la littérature citée, note 82.

¹²² Cf. *infra*, n° 232.

¹²³ Cf. *infra*, n° 170 et s.

En réalité, les maintes controverses suscitées par la délégation de pouvoirs au sein de la doctrine française résultent précisément de l'analyse de cette technique sous le prisme de la théorie moniste. Les incohérences de cette théorie en droit des sociétés sont tant pratiques que théoriques. Sous le premier angle, la démarche visant à concilier et systématiser ses conditions de mise en œuvre – telles qu'établies par les différentes chambres de la Cour de cassation – se heurte à la disparité d'enjeux que son recours suscite dans chacune des deux sphères sociales et conduit inévitablement à un paysage éclaté de cette institution.

L'analyse empirique de cette technique révèle plus fondamentalement que, dans la sphère sociale interne, l'institution de la délégation de *pouvoir(s)* ne porte pas exclusivement – ainsi que le sous-tend sa dénomination jurisprudentielle et doctrinale, voire législative, dans les rares textes qui s'y réfèrent¹²⁴ – sur l'exercice de prérogatives juridiques, mais également sur une *fonction*. Or, ces deux notions – pouvoir(s) et fonction – renvoient en vérité chacune à deux catégories juridiques distinctes, de sorte que la théorie moniste – qui seule justifie l'appréhension de la délégation en tant que mécanisme unique – doit être définitivement rejetée (**Titre II**).

¹²⁴ V. dans le Code du travail, l'art. L. 1253-15 (« *Un salarié mis à disposition par un groupement d'employeurs peut bénéficier d'une délégation de pouvoir du chef d'entreprise de l'entreprise utilisatrice dans les mêmes conditions qu'un salarié de cette entreprise.* ») ; l'art. R. 2152-1 (« *l'adhésion d'une entreprise peut être effectuée par l'intermédiaire de ses établissements, dès lors que le chef d'établissement dispose d'une délégation de pouvoir du chef d'entreprise permettant notamment l'adhésion à une organisation professionnelle d'employeurs (...)* ». Dans le Code de commerce, v. l'art. R. 225-28, aux termes duquel « [l]e conseil d'administration peut, dans la limite d'un montant total qu'il fixe, autoriser le directeur général à donner des cautions, avals ou garanties au nom de la société (...). Le directeur général peut déléguer le pouvoir qu'il a reçu en application des alinéas précédents ». Dans le Code de procédure pénale, v. l'art. 706-43, al. 2 (« *La personne morale peut également être représentée par toute personne bénéficiant, conformément à la loi ou à ses statuts, d'une délégation de pouvoir à cet effet.* »).

TITRE I – LA CONCEPTION UNITAIRE DE LA DELEGATION DE POUVOIRS EN FRANCE : UN HERITAGE DE LA THEORIE MONISTE

36. La « théorie moniste du mandat »¹²⁵ ou le principe « [d’indivisibilité] des rapports internes et externes »¹²⁶. Dans la conception dite moniste du mandat, propre au droit français, la représentation – strictement entendue comme le pouvoir d’agir *au nom* d’autrui – d’origine volontaire, est juridiquement liée au contrat de mandat¹²⁷, le droit français ne reconnaissant pas, du moins formellement, le principe de dissociation (*Trennungsprinzip*) des rapports interne et externe (entre l’intermédiaire et le maître de l’affaire d’une part, et entre ce dernier et les tiers d’autre part). Autrement dit, le mécanisme de représentation n’a pas d’existence juridique propre, autonome de celle du mandat,¹²⁸ car la théorie moniste postule l’indivisibilité de ces deux catégories de rapports.

¹²⁵ V., en doctrine française, les auteurs cités *supra*, note 73. Cette conception est également qualifiée en France de « théorie de la représentation-mandat » : F. RIGAUX, thèse préc., p. 56. Elle correspond, en doctrines polonaise et allemande, à la théorie moniste de la procuration. C’est ce qu’expriment en Pologne les notions de « *pełnomocnictwo zespolone [ze stosunkiem podstawowym]* » et de « *pełnomocnictwo powiązane [ze stosunkiem podstawowym]* », qui signifient littéralement, en polonais, « procuration combinée [avec le rapport interne] », pour le premier, et « procuration liée [au rapport interne] », pour le second : J. PAZDAN, *Pełnomocnictwo w prawie prywatnym międzynarodowym*, *op. cit.*, pt. 6 et I, § 1. Dans le même sens, en droit allemand, la notion de « *Bevollmächtigungsvertrag* » se traduit, littéralement, par celle de « procuration conventionnelle », la *Bevollmächtigung* désignant *in extenso* la procuration, et le *Vertrag*, le contrat. Un autre terme est employé en allemand pour désigner l’assimilation juridique entre le mandat et la représentation, le « *Verbindungsprinzip* », soit littéralement, le principe de connexion (entre ces deux mécanismes), qui œuvre en droit allemand jusqu’à la moitié du XIX^{ème} siècle : *cf. infra*, n° 490.

¹²⁶ Ph. DIDIER, « L’avenir des pouvoirs du président de la S.A.S. après la loi N.R.E », art. préc., spéc. n° 6.

¹²⁷ Trois modèles de procurations (pouvoirs de représentation) sont distingués en doctrine : F. RIGAUX, thèse préc., pp. 41-42 ; A. TOMASI, « Les conflits de lois en matière de représentation conventionnelle et l’opportunité d’une convention internationale », *Rev. critique DIP*, 1958, pp. 651 et s., spéc. p. 657. En doctrine polonaise, v. J. PAZDAN, *Pełnomocnictwo w prawie prywatnym międzynarodowym*, *op. cit.*, pt. 6 et, en doctrine allemande : J. RUTHIG, *Vollmacht und Rechtsschein im IPR*, Heidelberg, 1996, pp. 6, 81 et s. Le premier correspond à la « procuration abstraite » (*pełnomocnictwo abstrakcyjne* (pl.)) qui fonctionne en Pologne, en Allemagne, mais également en Suisse et dans les pays scandinaves : J. PAZDAN, *ibid.*, et *infra*, n° 577 et s., pour l’analyse du principe d’abstraction appliqué à la procuration de droit commun, et n° 607 et s., pour l’analyse du principe d’abstraction appliqué à la prokura. Le second correspond à la théorie moniste du mandat ou de la procuration, et fonctionne en France, en Espagne, en Argentine, au Brésil, au Chili : *ibid.* Le dernier modèle est celui de l’*agency* qui fonctionne dans les pays de common law : *ibid.*

¹²⁸ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*. t. I. *Sources des obligations*, Paris 1923, p. 181, n° 93 ; F. RIGAUX, thèse préc., p. 41 ; R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de mandat*, in *Œuvres de Pothier contenant les traités du droit français*, nouv. éd., M. Dupin, t. 4, Paris : Béchét aîné, 1824-1825, n° 10 et 87, disponible en ligne : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k64872467> .

37. Cette conception, qui découle de l'incorporation historique du mécanisme de représentation dans le contrat de mandat en droit français (**1^{er} Chapitre**), a directement influé sur le droit des sociétés et l'analyse du mécanisme de la délégation de pouvoirs. Cette institution est en effet majoritairement perçue comme étant un mécanisme unique qui intéresse tant les fonctions exercées par le délégataire dans la sphère sociale interne que son habilitation à traiter avec les tiers dans l'ordre externe (**Chapitre II**).

CHAPITRE I – L’INCORPORATION HISTORIQUE DU MECANISME DE REPRESENTATION DANS LE CONTRAT DE MANDAT

38. La conception moniste du contrat de mandat en droit français tient d’abord à l’absence traditionnelle de dispositions dédiées à la représentation dans le Code civil. Ce n’est que récemment que ce que l’on peut considérer comme un vide juridique a été comblé par la réforme du droit des contrats intervenue en 2016, qui introduit un paragraphe dédié à ce mécanisme¹²⁹. Par ailleurs, les règles du contrat de mandat issues du Code napoléon – à ce jour inchangées¹³⁰ – contiennent à la fois des dispositions ayant trait au rapport interne¹³¹, entre le mandant et le mandataire, et des dispositions relatives au lien externe¹³², correspondant au lien juridique formé entre le mandant et le tiers.

39. Analysant les dispositions relatives au mandat issues du Code napoléon, la doctrine observe, au sein de ce contrat, l’existence d’« *un seul rapport de droit ayant deux côtés entièrement différents* »¹³³. Partant, la théorie moniste doit son appellation aux « *deux faces* »¹³⁴ attribuées à ce contrat, l’une interne, « *qui désigne le rapport entre le mandant et le mandataire et qui existe toujours* », et l’autre externe, « *qui désigne le rapport du mandant et du mandataire à l’égard du tiers et qui peut faire défaut*¹³⁵ »¹³⁶. En définitive, comme l’a résumé PLANIOL, « *ce que nous appelons mandat est une convention double : il y a à la fois concession du pouvoir de représentation conféré au mandataire par le*

¹²⁹ V. au sein du Titre III, dorénavant intitulé « Des sources d’obligations », du Livre III du Code civil, les nouveaux articles 1153 à 1161, au paragraphe 2 relatif à la « Représentation », intégrés dans une Sous-section II portant sur « La capacité et la représentation », de la Section II sur « La validité du contrat », contenus dans un Chapitre II, relatif à la formation du contrat, au sein du Sous-titre I, dédié au contrat.

¹³⁰ Cf. *infra*, n° 167 et s., sur la réglementation *de lege feranda* du contrat de mandat proposée dans l’avant-projet de droit des contrats spéciaux.

¹³¹ Cf. *infra*, n° 165.

¹³² Cf. *infra*, n° 166.

¹³³ J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 16. V. égal. A. GILSON-MAES, thèse préc., n° 149, p. 91, qui constate une « *concomitance du lien interne et du lien externe* » en droit français.

¹³⁴ J.-L. BRAEGGER, *ibid.*

¹³⁵ L’auteur fait référence aux mandats non représentatifs. Sur la distinction entre le « mandat représentatif » et le « mandat sans représentation », v. *infra*, n° 159 à 161.

¹³⁶ J.-L. BRAEGGER, *loc. cit.*

*mandant*¹³⁷ [la facette externe du mandat], *et promesse d'un service à rendre* [la facette interne du mandat] »¹³⁸.

La théorie dualiste¹³⁹ façonnée par la doctrine germanique, qui succède dans le temps à la théorie moniste, dissocie quant à elle ces deux mécanismes, chacun correspondant à un rapport juridique distinct : externe pour la représentation¹⁴⁰, et interne pour le mandat¹⁴¹.

40. La théorie moniste portée par le modèle français repose donc, d'une part, sur une conception duale du contrat de mandat¹⁴², qui revêt deux facettes – interne et externe – et, d'autre part, sur l'unité juridique qui les rattache (monisme). La théorie moniste engendre en même temps une hiérarchie entre le mandat et la représentation. Ces deux techniques ne sont pas sur un pied d'égalité, contrairement au modèle germanique où elles forment, chacune, deux institutions à part entière. De ces deux mécanismes en droit français, c'est le premier (mandat) qui sert d'assise à l'existence du second (représentation), et qui en commande le régime.

41. L'« *absorption* »¹⁴³ du mécanisme de représentation par le contrat de mandat en droit français s'explique par la construction historique de la technique de la représentation. Contrairement au droit allemand, qui détacha finalement la représentation de tout support juridique de nature contractuelle, le mandat sert de terreau dans la construction du régime de la représentation en droit français.

42. L'apanage de la représentation par le contrat de mandat en droit français fut tel que le mandat déborda le cadre contractuel dans lequel il prend en principe naissance. À son apogée, la théorie moniste lie ainsi le pouvoir de représentation – indépendamment de sa

¹³⁷ Par cette formule, l'auteur entend que le mandat peut conférer un pouvoir de représentation au mandataire. PLANIOL refuse, en effet, d'ériger la représentation en critère distinctif du contrat de mandat, « *l'emploi du procédé représentatif pouvant bien servir à distinguer deux variétés de mandats, mais ne devant pas figurer dans une définition générique du contrat.* » : *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 11^{ème} éd., Paris : L.G.D.J., 1931, n° 2231, pp. 785-786.

¹³⁸ M. PLANIOL, « La transformation du mandat depuis le droit romain », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1893, pp. 197 et s.

¹³⁹ Sur cette théorie, v. *infra*, n° 476 et 477.

¹⁴⁰ Sur les contours du rapport externe, v. *infra*, n° 545.

¹⁴¹ Sur les contours du rapport interne, v. *infra*, n° 497.

¹⁴² A. GILSON-MAES, thèse préc., n° 149.

¹⁴³ Ph. DIDIER, thèse préc., n° 61, p. 40.

source légale, judiciaire ou conventionnelle – au contrat de mandat, en raison du cadre conventionnel dans lequel il est apparu (sur le terrain de la procuration aux causes et aux négoce)¹⁴⁴. En témoignent les concepts de mandataire judiciaire et de mandataire légal¹⁴⁵, apparus au fil du temps en doctrine et dans les textes, pour désigner les personnes habilitées à agir au nom d'autrui en dehors de tout contrat, soit que leur pouvoir de représentation procède d'un acte judiciaire pour le premier¹⁴⁶, soit qu'il procède de la loi pour le second¹⁴⁷. Cette terminologie ne manqua pas de susciter de vives critiques au sein de la doctrine, qui décela dans ces expressions un « *abus de langage, car, à proprement parler, il n'y a de mandat que conventionnel* »¹⁴⁸.

L'apparition des notions de mandataire judiciaire et de mandataire légal dans la pratique et dans les textes résulte donc directement de la conception moniste du mandat. Le principe d'indivisibilité du rapport externe (donc de la représentation directe) par rapport au rapport interne a en effet pour corolaire (même symbolique) le rattachement méthodique du mécanisme de représentation au contrat de mandat.

43. L'attribution systématique d'un effet externe au contrat de mandat, en rupture avec les caractéristiques de ce contrat en principe héritées du droit romain, ne s'est concrétisée, en France, qu'au XIX^{ème} siècle¹⁴⁹. Il s'agirait en réalité « *d'une coïncidence*¹⁵⁰, et même

¹⁴⁴ Cf. *infra*, n° 95.

¹⁴⁵ V. not. A. BENABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 635, p. 416, qui affirme qu'« *il est des cas où la loi ou le juge désigne un mandataire chargé d'agir pour autrui, de façon qui peut être permanente, (...) ou de façon ponctuelle* » ; G. GIL, *Le mandataire de justice*, sous la dir. de J. MESTRE, thèse Aix-Marseille, 2002 ; E. GAILLARD, « La représentation et ses idéologies en droit privé français », *Rev. Droits* n° 6, 1987, p. 91, spéc. pp. 93 et s.

¹⁴⁶ En droit des sociétés, les acteurs sociaux institués par une décision de justice sont désignés comme des mandataires par les textes : v. par ex. l'art. L. 811-1 du Code de commerce, au sujet des administrateurs provisoires, et son article L. 812-1, al. 1, en ce qui concerne les organes des procédures collectives. En droit des personnes, la fonction de mandataire judiciaire à la protection des majeurs (MJPM) (art. 415 et s. du Code civil) a été instituée par la loi n° 2007-308, du 5 mars 2007, portant réforme de la protection juridique des majeurs.

¹⁴⁷ V. par ex. les art. 382 et s. C. civ., organisant l'administration légale des biens de l'enfant mineur par ses parents.

¹⁴⁸ H. MOUBSIT, thèse préc., pp. 316-317.

¹⁴⁹ Ph. DIDIER, thèse préc., n° 60, p. 40.

¹⁵⁰ Ou d'un « *accident* » : M.-L. IZORCHE, art. préc. ; Ph. DIDIER, thèse préc., n° 61 et s.

d'une confusion, du mandat avec la représentation, qu'a favorisé le fait que le Code civil ne contient pas de dispositions générales sur la représentation »¹⁵¹.

La confusion relevée se révélera être, plus spécifiquement, celle opérée entre la charge ou *mission* d'agir au nom d'autrui d'une part, et le *pouvoir* de la mettre en œuvre, d'autre part. L'irréductible individualité du premier élément est mise en évidence dans le modèle germanique, au sein duquel ce contrat est demeuré un contrat aux effets de nature purement interne, dans la continuité de ses critères édictés sous le droit romain (**Section 1**).

L'amphibologie dénoncée, il sera possible de mesurer la portée exacte de l'affranchissement du droit français par rapport aux critères du mandat hérités du droit romain au regard tant des règles en vigueur que de la réglementation projetée à l'aune de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux¹⁵². En dépit de leur lien causal incontestable et de la lettre même des textes, il s'avère en définitive que ces deux éléments – mission et pouvoir – renvoient chacun à deux rapports juridiques distincts, dichotomie qu'il n'est plus possible de nier au vu de l'introduction en droit français de dispositions propres au *pouvoir* de représentation (**Section 2**).

Section 1 / Le contrat de mandat : un héritage du droit romain, commun aux droits romano-germaniques

44. Une étude approfondie du mandat en droit romain et de son évolution en droit français dépasse le champ d'analyse de notre étude. À cet égard, nous renvoyons aux nombreux ouvrages dédiés aux origines de ce contrat et à son adaptation en droit français¹⁵³. Notre objectif est de revenir sur les traits essentiels du mandat façonné à l'époque romaine (**sous-section 1**), afin de mettre en perspective l'évolution respective de ce contrat dans les différents droits objets de cette étude. Nous verrons que le système

¹⁵¹ C. AUBRY et C.-F. RAU, *Droit civil français*, t. VI, *Contrats civils divers, quasi-contrats, responsabilité civile*, Librairies techniques, 7^{ème} éd. par P. ESMEIN P. et A. PONSARD, 1975, § 410, n° 164, p. 236.

¹⁵² ASSOCIATION HENRI CAPITANT, Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux du 26 juin 2017, disponible en ligne : <http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/contrats-spe-def-2020.pdf> .

¹⁵³ V. not. C. DIGNAC, *Du mandat en droit romain et en droit civil français*, thèse Bordeaux, 1875 ; C. JONESCO, *Du mandat en droit romain et en droit français*, thèse Paris, 1878 ; M. PLANIOL, « La transformation du mandat depuis le droit romain », art. préc. ; C. GIVERDON, thèse préc. ; F. CAGNINACCI, *Le mandat dans la doctrine de l'Ancien régime, XIIIe-XVIIIe siècles*, Nancy : Société d'impr. Typo, 1962.

germanique est demeuré, dans une large mesure, fidèle aux caractéristiques romaines du mandat (**sous-section 2**). Cette analyse historique et comparée du contenu du mandat permettra de rendre compte de l'individualité de la *mission* ou charge assignée au mandataire par rapport aux moyens juridiques permettant sa mise en œuvre : c'est ce premier élément qui, dans la continuité du droit romain, forme le cœur de ce contrat dans le modèle germanique.

Sous-section 1 – Les caractéristiques du contrat de mandat en droit romain

45. L'objet du mandat en droit romain : missionner autrui dans l'accomplissement d'une affaire au titre d'un service d'amitié. Étymologiquement, le terme « mandat » est issu du latin *mandatum*, lui-même dérivé du verbe *mandare* (emprunté des mots *manus*, la main, et *dare*, donner)¹⁵⁴. De manière générale¹⁵⁵, ce contrat confère à une personne la charge de faire « quelque chose »¹⁵⁶. Le contrat de mandat en droit romain permet de recourir à une personne de confiance pour qu'elle remplace le mandant dans l'accomplissement d'une affaire, autrement dit, qu'elle rende un service d'amitié¹⁵⁷. Ce contrat, empreint d'altruisme, est donc conclu *intuitu personae* et il se

¹⁵⁴ É.-U. GOUT et F.-J. PANSIER, *Petit lexique juridique*, 4^{ème} éd. Bruxelles, Bruylant, coll. Paradigme, 2020, v^o « mandat », p. 246.

¹⁵⁵ Pour un exposé de la variété d'objets du contrat de mandat en droit romain, v. Ph. DIDIER, thèse préc., n^o 44, pp. 30-31. Remarquons que la nature de l'acte à effectuer est indifférente à la qualification de ce contrat à Rome : il peut aussi bien s'agir d'un acte juridique, que d'un acte matériel.

¹⁵⁶ Cette expression est utilisée, notamment, par R. MONIER, *Manuel de droit romain*, 5^{ème} éd., réimpression 1970, t. II, p. 138, et P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^{ème} éd., 1929, p. 618. D'autres auteurs lui préfèrent la notion de « service », ainsi : A.-E. GIFFARD, R. VILLIERS, *Droit romain et ancien droit français (Obligations)*, coll. Précis, Dalloz, 4^{ème} éd., 1976, n^o 131, voire de « gestion d'une affaire » : C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, 4^{ème} éd., 1886, p. 357. L'absence d'appellation univoque pour décrire l'objet du mandat en droit romain témoigne de sa variété : Ph. DIDIER, thèse préc., n^o 44, p. 31.

¹⁵⁷ Ph. PETEL, *Le contrat de mandat*, *op. cit.*, p. 3 ; L. PFISTER, « Un contrat en quête d'identité. Jalons pour une histoire de la qualification du mandat », in N. DISSAUX (dir.), *op. cit.*, n^o 3, p. 3.

caractérise par sa gratuité¹⁵⁸ : « *mandatum gratuitum esse debet* ». S'il n'est pas gratuit, le mandat est nul¹⁵⁹.

Le principe de gratuité en droit romain s'explique d'une part par l'incompatibilité entre l'amitié et le salaire (*merces*)¹⁶⁰ et, d'autre part, par le fait qu'il était inconcevable pour un homme libre de la Rome antique de travailler, et donc de percevoir une rémunération. Toutefois, dès l'époque romaine, cette règle connaît certains tempéraments. Comme le révèle ULPIEN dans le Digeste, si le mandat est toujours resté incompatible avec la *merces* (la rémunération), la pratique accepta d'honorer le service du mandataire avec un présent, l'*honorarium*, qui permettait de manifester sa gratitude¹⁶¹.

Enfin, le remplacement du mandant dans l'accomplissement d'une affaire ne se réalisait pas le biais de la représentation.

46. L'absence d'effet externe du mandat en droit romain. Le mandat en droit romain n'est pas un contrat de représentation¹⁶² dans l'acception moderne de cette notion, qui s'entend comme une représentation directe, hypothèse dans laquelle les conséquences actives et passives de l'opération conclue par le représentant se réalisent sur la tête du représenté¹⁶³. En effet, le mandat romain ne permet pas d'imputer sur la tête du mandant

¹⁵⁸ G. DECOCQ, C. GRIMALDI, J. HUET et H. LECUYER, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 31001 et 31002, pp. 984 et s. ; L. PFISTER, *ibid.*, spéc. n° 2, pp. 2 – 3 ; M. MEKKI, in J.-Cl. Civil, v° « Mandat – Définition et caractères distinctifs », art. 1984 à 1990, fasc. 10, *op. cit.*, spéc. n° 10.

¹⁵⁹ « *Mandatum, nisi gratuitum, nullum est* ». Comme l'affirme encore PAUL, « [l]e mandat (...) tire son origine du service et de l'amitié. Or une rétribution est contraire à un service ; s'il intervient de l'argent, la chose tourne plutôt au louage ou à l'entreprise » : *Dig.*, L. XVII, t.1, 1^{ère} loi, § 4.

¹⁶⁰ L. PFISTER, « Un contrat en quête d'identité. Jalons pour une histoire de la qualification du mandat », in N. DISSAUX (dir.), *op. cit.*, pp. 1 et s., spéc. n° 3, p. 3.

¹⁶¹ V. *Dig.*, L. XVII, t.1, 6^{ème} loi (ULPIEN) : « *Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio* » (« Si le mandataire reçoit un honoraire par forme de reconnaissance, le mandat est valablement contracté et donne action » : traduction française du *Corpus Iuris Civilis* par MM. H. HULOT, J.-F. BERTHELOT, P.-A. TISSOT, et A. BERENGER, p. 199, disponible en ligne sur le Portail Numérique d'Histoire du Droit : http://www.histoiredudroit.fr/corpus_iuris_civilis.html, consulté le 01.09.2021)

¹⁶² L. PFISTER, « Un contrat en quête d'identité. Jalons pour une histoire de la qualification du mandat », in N. DISSAUX (dir.), *op. cit.*, spéc. n° 2 et s., pp. 2 et s. ; A.-L. GRIZON, thèse préc., n° 83 et s., pp. 55 et s. ; F. CAGNINACCI, thèse préc., p. 31.

¹⁶³ Les différentes définitions doctrinales de la représentation s'accordent toutes sur l'imputation immédiate et directe des effets de l'acte du représentant dans le patrimoine du représenté. V. par ex., G. MADRAY, *Essai d'une théorie générale de la représentation en droit privé français*, thèse, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1931, p. 8 ; Ph. DIDIER, thèse préc., n° 178 ; Ch.-W. CHEN, thèse préc., n° 13, p. 8, spéc. n°14, p. 9 ; G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Représentation » ; A. ROUAST, *Droit civil approfondi : la représentation dans les actes juridiques*, thèse Paris, coll. : Cours de droit, 1947-1948, pp. 3 et 45 ; F. RIGAUX, thèse préc., p. 1, ainsi que la littérature citée, note 1 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.- M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 2013, n° 1036, p. 801. Au sein de la doctrine allemande, v. K.- H. JAUW, *Lastgeving, machtiging en vollmacht*, thèse Bruxelles, Larcier, 1938, pp. 85 et 106, et W. MÜLLER-FREIENFELS, *Die Vertretung beim*

les effets juridiques de l'acte passé par le mandataire avec le tiers. C'est la raison pour laquelle la représentation n'est jamais un *effet* du contrat de mandat en droit romain¹⁶⁴. En outre, eu égard à sa variété d'objets, ce contrat n'est pas nécessairement tourné vers les tiers¹⁶⁵. Enfin, il est généralement admis, en doctrine, que le droit romain rejetait tout recours à la représentation dans les rapports obligationnels¹⁶⁶, et plus exactement excluait le mécanisme de représentation directe¹⁶⁷ qui seul permet, par le truchement d'un intermédiaire, d'imputer les effets d'un acte juridique passé avec un tiers dans le patrimoine d'autrui. Deux obstacles au déploiement de cette technique en droit romain sont essentiellement évoqués en doctrine. Le premier tient au principe de personnalité de

Rechtsgeschäft, *op. cit.*, pp. 8 et s. (cités par M. RIGAUX, *ibid.*, note 1), et, en doctrine polonaise, M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 19 ; B. GAWLIK, « Przedstawicielstwo », in B. GAWLIK, S. GRZYBOWSKI, J. IGNATOWICZ, *et al.*, *System prawa cywilnego. Część ogólna*, t. I, Warszawa, 1985, pp. 730 et s.

¹⁶⁴ F. RIGAUX, thèse préc., p. 39. C'est donc sur un tout autre terrain que les mécanismes similaires à la représentation se sont développés dans ce droit antique : v. *infra*, n° 0 et s., sur la *lex praepositionis* romaine.

¹⁶⁵ Ph. DIDIER, thèse préc., n° 45, p. 31. D'autant qu'il importe peu que l'objet du mandat consiste dans l'accomplissement d'un acte juridique ou d'un acte matériel.

¹⁶⁶ Plusieurs auteurs affirment que le droit romain ignorait purement et simplement tout mécanisme de représentation : v. not. A. GIFFARD, *Précis de droit romain*, Paris, Dalloz, 1938, II, n° 304 ; H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil : notions générales*, 3^{ème} éd., A. Pedone, 1912, p. 331, et, plus récemment, F. MARMOZ, thèse préc., n° 224, p. 77. Cette interdiction de la représentation imputée au droit romain est tirée de plusieurs principes que les romains ont formulés. Les adages « *Nemo alienum factum promittere potest* » (nul ne peut promettre le fait d'autrui) et « *Nemo alteri stipulari potest* » (nul ne peut stipuler pour autrui) interdisaient qu'une personne puisse agir « *en son propre nom et sans avoir la volonté de devenir soi-même débiteur ou créancier [et] promettre qu'un tiers deviendra débiteur, ni surtout qu'un tiers deviendra créancier* » ou, qu'« *agissant au nom d'un tiers, faire que ce tiers devienne directement débiteur ou créancier* » : J. VALERY, *Des caractères distinctifs du contrat de mandat dans le Code civil*, thèse Aix, 1898, p. 30. L'adage « *Nemo alieno nomine agit* », autre principe intangible en droit romain, acte l'interdiction pour une personne d'agir au nom d'une autre en justice ou dans la conclusion d'actes juridiques. D'autres auteurs retiennent toutefois une opinion plus nuancée sur la place de la représentation en droit romain : v. not. F. RIGAUX, thèse préc., p. 39, et les auteurs cités, note 2, et R. POPESCO-RAMNICEANO, *De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé*, Paris : Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, L. Chauny et L. Quinsac, 1927, p. 176, pour qui, « *la représentation a (...) existé en fait dans un certain nombre de cas* », que l'auteur analyse dans son ouvrage, v. *ibid.*, pp. 25-178. *Adde*, V. TÉLÉMAN, *De la représentation en matière réelle et personnelle en droit romain*, Paris : V. Giard & E. Brière, 1900, spéc. pp. 61-125.

¹⁶⁷ H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil : notions générales*, *op. cit.*, p. 331 ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, *op. cit.*, p. 180, n° 93 ; G. MAY, *Eléments de droit romain*, Paris, 1925, p. 275, n° 115, p. 432, n° 192 ; A. GIFFARD, *Précis de droit romain*, *op. cit.*, n° 304 ; F. RIGAUX, thèse préc., pp. 39 et s. En littérature polonaise, v. K. KOLANCZYK, *Prawo rzymskie*, Warszawa, 1973, pp. 204-205 et 383 ; M. KURYLOWICZ, A. WILINSKI, *Rzymskie prawo prywatne*, Zakamycze, 1999, p. 124. En littérature allemande, v. les auteurs cités par J. PAZDAN, *Pełnomocnictwo w prawie prywatnym międzynarodowym*, *op. cit.*, note 4, not., M. KASER, *Das römische Privatrecht*, München, 1971, p. 28 ; H.-M. PAWLOWSKI, « Die gewillkürte Stellvertretung. Eine juristische Entdeckung der deutschen Rechtswissenschaften », *JZ* 1996, p. 125 ; J. RUTHIG, *op. cit.*, pp. 6 et s.

l'obligation¹⁶⁸, et le second au formalisme qui imprégnait l'ensemble des relations contractuelles à Rome¹⁶⁹.

Ainsi, le mandat en droit romain ne produisait aucun effet externe et la mission du mandataire n'avait pas non plus cet objet, puisque le droit romain l'excluait dans les rapports d'obligations.

47. Le contrat de mandat, en droit romain, présente tout au plus les traits de la représentation indirecte¹⁷⁰, lorsque la mission confiée au mandataire réside dans la passation d'un acte juridique et non dans l'accomplissement d'un acte matériel. En effet, le mandataire, à Rome, se trouve personnellement lié par les actes qu'il passe avec les tiers¹⁷¹. En droit romain, le mandat ne produit donc d'effets qu'entre les parties au contrat : mandant et mandataire ; l'acte juridique accompli par le mandataire lie ce dernier et ne produit aucun effet juridique au profit ou à la charge du mandant. Le mandataire devient ainsi l'unique créancier ou débiteur de l'acte qu'il a passé avec le tiers. Conformément au mécanisme de la représentation indirecte, afin que l'acte juridique conclu par l'intermédiaire produise des effets dans le patrimoine du mandant, une seconde opération

¹⁶⁸ Les rapports sociaux dans la Rome antique sont conçus comme des rapports de domination. Aussi, il était inconcevable qu'un homme libre se trouvât lié par la volonté d'un tiers, ce qui équivalait à l'assouvir à une volonté étrangère. L'homme libre ne pouvait s'engager envers un tiers que du fait de sa propre volonté. L'absence, et la défiance à l'égard de la représentation caractéristique au droit romain constitue, en même temps, une preuve de la corrélation qui existe au sein d'un système juridique entre la place laissée à la représentation et la conception que la société se fait de l'obligation : E. PILON, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, thèse Caen, C. Valin, 1897, chap. II, sect. II, § 3. À la différence du droit romain, le droit grec admettait la représentation directe dans les rapports d'obligation. Cette différence entre les deux empires antiques est précisément due à leur conception respective des rapports entre l'obligation et l'individu ; le système individualiste et centré sur l'individu à Rome s'oppose, sur ce point, au modèle athénien : R. POPESCO-RAMNICEANO, thèse préc., p. 12. Bien que la construction du mandat en droit grec se rapproche de notre institution contemporaine, du fait de l'admission de l'engagement direct du mandant par les actes accomplis par le mandataire agissant dans la limite de ses pouvoirs (*ibid.*), c'est de la conception romaine du mandat que les pays latins vont hériter.

¹⁶⁹ R. POPESCO-RAMNICEANO, thèse préc., pp. 32 et s. En droit romain, la volonté des parties ne produisait pas, en elle-même, d'effets juridiques. Comme le constate VALERY, « *La volonté ne suffisait jamais à créer un contrat, une convention complètement sanctionnée par la loi. Souvent aussi, la volonté seule, toute nue, était impuissante à produire des effets juridiques, et on exigeait, en outre, des paroles solennelles* » : J. VALERY, *Des caractères distinctifs du contrat de mandat dans le Code civil*, thèse Aix, 1898, p. 28. La validité de l'opération escomptée était subordonnée à la réalisation de certaines formalités par les parties, en général, la profession de paroles solennelles. Ce formalisme œuvre comme une garantie et une protection pour la personne qui s'engage. Or, ces fonctions n'ont de sens que si elles sont réalisées par les parties à l'acte. Aussi, comme le résume un auteur, « [l]e contrat se forme par les paroles (*verbis*) et uniquement entre ceux qui les ont prononcées », V. ORTOLAN, *Explication historique des Institutes de l'empereur Justinien*, 12^{ème} éd., 1883, p. 199.

¹⁷⁰ Ph. DIDIER, thèse préc., n° 57, p. 37.

¹⁷¹ F. CAGNINACCI, thèse préc., p. 200.

était nécessaire, entre le mandataire et le mandant : il convenait que le premier céda au second les droits nés du contrat conclu avec le tiers¹⁷².

48. Il est cependant possible de relever, dans les modes d'acquisition de la propriété en droit romain, des cas dans lesquels les actes juridiques réalisés par une personne produisent directement leurs effets dans la sphère juridique d'une autre. Ces hypothèses, liées à la configuration de la société romaine, au statut de la famille et au régime juridique qui l'encadrerait, ne correspondent pas, toutefois, au mécanisme de représentation. Nous y consacrons quelques mots dans la mesure où c'est précisément dans ce cadre que vont apparaître les premiers expédients à l'interdiction pure et simple de la représentation, dans le domaine spécifique de l'activité mercantile.

Les cas d'acquisition de biens par le ministère « d'autrui » en droit romain font intervenir des personnes dépourvues de personnalité juridique, et donc de capacité propre. Sont concernées les personnes *alieni iuris*, c'est-à-dire celles qui sont sous l'autorité du *dominus*, en particulier les fils et les esclaves qui réalisent des actes pour ce dernier simplement avec une capacité d'emprunt¹⁷³. Ces intermédiaires agissent non pas *ex mandato* mais *in potestate* : ils ne sont que les « porte-voix » du maître¹⁷⁴, son prolongement. Les actes passés par ces personnes sont, comme dans la représentation, réputés avoir été passés par le *pater familias*. Toutefois, la structure tripartite, sous-jacente à toute forme de représentation¹⁷⁵, qui fait intervenir un représentant, un représenté et un tiers, fait défaut. Le pseudo-représentant, dépourvu de toute personnalité juridique, n'agit pas dans la sphère juridique d'autrui. Aussi, une autre distinction d'avec la représentation réside dans l'absence de pouvoir (ou d'habilitation) de l'intermédiaire assujéti au *dominus*. La répercussion de leurs actes juridiques dans la sphère du *dominus* revêt un caractère automatique (ils tombaient instantanément dans le patrimoine du *pater familias*¹⁷⁶), sans égard, donc, à sa volonté : ce dernier se trouvait obligé, même par les actes passés contre son gré¹⁷⁷.

¹⁷² F. CAGNINACCI, *ibid.*, pp. 30 et 200.

¹⁷³ R. POPESCO-RAMNICEANO, thèse préc., p. 44.

¹⁷⁴ R. POPESCO-RAMNICEANO, *ibid.*

¹⁷⁵ Cf. *infra*, n° 119, et la littérature citée, note 459.

¹⁷⁶ R. POPESCO-RAMNICEANO, thèse préc., p. 43.

¹⁷⁷ R. POPESCO-RAMNICEANO, *ibid.*

49. Pour conclure, les « intermédiaires » en droit romain étaient soit des personnes dépourvues d'existence juridique propre (cas du fils ou de l'esclave), soit des personnes qui, en agissant pour le compte d'autrui, s'engageaient sur leur patrimoine personnel (cas du mandataire). La représentation, dans l'acception moderne de cette notion, fait défaut dans les deux cas : dans la première situation, il est impossible de caractériser une structure tripartite, inhérente à la représentation¹⁷⁸ ; dans la seconde hypothèse, l'intermédiaire est le débiteur de l'acte qu'il conclut pour le compte du donneur d'ordre.

50. Avec l'intensification de l'activité marchande, la prohibition pure et simple de la représentation connaît certains tempéraments. Les besoins inhérents à l'activité mercantile conduisent à la création d'institutions spéciales qui fonctionnent en marge des principes fortement ancrés dans la pensée romaine, opposée à toute idée de représentation. L'évolution de la représentation dans les rapports d'obligation a ainsi lieu dans le « domaine commercial »¹⁷⁹. Le contrat de mandat est au contraire resté un contrat cantonné aux « affaires civiles » et dénué de toute représentation. Créations prétoriennes, ces expédients possèdent certains des attributs caractéristiques de la gérance commerciale. Aussi seront-ils exposés à l'occasion de l'étude des origines historiques de la réglementation de la gérance commerciale et de la *prokura*¹⁸⁰, qui partagent les mêmes particularités.

51. La réception du contrat de mandat du droit romain se solde par une rupture au sein de la famille romano-germanique : on constate une continuité dans le modèle germanique, tandis que le droit français s'écarte des conceptions romaines.

¹⁷⁸ Cf. *infra*, n° 119, et la littérature citée, note 459.

¹⁷⁹ Par cette notion, nous évoquons l'activité économique mercantile au sens large. Il n'y avait pas, à proprement parler, de distinction juridique entre le domaine civil et le domaine commercial à Rome, tel qu'on l'entend aujourd'hui. La question de l'existence même d'un droit commercial à Rome fait l'objet de controverses inépuisables en romanistique. Pour rendre compte du droit applicable aux relations marchandes à l'époque romaine, il conviendrait de parler du *jus gentium*, qui, à la différence du *jus civile* romain, embrasse les relations contractuelles entre les Romains et les étrangers. Ce *jus gentium* s'appliquait en même temps, dans la pratique, aux opérations relevant de la vie des affaires : vente, louage, prêt, mandat, constitution de sûretés etc. Ces mêmes opérations relevaient, dans les rapports entre les Romains, du *iuris civilis*, et n'étaient pas, sauf exception et nécessités pratiques, adaptées aux opérations économiques : E. CHEVREAU, « Aux origines romaines de la gérance », RDC 2012, n° 1, pp. 2-3 (éd. élec.).

¹⁸⁰ Cf. *infra*, n° 104 et 105.

Sous-section 2 – Une réception fidèle du mandat dans le modèle germanique

52. À la différence du droit français, l'évolution des règles encadrant le contrat de mandat s'est réalisée dans la continuité en droit allemand (§ 1) ainsi que, mais avec quelques adaptations, en droit polonais (§ 2).

§ 1 – En droit allemand, une physionomie du mandat fidèle au droit romain

53. À rebours du droit français¹⁸¹, le contrat de mandat en droit allemand (*Auftrag*) est resté fidèle aux critères édictés par le droit romain. De manière générale, il est d'ailleurs possible de noter que les territoires germanophones ont connu une influence du droit romain beaucoup plus profonde, et longue, que la France¹⁸².

54. **L'influence décisive du droit romain sur le droit allemand.** L'ascendant particulier du droit romain sur le droit allemand s'explique par des considérations d'ordre politique et idéologique : politique, car, à la différence de la France, l'Allemagne ne connaîtra pas de pouvoir impérial fort et centralisé¹⁸³ ; aussi, la justice relèvera du ressort des régions et principautés, aux traditions et pratiques extrêmement variées¹⁸⁴. Ensuite, sur le plan idéologique, comme son nom l'indique, le Saint-Empire romain germanique (*Heiliges römisches Reich deutscher Nation*) clame son statut d'héritier de l'Empire romain¹⁸⁵. Aussi le *Corpus Juris Civilis* a-t-il été appliqué directement ou indirectement en France jusqu'au XVIII^{ème} siècle, tandis qu'en Allemagne, il l'a été jusqu'à l'entrée en vigueur du Code civil, le *Bürgerliche Gesetzbuch* (ci-après B.G.B.) en 1900.

Bien que d'application subsidiaire et d'influence variable dans le monde germanophone, le droit romain s'impose d'abord comme le *Ius commune* (XV^{ème} – début

¹⁸¹ Cf. *infra*, n° 77 et s., sur l'affranchissement du droit français des critères romains du contrat de mandat.

¹⁸² Cf. WITZ, *Le droit allemand, op. cit.*, p. 9.

¹⁸³ Cf. WITZ, *ibid.* ; R. CABRILLAC, *op. cit.*, n° 22.

¹⁸⁴ Cf. WITZ, *ibid.*

¹⁸⁵ Cf. WITZ, *ibid.*, p. 10 ; R. CABRILLAC, *loc. cit.*

XVI^{ème} siècle)¹⁸⁶. Il coexiste ensuite avec les droits locaux grâce à l'application de l'*Usus modernus Pandectarum* (soit l'usage moderne du Digeste) à partir de la fin du XVI^{ème} siècle¹⁸⁷. Enfin, des pans entiers du B.G.B. s'inspirent des règles romaines¹⁸⁸.

C'est le cas du principe d'abstraction¹⁸⁹, qui sert d'assise à la théorie générale de la représentation allemande¹⁹⁰, ainsi que du principe de gratuité du mandat, consacré dans le B.G.B.

55. La gratuité, critère distinctif du contrat de mandat en droit allemand.

Contrairement au droit français¹⁹¹, le modèle germanique est resté fidèle à la conception romaine du mandat, strictement conçu comme un « contrat de bienfaisance »¹⁹². C'est dans la gratuité du contrat de mandat que réside, à Rome¹⁹³ comme dans le B.G.B., le critère distinctif de ce contrat¹⁹⁴. Le tout premier article du sous-titre relatif à ce contrat dispose ainsi qu' « [e]n acceptant un mandat le mandataire assume l'obligation de s'occuper gratuitement pour le compte du mandant de l'affaire confiée par celui-ci » (§ 662 B.G.B.¹⁹⁵).

Forts de l'expérience de la pratique en ce qui concerne la tarification des services des mandataires, les rédacteurs du B.G.B. ont préféré créer un autre contrat nommé partageant le même objet que le mandat, mais réalisé à titre onéreux : le contrat de gestion

¹⁸⁶ Cl. WITZ, *ibid.* De manière significative, le Tribunal d'Empire (*Reichskammergericht*), créé en 1495, applique le droit commun de l'Empire (*gemeines Recht*), constitué par le droit savant (le droit romain et le droit canon) ainsi que les statuts et les coutumes, lorsqu'elles étaient établies et reconnues. De cette façon, ce droit commun connaît une grande autorité jusqu'à l'entrée en vigueur du B.G.B. Sur le « *gemeines Recht* », v. not. H. COING, *Europäisches Privatrecht (1500 bis 1800)*, t. I : *Älteres Gemeines Recht*, München, C.H. Beck, 1985 ; J. KRYNEN, « Avant la construction européenne : le patrimoine juridique commun de l'Europe », conférence tenue à l'Académie de législation le 8 mars 2012, J.C.P. 2012, n° 18, p. 562.

¹⁸⁷ Cl. WITZ, *ibid.*

¹⁸⁸ R. CABRILLAC, *loc. cit.*

¹⁸⁹ *Cf. infra*, n° 573.

¹⁹⁰ *Cf. infra*, n° 577.

¹⁹¹ *Cf. infra*, n° 83, sur le décalage entre la lettre des textes, qui consacre le principe de gratuité du mandat, et l'importance pratique du mandat salarié en droit français.

¹⁹² L. PFISTER, « Un contrat en quête d'identité. Jalons pour une histoire de la qualification du mandat », in N. DISSAUX (dir.), *op. cit.* pp. 1 et s., spéc. n° 3, p. 3.

¹⁹³ *Cf. supra*, n° 45.

¹⁹⁴ Cl. WITZ, *Le droit allemand, op. cit.*, p. 150.

¹⁹⁵ Traduction de G. LARDEUX *et al.*, *op. cit.*, p. 248.

d'affaires¹⁹⁶. Ce contrat bénéficie d'une réglementation autonome au sein de ce Code¹⁹⁷, mais se voit appliquer les règles du mandat par analogie¹⁹⁸.

56. En outre, le droit allemand n'a pas connu les difficultés posées aux juristes français¹⁹⁹ concernant la démarcation entre le contrat de mandat et le contrat de louage, grâce à l'emploi du critère de gratuité.

57. **Une distinction nette, dans les textes, entre l'*Auftrag* (mandat) et le *Werkvertrag* (louage).** Rappelons que les textes français sur le mandat et le louage (inchangés depuis 1804) prévoient que ces deux contrats visent l'accomplissement de « *quelque chose* »²⁰⁰. Le contrat d'entreprise en droit allemand, qualifié de « *Werkvertrag* », ne rentre pas, comme c'est le cas en droit français²⁰¹, dans la catégorie des contrats de service (*Dienstvertrag*)²⁰². Tandis que le contrat de service de droit allemand englobe les contrats qui peuvent porter sur toutes sortes de services (§ 611, 2^{ème} alinéa, B.G.B.), le *Werkvertrag* ne peut, quant à lui, et à la différence du droit français, porter que sur un objet bien précis, à savoir « *la fabrication ou la modification d'une chose* » ou « *tout autre résultat né d'un travail ou d'une prestation de service* » (§ 631, 2^{ème} alinéa, B.G.B.²⁰³). La rémunération du locateur d'ouvrage correspond, en outre, à l'une des obligations caractéristiques du *Werkvertrag*²⁰⁴.

58. Avec un objet distinct du contrat d'entreprise, et par essence gratuit, le contrat de mandat allemand est également, conformément au droit romain, dénué de tout effet externe.

¹⁹⁶ Le « *Geschäftsbesorgungsvertrag* » (all.).

¹⁹⁷ V. le Sous-titre II (« Contrat de gestion d'affaires », §§ 675 et s.), Titre II, de la Section 8, du Livre I.

¹⁹⁸ G. REINER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand », in D. MAZEAUD *et al.*, *op. cit.*, p. 35. En droit allemand, le régime du contrat de mandat sert en vérité de modèle à plusieurs contrats spéciaux à l'égard desquels les règles du mandat sont appliquées par analogie, en l'absence de règles spéciales contraires. Pour une liste de ces contrats, v. G. REINER, *ibid.*

¹⁹⁹ *Cf. infra*, n° 79 et 82.

²⁰⁰ V., à l'article 1710 du Code civil, la définition du contrat d'entreprise : « *Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre (...)* », ainsi que celle du mandat, à l'article 1984 dudit Code, qui énonce « *le pouvoir de faire quelque chose* ».

²⁰¹ A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 474.

²⁰² Cl. WITZ, *Le droit allemand*, *op. cit.*, p. 150.

²⁰³ Traduction de G. LARDEUX *et al.*, *op. cit.*, p. 229.

²⁰⁴ V. les §§ 631, 1^{er} alinéa, et 632, B.G.B.

59. **L'absence – inconditionnelle – d'effet externe dans le contrat de mandat en droit allemand.** Le maintien de la gratuité comme critère distinctif du contrat de mandat en droit allemand ainsi que les nombreuses études menées pour expliquer et systématiser l'action au nom d'autrui ont permis en même temps au législateur allemand d'émanciper le mandat des mécanismes de représentation en matière civile et commerciale. Partant, comme en droit romain²⁰⁵, le mandat en droit allemand concerne strictement les relations entre le mandant et le mandataire. Le « mandat représentatif »²⁰⁶ n'existe pas. La réglementation du mandat dans le B.G.B. ne contient donc aucune disposition relative à la représentation²⁰⁷. Ce contrat est réglementé dans la partie du code consacrée aux contrats spéciaux, comme une technique d'action *pour le compte* d'autrui, à l'exclusion de tout acte permettant d'imputer les effets de l'action du mandataire sur le mandant²⁰⁸. Le mandat ne crée que des droits subjectifs au profit des parties au contrat²⁰⁹.

60. Il ne faut pas en déduire que les parties au contrat de mandat n'ont jamais pour objectif l'engagement direct du mandant ; simplement, cet effet ne peut être obtenu qu'à l'aide d'un instrument juridique distinct (une procuration), le mandat allemand se bornant, dans la lignée du droit romain, à investir le mandataire d'une *mission* ou charge (s'occuper d'une « affaire » d'après le § 662 B.G.B.), notion qui peut très bien être envisagée indépendamment de ses modalités de mise en œuvre.

61. En droit polonais, l'étanchéité entre le mandat et la représentation est moins nette qu'en droit allemand, mais elle n'en conserve pas moins toute sa portée.

²⁰⁵ Cf. *supra*, n° 46.

²⁰⁶ Sur cette notion en droit français, v. *infra*, n° 159 et 160.

²⁰⁷ V. les §§ 662 à 674 du Titre XII relatif au mandat et à la gestion d'affaires, dans la Section 8 « Rapports particuliers d'obligation », du Livre II du B.G.B. : « Droit et rapports d'obligations ».

²⁰⁸ « En acceptant un mandat le mandataire assume l'obligation de s'occuper gratuitement **pour le compte du mandant** de l'affaire confiée par celui-ci » : traduction de G. LARDEUX *et al.*, *op. cit.*, p. 248.

²⁰⁹ « Das mandat ist immer ein Rechtsgeschäft, ein Akt, des auf Begründung subjektiver Rechte und Pflichten gerichtet ist » : H. TRIEPEL, *Delegation und Mandat im Öffentlichen Recht. Eine kritische Studie*, Stuttgart : W. Kohlhammer, 1942, p. 28.

§ 2 – En droit polonais, une adaptation ingénieuse du modèle germanique du mandat

62. Avant de s'inspirer de la théorie moderne de la représentation, on relèvera que le droit polonais a initialement réceptionné la conception française moniste avec la théorie de la « *procuracion accessoire* [au mandat] »²¹⁰. Nous y consacrons quelques mots dans la mesure où cette théorie – qui met en exergue le lien entre le mandat et la représentation d'origine volontaire – reflète la conception germanique initiale du contrat de mandat, préalablement aux travaux de Paul LABAND²¹¹.

63. **L'influence de la conception moniste en droit polonais (XIX^{ème} – début XX^{ème} s.) : la thèse de la procuracion accessoire (au mandat).** La thèse de la procuracion accessoire est une ramification de la conception moniste que le droit civil polonais reçoit avec le Code napoléon de 1804, devenu obligatoire le 1^{er} mai 1808 sur les territoires de la ville libre de Gdańsk et du Duché de Varsovie²¹² (1807-1815) créé par les accords de Tilsit des 7 et 9 juillet 1807. Cette théorie vise le lien qui s'opère entre la représentation volontaire et le mandat, à l'exclusion de toute autre forme de représentation (légale et judiciaire). Le principe d'indivisibilité des rapports interne et externe touche donc exclusivement l'institution de la procuracion, déjà conçue – du fait de ses applications historiques²¹³ – comme le support du pouvoir de représentation volontaire.

La théorie moniste a survécu au retrait français, sur la partie du territoire dans lequel s'appliquait le Code civil autrichien du 1^{er} juin 1811 (l'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ci-après, A.B.G.B.)) qui, à l'instar du Code civil français, n'opérait pas de distinction entre la procuracion (entendue comme un pouvoir de représentation volontaire) et le mandat²¹⁴ : ces deux institutions étaient liées par la construction du *Bevollmächtigungsvertrag*, qu'on pourrait traduire par la notion de « procuracion

²¹⁰ Autrement qualifiée de théorie de la jonction de la procuracion et du mandat (*koncepcja złączenia pełnomocnictwa ze zleceniem*) : M. SMYK, thèse préc., II, I, pt. 5-1 ; ou de conception unitaire de la procuracion et du mandat (*koncepcja związania pełnomocnictwa ze zleceniem*) : *ibid.* ; W. LUDWICZAK, *Umowa zlecenia*, Państwowe Wydawn. Naukowe, 1955, p. 16 ; J. FABIAN, *Pełnomocnictwo*, Warszawa, 1963, p. 7.

²¹¹ Cf. *infra*, n° 488 à 490.

²¹² En vertu de l'article 69 de la Constitution du Duché de Varsovie (« *Konstytucja Księstwa Warszawskiego* ») « *le Code Napoléon constituera le droit civil du Duché de Varsovie* » (traduction libre).

²¹³ Cf. *infra*, n° 94 et 95.

²¹⁴ W. LUDWICZAK, *op. cit.*, p. 5 ; F. ZOLL, *Prawo cywilne*, t. I, *Część ogólna*, Poznań, 1931, p. 230, ainsi que les auteurs cités note 3.

conventionnelle » (la *Bevollmächtigung* désignant l'acte d'habilitation²¹⁵, et le *Vertrag*, le contrat).

64. La construction autrichienne se trouve dans la continuité de l'analyse du contrat de mandat en droit allemand préalable aux travaux de JHERING et de LABAND. En effet, au début du XVIII^{ème} siècle, le droit allemand assimile également le contrat de mandat et la technique de la représentation : la doctrine allemande considère que ces deux tissus de relation – interne et externe – reposent sur un rapport de droit unique, le contrat de mandat²¹⁶.

65. Partant, jusqu'à la première codification du droit civil qui a suivi l'indépendance de la Pologne en 1918 avec le Code des obligations de 1934²¹⁷, les deux institutions ne fonctionnaient pas l'une sans l'autre : « *il n'y avait pas de mandat sans procuration ni de procuration sans mandat* »²¹⁸, ces deux notions formant une institution unique²¹⁹.

66. Avec le Code de 1934²²⁰, puis le Code civil de 1964 (*Kodeks cywilny*, ci-après K.C.)²²¹, le droit polonais consacre la théorie moderne de la représentation tout en proposant une adaptation ingénieuse et pragmatique du contrat de mandat modelé sur le système allemand.

On constatera que dans les textes polonais, la séparation entre le mandat et le pouvoir de représentation (procuration) est beaucoup moins étanche qu'en droit allemand, sans que l'autonomie juridique entre les deux institutions ne soit pour autant remise en cause.

²¹⁵ Cf. *infra*, n° 579.

²¹⁶ Cf. *infra*, n° 489 et 490.

²¹⁷ *Kodeks zobowiązań* (Dz.U. z 1933 r. N° 82, poz. 598, ze zm.) du 27 octobre 1933, entré en vigueur le 1^{er} juillet 1934. Ce Code est disponible en ligne, sur le site du Journal Officiel de la République de Pologne : <http://dziennikustaw.gov.pl/DU/1933/598/1>.

²¹⁸ M. SMYK, thèse préc., II, I, § 5-1 ; W. LUDWICZAK, *op. cit.*, p. 16 et J. FABIAN, *op. cit.*, pp. 7, 43 et 73.

²¹⁹ W. LUDWICZAK, *ibid.*, p. 5.

²²⁰ Les dispositions relatives à la représentation y sont codifiées aux articles 93 à 103, et celles relatives au mandat aux articles 498 à 515.

²²¹ Le Code civil polonais, promulgué par une loi du 23 avril 1964 relative au Code civil (Dz. U. z 1964 r. n° 16, poz. 93), est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1965.

67. **La prise en compte en droit polonais de la limite conceptuelle de l'abstraction du pouvoir de représentation dans la réglementation du mandat.** La réglementation du contrat de mandat en droit polonais apparaît dans un contexte radicalement différent de celui entourant la promulgation B.G.B. Cela fait plus de 150 ans que la théorie générale de la représentation élaborée par la doctrine allemande est connue et étudiée par les juristes polonais²²². Le principe de l'autonomie juridique de la représentation par rapport au contrat de mandat est bien ancré dans les esprits, et il n'apparaît plus nécessaire, pour protéger et sauvegarder l'indépendance de chacun de ces mécanismes, de proscrire toute référence à la représentation dans les dispositions traitant du mandat. C'est la raison pour laquelle la réglementation de ce contrat en Pologne s'ouvre presque immédiatement sur la coexistence potentielle entre le mandat et l'habilitation à agir *au nom d'autrui* (la procuration) : l'article 734, § 1, du Code civil polonais définit en effet le mandat comme le contrat par lequel « *le mandataire s'engage à effectuer un acte juridique déterminé pour le mandant* », et d'ajouter qu'« [e]n l'absence de stipulations contraires, le mandat comprend l'habilitation à réaliser des actes au nom du mandant » (art. 734, § 2, K.C.)²²³.

68. En visant « *l'habilitation à réaliser des actes au nom du mandant* » (nous soulignons), l'article 734 du Code civil polonais fait une référence expresse à la procuration (*pełnomocnictwo*, en polonais) dans les dispositions relatives au mandat, et donc une référence au pouvoir de représentation d'origine volontaire, conformément à l'acception de la notion de procuration dans le modèle germanique²²⁴.

69. Le renvoi à la procuration (représentation) dans les dispositions traitant du mandat en droit polonais ne change toutefois en rien la portée du principe d'autonomie juridique de ces deux institutions ni ne remet en cause l'individualité de leur objet respectif²²⁵. Au contraire, la confrontation des deux paragraphes de l'article 734 K.C. met en relief la distinction préalablement relevée²²⁶ entre, d'un côté, la charge ou mission confiée au mandataire (celle d'« *effectuer un acte juridique déterminé* » : c'est l'objet du mandat, visé au 1^{er} §), et de l'autre, l'instrument juridique à disposition des parties pour l'accomplir

²²² Cf. *supra*, n° 11, spéc. note 56.

²²³ Traduction libre.

²²⁴ Cf. *infra*, n° 551.

²²⁵ À l'instar du droit allemand, le Code civil polonais régit séparément le mandat (v. les articles 734 à 751, contenus dans la partie du Code civil relative aux « Obligations », au titre XII du Chapitre III) et la représentation (v. le chapitre IV, « De la représentation », du Titre IV du Livre I, articles 95 et s.).

²²⁶ Cf. *supra*, n° 60.

(« l'habilitation à réaliser des actes au nom du mandant », qui correspond à l'objet de la procuration), au demeurant purement facultatif, puisque les parties peuvent choisir de l'écarter conventionnellement (2^{ème} §).

70. En réalité, les textes sur le mandat en droit polonais, forts de l'expérience et de la pratique allemandes depuis le B.G.B., font preuve de plus de pragmatisme que leur homologue germanique. La référence à la procuration dans la réglementation du contrat de mandat n'est qu'une illustration de la limite conceptuelle du principe d'abstraction²²⁷, qui consiste à appréhender un rapport de droit – en l'occurrence, l'habilitation du représentant à accomplir un acte *au nom* du représenté (le pouvoir de représentation volontaire ou procuration) – en dehors de sa cause ou fondement juridique : en l'espèce, la *mission* ou charge que ce dernier assigne au premier (celle d'agir en son nom, contenue dans le mandat), élément qui, par définition, intéresse strictement leurs relations mutuelles²²⁸.

Le rapport causal qui unit ces deux catégories de liens juridiques explique qu'en dépit de leur autonomie juridique, ceux-ci vont généralement de pair (le mandat est dans la plupart des cas secondé par une procuration) et ce, aussi bien en droit polonais qu'en droit allemand. Dans ces deux législations, le législateur prévoit même certains tempéraments au principe d'abstraction – du moins, en ce qui concerne la procuration de droit commun²²⁹ – en raison du rapport causal unissant ces deux institutions. Leur coexistence est simplement mentionnée de manière expresse dans le droit polonais, à la différence du droit allemand.

71. Une seconde illustration du pragmatisme dont le droit polonais fait preuve tient à la présomption d'onérosité du contrat de mandat consacrée dans cette législation²³⁰ (à la différence des droits allemands²³¹ et français²³²). En droit polonais, le mandat est donc un contrat conclu à titre onéreux ou gratuit.

²²⁷ Cf. *infra*, n° 576 et s.

²²⁸ Cf. *infra*, n° 73 et 155.

²²⁹ Cf. *infra*, n° 597 et s.

²³⁰ Art. 735, § 1, K.C. : « *S'il ne résulte ni du contrat, ni des circonstances, que le mandataire s'est engagé à accomplir sa mission à titre gratuit, une rémunération est due au mandataire au titre de la réalisation de sa mission* » (traduction libre).

²³¹ V. le § 662 B.G.B, et *supra*, n° 55

²³² V. l'article 1986 du Code civil français, et, sur la portée de cette présomption, *infra*, n° 78 et s.

72. Enfin, en droit polonais comme en droit allemand, ce n'est pas le mécanisme de représentation qui a permis de démarquer le contrat de mandat du contrat d'entreprise.

73. **La distinction entre le contrat de mandat (*zlecenie*) et le contrat d'entreprise en droit polonais (*umowa o dzieło*).** D'après l'article 627 K.C., « [p]ar le contrat d'entreprise, le locateur d'ouvrage s'oblige à réaliser un ouvrage déterminé, et le maître d'ouvrage à payer une rémunération »²³³. En droit polonais, là où le mandat encadre obligatoirement l'accomplissement d'actes juridiques (article 734 K.C.)²³⁴, le louage d'ouvrage a pour finalité la réalisation d'un ouvrage matériel (ou immatériel) individualisé, tel que défini en amont dans le contrat par les parties²³⁵. La nature de l'obligation à laquelle sont tenus respectivement le mandataire et le locataire d'ouvrage n'est pas la même : le premier est tenu à une obligation de moyens²³⁶, tandis que pèse sur le second une obligation de résultat²³⁷ (ce qui influe sur la responsabilité respective de ces intermédiaires en cas de défaillance dans l'exercice de leur mission). Enfin, à la différence du mandat, qui peut avoir été conclu à titre gratuit²³⁸, le contrat d'entreprise est nécessairement onéreux.

74. **La mise en évidence dans le modèle germanique de l'individualité conceptuelle de la mission ou charge assignée au mandataire par rapport à son moyen de mise en œuvre.** Les effets de nature purement interne du mandat dans le modèle germanique permettent de rendre compte de l'individualité irréductible de la mission ou charge assignée au mandataire par rapport au *moyen juridique* permettant sa mise en œuvre (la représentation constituant incontestablement une technique particulière de réalisation d'actes juridiques²³⁹). Bien que ces deux aspects soient liés par un rapport causal, il est en effet possible d'identifier plusieurs éléments qui n'intéressent que le « versant interne » de la représentation, et donc la mission dont le représentant est investi : ainsi, notamment, de la question de savoir si ce dernier agit à titre gratuit ou onéreux, privé ou professionnel,

²³³ Traduction libre.

²³⁴ V. égal. en doctrine, E. GNIEWEK, P. MACHNIKOWSKI (réd.), *Kodeks cywilny. Komentarz.*, 9^{ème} éd., C. H. Beck, Warszawa, 2019, v^o article 734 K.C., n^o 5.

²³⁵ M. GUTOWSKI (réd.), *Kodeks cywilny. t. III. Komentarz. Art. 627–1088*, 2^{ème} éd., C. H. Beck, Warszawa, 2019, v^o article 627 K.C., n^o 20.

²³⁶ M. GUTOWSKI (réd.), *ibid.*, n^o 10.

²³⁷ M. GUTOWSKI (réd.), *ibid.*, n^o 11 et 12.

²³⁸ E. GNIEWEK, P. MACHNIKOWSKI (réd.), *Kodeks cywilny. Komentarz., op. cit.*, v^o article 734 K.C., n^o 2.

²³⁹ M. STORCK, thèse préc., n^o 76 et s.

indépendant ou subordonné, s'il est tenu d'une obligation de moyens ou de résultat. Parce qu'ils déterminent la *situation juridique* respective des parties (du représentant par rapport au représenté, et inversement) ainsi que leurs droits et *obligations* mutuelles, ces différents attributs ne peuvent, par définition, se comprendre que dans le cadre du rapport bipartite interne.

75. Pour conclure, l'objet, mais également l'effet du contrat de mandat, sont demeurés dans le modèle germanique cantonnés aux rapports intéressants exclusivement le mandant et le mandataire : dans la lignée du droit romain, ce contrat se borne à investir le mandataire d'une mission²⁴⁰ ; les moyens de la réaliser, lorsque celle-ci a pour objet l'engagement direct du mandant, trouvent leur fondement dans une institution à part entière : la *procuratio*.

76. Le droit français va emprunter un chemin distinct de son homologue germanique ; en effet, l'évolution du contrat de mandat en droit français aboutit à son affranchissement par rapport aux critères distinctifs de ce contrat façonnés à l'époque romaine, du fait de la réception – et même de l'absorption – de la technique de la représentation dans ce contrat, du moins lorsqu'elle revêt une nature volontaire.

La portée exacte de cette émancipation doit être discutée : il semblerait en effet que la convergence entre les deux mécanismes – que souhaitent entériner les rédacteurs de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux – procède en vérité d'une ellipse de l'objet interne du mandat ainsi que d'une confusion de cet objet – la mission ou charge confiée au mandataire – avec son moyen de mise en œuvre : le pouvoir de représentation. Or, cette confusion semble devoir être définitivement condamnée du fait de l'introduction, aux articles 1153 et s. du Code civil, de dispositions dédiées exclusivement au *pouvoir* de représentation.

²⁴⁰ R. SCHULTZE, « La représentation - propos introductifs », in D. MAZEAUD, R. SCHULZE et G. WICKER (dir.), *La représentation en droit privé, 6èmes Journées franco-allemandes, op. cit.*, p. 14 ; Ph. DIDIER, « Rapport de synthèse », in *ibid.*, p. 236.

Section 2 / Portée de l'affranchissement du droit français par rapport aux critères du contrat de mandat hérités du droit romain (*de lege lata et de lege feranda*)

77. L'évolution du contrat de mandat en droit français a connu deux mouvements corrélatifs : en même temps que le critère de gratuité hérité du droit romain a reculé, le critère de représentation s'est imposé, pour finalement prendre sa place et se hisser au rang des *essentialia*²⁴¹ du mandat. On observe ainsi que le critère de gratuité, d'abord essentiel à la qualification du contrat de mandat, n'en est devenu qu'un élément naturel (**Sous-section 1**) ; inversement, le critère de la représentation, simple élément naturel du contrat de mandat, en est devenu la « *prestation caractéristique* »²⁴² (**Sous-section 2**). Cette évolution, propre au droit français, serait le fruit d'une certaine coïncidence²⁴³ : la représentation a trouvé dans le contrat de mandat un « *cocon* »²⁴⁴, c'est-à-dire un sol propice à son développement.

²⁴¹ La classification des composantes d'un contrat parmi ses éléments essentiels, naturels et simplement accidentels, est devenue classique à partir du XVII^{ème} siècle. Dans son *Traité des obligations*, POTHIER expose les « *trois choses qu'on doit distinguer dans chaque contrat* », à savoir, « *celles qui sont de l'essence du contrat, celles qui sont seulement de la nature du contrat, et celles qui sont accidentelles au contrat* » : R.-J. POTHIER, *Traité des obligations, selon les règles, tant du for de la conscience que du for extérieur, nouvelle édition par M. Bernardi*, t. I, Paris : Letellier, 1813, § 111, n° 5. Les composantes essentielles du contrat sont « *celles sans lesquelles ce contrat ne peut subsister ; faute de l'une de ces choses, où il n'y a pas du tout de contrat, ou c'est une autre espèce de contrat* » : *ibid.*, § 111, n° 6. Ces composantes se distinguent des éléments naturels « *en ce que le contrat peut subsister sans elles, et qu'elles peuvent être exclues du contrat par la convention des parties ; et elles diffèrent des choses accidentelles du contrat, en ce qu'elles font partie du contrat, sans avoir été expressément convenues* » : *ibid.*, § 111, n° 7. Pour une analyse approfondie de ces trois catégories d'éléments, v. not., F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse préc., 1957, n° 33 et s., pp. 35 et s. ; G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, préface de D. TATON, 1969, L.G.D.J., coll. Bibl. de droit privé, t. 93, n° 143 et s., pp. 214 et s. ; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. de J. GHESTIN, L.G.D.J., coll. Bibl. de droit privé, t. 311, 1999, n° 158, p. 147 ; P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, *op. cit.* ; C. PERES, *La règle supplétive*, préface de G. VINEY, L.G.D.J., coll. Bibl. de droit privé, t. 421, 2004, spéc. n° 528 et s., pp. 511 et s.

²⁴² Notion empruntée à M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, préf. de L. AYNES, Economica, coll. Recherches juridiques, Tome 2, 2002.

²⁴³ C. AUBRY et C.-F. RAU, *Droit civil français*, *op. cit.*, § 410, n° 164, p. 236.

²⁴⁴ Ph. DIDIER, thèse préc., n° 39, p. 28.

Sous-section 1 / D'un contrat essentiellement gratuit, à un contrat naturellement gratuit

78. Si, dans un premier temps, de nombreuses tentatives sont mises en œuvre par les auteurs français pour maintenir, pour le moins, l'artifice de gratuité, ce critère sera finalement, à la différence du droit allemand²⁴⁵, déchu de son rang. Les difficultés suscitées par le critère de gratuité à l'époque romaine²⁴⁶ accompagnent la redécouverte du mandat dans le Digeste et expliquent le « déclassé » du critère de gratuité en droit français. Le mouvement suivant a pu être observé : d'un contrat « essentiellement gratuit »²⁴⁷, le mandat de droit français se mue en un contrat naturellement gratuit²⁴⁸.

79. **Un attachement ferme des juristes français au critère de gratuité hérité du droit romain.** Les rédacteurs du Code civil sont restés fidèles au critère de gratuité du mandat hérité du droit romain et qui s'applique toujours sous l'Ancien droit²⁴⁹. Ils l'érigent comme un principe à l'article 1986, qui dispose que « *le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire* ». Ce texte est demeuré inchangé depuis la promulgation du Code civil. C'est le caractère gratuit du service rendu qui permet, à la veille du Code napoléon, de distinguer le mandat du louage d'ouvrage, qui remplit les mêmes fonctions que le mandat en permettant l'accomplissement d'« une chose », mais à titre onéreux²⁵⁰.

²⁴⁵ Cf. *supra*, n° 55.

²⁴⁶ Cf. *supra*, n° 45.

²⁴⁷ C. GIVERDON, thèse préc., n° 6, p. 41.

²⁴⁸ La thèse selon laquelle le critère de gratuité n'est qu'un élément naturel du mandat remonte toutefois loin dans le temps : elle transparaît déjà en filigrane chez les glossateurs, tel AZON (v. F. CAGNINACCI, thèse préc., p. 44), et ACCURSE (*ibid.*, pp. 48-50), puis, notamment, et de façon beaucoup plus subtile, chez BARTOLE (*ibid.*, pp. 61-63).

²⁴⁹ Ainsi, POTHIER, citant PAUL, affirme qu'« [i]l est de l'essence du mandat qu'il soit gratuit » : R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de mandat*, *op. cit.*, n° 22, p. 219, et qualifie le mandat salarié de contrat de louage : *ibid.* Au XVII^{ème} siècle, un autre auteur, G. COQUILLE, énonçait que « *tout mandat est gratuit, et a sa source d'honnêteté et d'amitié et c'est chose contraire à l'amitié que le salaire* » : *Questions et réponses sur les articles des Costumes de France par Me Guy Coquille, Sieur de Romaney*, Paris, 1644, spéc. p. 570. V. égal. L. PFISTER, « Un contrat en quête d'identité. Jalons pour une histoire de la qualification du mandat », in N. Dissaux (dir.), *op. cit.*, spéc. n° 8, pp. 7-8, et la doctrine citée. Pour une littérature détaillée, v. les auteurs cités par F. CAGNINACCI, thèse préc., pp. 180-181, et pour des exemples jurisprudentiels validant l'essence gratuite du mandat au XVI^{ème} et XVII^{ème} siècles, v. *ibid.* pp. 182-185.

²⁵⁰ Ainsi, POTHIER écrivait-il que « *Si [la tradition est faite] afin de faire quelque chose pour l'utilité de celui, qui en fait la tradition, c'est, ou un louage, si celui, à qui la tradition est faite, reçoit pour cela une rétribution ; ou un mandat, s'il s'en charge gratuitement.* » : *Traité du contrat de dépôt*, in *Œuvres de Pothier contenant les traités du droit français*, *op. cit.*, n° 9, p. 154.

80. Toutefois, le maintien de la gratuité comme critère distinctif du contrat de mandat manquait de commodité et enlevait à ce contrat une grande partie de son utilité pratique. Déjà, en droit romain, le critère de gratuité s'était rapidement trouvé détourné, voire corrompu, par la distinction qui a été opérée entre l'*honorarium* et la *merces*²⁵¹. Malgré la stratification de la société romaine et son mépris du travail, réservé aux personnes dépendant de la *merces* pour leur survie, l'exécution du mandat s'est pratiquement toujours accompagnée d'un devoir de reconnaissance (un cadeau, *honos*²⁵²), celui-ci revêtant, le plus souvent, la forme d'une somme d'argent. En substance, « [d]u moment que le mandataire ne s'engage pas dans un but lucratif, le contrat reste un mandat et l'honneur est sauf »²⁵³.

81. En vain, la doctrine française s'efforce de maintenir l'artifice de gratuité en combinant ce critère avec celui de la nature juridique du service à rendre, dans la lignée de la distinction, déjà opérée à Rome, entre les arts libéraux et les travaux sordides²⁵⁴. La qualification de mandat, considéré comme un contrat noble, devait selon cette conception être réservée aux arts libéraux, telles les professions libérales²⁵⁵ (auxquelles sont essentiellement assimilées les activités intellectuelles). Dans le cadre de ces activités, l'intermédiaire est réputé avoir accompli sa mission gracieusement. Au contraire, les professions réputées en bas de l'échelle sociale – soit les activités mécaniques ou manuelles (les « travaux sordides ») – forment quant à elles le monopole du louage ; à ce titre, elles sont rémunérées.

Cette *summa divisio* doctrinale ne résistera toutefois pas aux impératifs d'ordre pratique.

82. **La mise à mal, dans la pratique, du principe de gratuité du mandat en droit français.** Si les activités libérales sont présumées être réalisées à titre gracieux, il est en même temps naturel que le mandataire, agissant de façon habituelle (du fait de sa

²⁵¹ Cf. *supra*, n° 45.

²⁵² F. CAGNINACCI, thèse préc., p. 27.

²⁵³ F. CAGNINACCI, *ibid.*, p. 177.

²⁵⁴ Ph. DIDIER, thèse préc., n° 51, p. 33. Cette combinaison de critères aurait déjà été mise en œuvre par les romains : *ibid.*, n° 55, p. 35, se référant à l'interprétation d'ACCURIUS, dans la *Magna glossa*.

²⁵⁵ L'assimilation des professions libérales au contrat de mandat se réalise sous l'Ancien droit. Pour les romains, ces arts relèvent d'un domaine particulier, en dehors du mandat, du louage et même du contrat innomé : F. CAGNINACCI, thèse préc., p. 28, ainsi que la littérature citée, note 40.

« profession » libérale), reçoive un *honoraire* (ou récompense) pour les services rendus²⁵⁶. Si « *l'honneur, la récompense donnée par gratitude, ne fait pas obstacle au mandat* », opinion partagée « *par toute la doctrine, tant romaine et française* »²⁵⁷, entre la qualification d'*honor* et de *merces*, il n'y a qu'un pas, d'autant que le mandataire est fondé à réclamer sa récompense en justice²⁵⁸. Au surplus, l'acrobatie intellectuelle à laquelle se livrent les juristes pour distinguer le mandat du louage est d'autant plus complexe que le partage entre, d'un côté, les œuvres de l'esprit, nobles et gracieuses de par leur nature et, de l'autre, les activités manuelles, évolue constamment²⁵⁹.

Finalement, le caractère onéreux de la mission ne dénature plus le mandat, et le principe de gratuité devient l'exception à l'égard de ce type d'activités²⁶⁰. La perception d'une somme d'argent devenant commune pour le mandataire et le locateur d'ouvrage, le critère de gratuité devient obsolète dans la détermination des éléments distinctifs du mandat.

83. En droit français, l'écart entre les textes et la jurisprudence est devenu patent en ce qui concerne l'établissement du caractère gratuit du mandat : contrairement à la lettre de l'article 1986 du Code civil²⁶¹, la jurisprudence pose une présomption d'onérosité de ce contrat en faveur des personnes qui s'occupe des affaires d'autrui à titre professionnel²⁶².

La présomption d'onérosité du mandat est également consacrée par les textes en droit polonais²⁶³, beaucoup plus jeunes (le Code civil polonais datant de 1964), et forts de l'expérience de la pratique sur la tarification des services du mandataire. Sur ce point, les droits français et polonais se démarquent donc du droit allemand, dans lequel le critère de gratuité demeure le critère distinctif du mandat²⁶⁴. La portée de cette différence doit

²⁵⁶ R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de mandat, op. cit.*, n° 26, p. 221.

²⁵⁷ F. CAGNINACCI, thèse préc., p. 193.

²⁵⁸ R.-J. POTHIER, *loc. cit.*

²⁵⁹ Ph. DIDIER, thèse préc., n° 55, p. 36.

²⁶⁰ Comme le relève POTHIER, « *il est de la Justice et de l'intérêt public que les personnes qui se dévouent à ces professions trouvent dans l'exercice qu'ils en font, de quoi subvenir à leurs besoins, et de quoi élever leur famille* » : *loc. cit.* Dans l'esprit de l'auteur, toutefois, « *cette récompense n'est pas un loyer, ce n'est pas le prix de leurs services, qui sont inestimables de leur nature* » : *ibid.*

²⁶¹ En application duquel « [l]e mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire. ». À noter que l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux reprend cette disposition à l'identique, en son article 150.

²⁶² Fr. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux, op. cit.*, n° 645, ainsi que la jurisprudence citée, note 6.

²⁶³ *Cf. supra*, n° 71.

²⁶⁴ *Cf. supra*, n° 55.

toutefois être relativisée puisque, comme on l'a vu²⁶⁵, le « mandat onéreux » en droit allemand est requalifié en contrat de gestion d'affaires auquel sont appliquées les dispositions du mandat par analogie, en l'absence de règle contraire (§ 675, 1^{er} alinéa, B.G.B.).

84. En droit français, les incohérences et difficultés suscitées par le critère de gratuité constituent autant de facteurs qui participent à la réception de la représentation par le contrat de mandat, à la façon d'un vide juridique qu'il convient de combler, d'un embarras qu'il est pressenti de résoudre.

En même temps, le bien-fondé de cette interversion de critères suscite aussitôt des questions dans la mesure où ces derniers ne se situent pas sur le même plan : la gratuité intéresse les conditions d'exercice de la *mission* du mandataire ; la représentation en constitue une des modalités de mise en œuvre.

²⁶⁵ *Ibid.*

Sous-section 2 / D'un contrat naturellement représentatif à un contrat essentiellement représentatif

85. **La représentation, élément naturel du mandat en droits français et allemand (XVI^{ème} – XVIII^{ème} s.).** Étant admis, depuis le XVI^{ème} siècle, que le mandat puisse produire un effet externe²⁶⁶, c'est sur le modèle de ce contrat que DOMAT²⁶⁷, puis POTHIER²⁶⁸, ont décrit la notion de représentation. La représentation n'est alors perçue que comme une composante naturelle du mandat²⁶⁹, soit un élément dont la présence, ou l'absence, n'influe pas sur le processus de qualification de ce contrat²⁷⁰. Si tout mandat n'emporte pas nécessairement représentation du mandant, il semble cependant acquis, à la veille du code Napoléon, qu'inversement, seul ce contrat puisse produire cet effet²⁷¹. Au XVIII^{ème} siècle, la représentation n'existe donc pas en tant qu'institution juridique autonome ; il n'y aurait même pas eu, à cette époque-là, de notion pour exprimer son effet²⁷². Jusque-là, l'évolution du mécanisme de représentation en droit allemand suit le même cours qu'en droit français²⁷³.

²⁶⁶ Ph. DIDIER, thèse préc., n° 60, p. 39 ; J.-L. GAZZANIGA, « Mandat et représentation dans l'Ancien droit », *Revue droits* 1987, n° 6, p. 21 ; R. POPESCO-RAMNICEANO, thèse préc., p. 187, et la littérature citée, note 14 ; F. CAGNINACCI, thèse préc., pp. 201-209, ainsi que les références citées ; S. De PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, traduit par Jean BARBEYRAC, t. I, Caen : Centre de philosophie politique et juridique, 1732, pp. 418 et s.

²⁶⁷ Au XVII^{ème} siècle, DOMAT attribue à l'effet externe du mandat (qu'il appelle *procuration*), un caractère seulement facultatif, comme en témoigne sa définition de ce contrat. Selon l'auteur, le mandat est « *l'acte par lequel celui qui ne peut vaquer lui-même à ses affaires donne pouvoir à un autre de le faire pour lui, comme s'il était présent : soit qu'il faille simplement gérer, et prendre soin de quelques biens ou de quelque affaire, ou que ce soit pour traiter avec d'autres* » (nous soulignons) : J. DOMAT, *Oeuvres complètes de J. Domat*, par J. REMY, t. I, Paris, 1835, p. 355.

²⁶⁸ Au XVIII^{ème} siècle, POTHIER, sans classer la représentation dans les critères qui participent de l'essence du mandat, explique que « [*lorsque le mandataire, en exécution du mandat (...) a fait quelques contrats avec des tiers (...), [ce dernier] ne contracte aucune obligation envers les personnes, avec lesquelles il contracte en cette qualité, parce que ce n'est pas lui qui est censé contracter ; il ne fait qu'interposer son ministère, par lequel le mandant est censé contracter* » : R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de mandat, op. cit.*, n° 87, p. 252. Des auteurs attribuent d'ailleurs à POTHIER le mérite d'avoir élaboré une véritable théorie de la représentation en droit français : ainsi, POPESCO-RAMNICEANO, thèse préc., p. 192.

²⁶⁹ Ph. DIDIER, *loc. cit.* À noter qu'au XIX^{ème} siècle, les premiers commentateurs sont restés fidèles à l'appréhension de la représentation comme un simple élément naturel du contrat de mandat : v. la littérature citée par J.-F. QUIEVY, thèse préc., p. 205, note 33, not. R.-Th. TROPLONG, *Le droit civil expliqué – Du mandat*, t. 16, Paris : Charles Hingray, 1846, n° 5, 8, 9 et 33 ; F. MOURLON, *Répétitions écrites sur le Code civil*, éd. Garniers frères, 1896, pp. 433-434. V. égal. dans ce sens en jurisprudence, Cass. civ., 27 janv. 1812, *Journal des audiences* 1812, p. 216 (cité par J.-F. QUIEVY, *ibid.*, note 32).

86. La genèse du mandat représentatif (§ 1) explique et met en évidence le choix du support juridique du pouvoir de représentation respectivement dans les modèles français et germanique : le mandat pour le premier, et la procuration pour le second.

Ce n'est qu'au XIX^{ème} siècle que le critère de la représentation sera hissé au rang d'*essentialia* du contrat de mandat en droit français, sans pourtant que cette conception n'ait jamais rallié à sa cause l'unanimité des auteurs. Son désaveu se révélera justifié : la construction du mandat représentatif en tant que composé unitaire procède en vérité d'une confusion entre, d'un côté, ce qui cause l'acte conclu par un intermédiaire par le biais de la représentation – soit la mission dont il a été investi – et de l'autre, les effets de cet acte (l'engagement direct du maître de l'affaire). Concrètement, c'est à la faveur d'une ellipse dans la construction du mécanisme d'action *au nom* d'autrui que la confection du mandat (investissant l'intermédiaire d'une charge ou mission) et le pouvoir de représentation (moyen de mise en œuvre de la mission octroyée) sont apparus, en France, comme étant les manifestations d'une même idée. Cette convergence entre les deux mécanismes – que souhaitent entériner les rédacteurs de l'avant-projet de réforme des contrats spéciaux – semble pourtant devoir être définitivement condamnée du fait de l'introduction en droit français de dispositions exclusivement consacrées au *pouvoir* de représentation (§ 2).

§ 1 – La genèse du mandat représentatif

87. La réception de la représentation dans le contrat de mandat – qui caractérise également, dans un premier temps, le système allemand²⁷⁴ – tient à l'interpénétration historique entre le mandat et d'autres figures voisines, dans le Digeste, qui accompagne l'admission de la représentation dans la vie juridique : la procuration (A) et la *lex paepositionis* (B). Elle s'explique également par le recours à la fiction dans l'explication traditionnelle du mécanisme de représentation (C). La thèse de la fiction sera finalement abandonnée dans les deux modèles français et germanique. L'analyse moderne de la représentation (D) n'aboutira toutefois pas en droit français, comme c'est le cas du modèle germanique, à la consécration d'une institution exclusivement dédiée à ce mécanisme.

²⁷⁰ Cf. *supra*, note 241.

²⁷¹ Ph. DIDIER, *loc. cit.*

²⁷² F. RIGAUD, thèse préc., p. 40.

²⁷³ Cf. *infra*, n° 486 et s.

²⁷⁴ *Ibid.*

A) L'interpénétration historique des notions de mandat et de procuration

88. C'est dans l'interpénétration de la notion de procuration avec celle de mandat, à partir du III^{ème} siècle de notre ère, qu'il est possible de déceler l'une des causes majeures de la réception de la représentation dans le contrat de mandat en droit français²⁷⁵. En effet, la représentation se trouvera admise dans le cadre de la procuration²⁷⁶ tandis que, des siècles durant, ses contours par rapport au contrat de mandat ne seront pas clairement établis, les deux notions étant la plupart du temps assimilées.

Originellement, lorsqu'elle apparaît en droit romain, la procuration constitue un mécanisme distinct du mandat.

89. **Les origines de la procuration (*procuratio*) : l'apparition du procureur en droit romain (le *procurator*), une figure distincte du mandataire.** La *procuratio* apparaît pour répondre aux besoins de la société romaine classique, aux côtés du mandat. Le *procurator* romain est décrit par les auteurs contemporains comme un administrateur permanent, habilité à gérer tout ou partie des affaires du *dominus*²⁷⁷. Cette institution recèle l'idée de la technique moderne de la représentation par son objet : il s'agit de gérer²⁷⁸ un patrimoine de sorte que le géré en subisse *directement* les effets. Elle s'en distingue toutefois, car cette fonction était initialement remplie par les *alieni iuris*, c'est-à-dire par des personnes dénuées de capacité juridique propre et qui n'agissaient pas au titre d'un quelconque pouvoir²⁷⁹.

90. **Structure, objets et effets respectifs du *mandatum* et de la *procuratio* dans le droit romain classique.** Plusieurs caractéristiques fondamentales distinguent initialement les deux institutions, à savoir leur « structure », objets et effets respectifs. On l'a vu, en droit romain, le contrat de mandat implique une relation particulière d'amitié et de confiance entre les parties. Même s'il est anachronique de répertorier le mandat romain

²⁷⁵ Ph. DIDIER, thèse préc., n° 59, p. 39.

²⁷⁶ Cf. *infra*, n° 95.

²⁷⁷ F. CAGNINACCI, thèse préc., pp. 25 et 29.

²⁷⁸ La *procuratio* est définie en latin comme « [l'] *action d'administrer, de régir* » : F. GAFFIOT, *Dictionnaire latin français*, Hachette, 1934, v° « *procuratio* », 1°, p. 1244. La *procuratio* est dérivée du terme *procurare* (donner ses soins à, s'occuper de) : *ibid.*, v° « *procurare* ».

²⁷⁹ Cf. *supra*, n° 48.

dans la catégorie des contrats égalitaires, les parties à ce contrat sont dans un rapport d'égal à égal²⁸⁰ et des sujets de droit à part-entière. Au contraire, la *procuratio* s'inscrit dans un rapport hiérarchique dans le cadre duquel « l'intermédiaire », en sa qualité d'*alieni juris*, n'est que le prolongement de la personne du maître. Le mandat revêt donc une structure triangulaire qu'on ne retrouve pas dans la *procuratio*.

La qualité respective des parties explique que l'objet du mandat était en outre beaucoup plus restreint que celui de la *procuratio* : le mandat investit le mandataire d'effectuer un acte ou une affaire déterminée ; le *procurator* s'occupe au contraire de tout ou partie des affaires du géré et ce, de façon permanente²⁸¹.

Le statut spécifique aux parties explique également les effets propres à chacune de ces deux institutions. En sa qualité d'*alieni juris*, le *procurator* ne pouvait, par définition, qu'engager le géré (ici « *dominus* »). La logique se trouve inversée dans le contrat de mandat : au regard des principes régissant les relations « privées » entre *sui iuris* (celui du formalisme et de la personnalité de l'obligation), l'engagement contracté par le mandataire ne pouvait « toucher » que sa propre personne²⁸².

91. L'évolution respective du mandat et de la procuration romaine va pourtant obscurcir leurs différences et déboucher, finalement, sur une confusion entre les deux notions.

92. **Une fusion de la procuration et du mandat dans le Bas-Empire romain, scellée au VI^{ème} siècle dans le *Corpus iuris civilis*.** Au III^{ème} siècle de notre ère, les frontières du mandat vont éclater et ce dernier pourra, à l'instar de la *procuratio*, avoir un objet général²⁸³. Quant au *procurator*, toutes les personnes libres acquièrent finalement la faculté d'assumer cette fonction. Ces facteurs sont à l'origine de la première assimilation des notions de mandat et de procuration sous le Bas-Empire romain²⁸⁴. Les compilations justiniennes récupèrent et scellent, à cette occasion, l'association sémantique entre ces

²⁸⁰ Au sens historique du terme, le mandant n'est donc pas à proprement parler un « maître » de l'affaire.

²⁸¹ F. CAGNINACCI, *loc. cit.* Pour une étude approfondie de l'institution du procureur dans le droit romain classique, v. G. LE BRAS, *L'évolution générale du procureur en droit privé romain des origines au III^e siècle*, thèse Paris, P.U.F., 1922.

²⁸² Cf. *supra*, n° 46.

²⁸³ F. CAGNINACCI, thèse préc., pp. 51, et 87-88.

²⁸⁴ F. CAGNINACCI, *ibid.*, pp. 31 et 120.

deux institutions²⁸⁵. Dans le Digeste, le mandat est défini « *comme un contrat consensuel par lequel une personne appelée mandator charge une autre personne, mandatarius ou procurator, d'accomplir quelque chose dans son intérêt* »²⁸⁶ (nous soulignons). Cette assimilation a pour conséquence l'application d'un régime juridique uniforme tant à l'égard de l'ami, ayant accepté gracieusement de s'occuper d'une affaire déterminée pour autrui, qu'à l'égard du tiers, gérant d'affaires, même salarié²⁸⁷.

93. Au XIII^{ème} siècle, la doctrine savante ne réceptionne donc pas la procuration du droit romain classique, autonome du mandat, mais une institution du Bas-Empire qui s'est fondue dans ce contrat.

94. **L'assimilation du mandat et de la procuration dans la doctrine savante et l'apparition de la technique moderne de la représentation.** Le droit canonique reprend à son compte l'assimilation entre le mandat et la procuration²⁸⁸. Devançant les glossateurs, commentateurs et coutumiers, le droit canon admet en même temps, dès le XIII^{ème} siècle²⁸⁹, le principe de l'engagement direct du constituant²⁹⁰. Cette évolution – marquant l'entrée dans la vie juridique de la représentation, dans son acception moderne – se réalise sous l'impulsion du développement des activités mercantiles et de l'évolution sociale²⁹¹ et

²⁸⁵ Ph. DIDIER, thèse préc., n° 43, p. 30, et les auteurs cités, notes 8 et 9 ; F. CAGNINACCI, *ibid.*, p. 108 ; P. WIDERSKI, *Pelnomocnictwo w prawie polskim, op. cit.*, I, pt. 2.1.

²⁸⁶ F. CAGNINACCI, *ibid.*, p. 25.

²⁸⁷ F. CAGNINACCI, *ibid.*, pp. 26-28.

²⁸⁸ Le procureur est alors défini comme « *celui qui administre les affaires d'autrui en vertu d'un mandat* » (L. MAYALI, « Procureurs et représentation en droit canonique médiéval », in *Mélanges de l'école française de Rome*, R.I.D.C., vol. 114, n° 1, p. 50, et les auteurs cités, note 47), définition qui restera figée jusqu'à la fin du Moyen Âge (*ibid.*, et les auteurs cités, note 50).

²⁸⁹ La première réglementation d'une forme de représentation, proche de sa physionomie actuelle, remonterait au Sixte de Boniface VIII, promulgué en 1298, et concerne la procuration dans le mariage : J. PAZDAN, *Pelnomocnictwo w prawie prywatnym międzynarodowym, op. cit.*, pt. 3, note 17 ; W. MÜLLER-FREIENFELS, « Der Haager Konventionsentwurf über das auf die Stellvertretung anwendbare Recht », *RabelsZ* n° 1, 1979, pp. 80 et s., spéc. n° 83. La représentation apparaît à cette époque également dans un traité juridique français anonyme, le Livre de Justice et de Plaid : v. *Li livre de Jostice et de Plet*, éd. Rapetti, 1850, p. 106, cité par F. CAGNINACCI, thèse préc., p. 201.

²⁹⁰ V. R. POPESCO-RAMNICEANO, thèse préc., pp. 184 et s., spéc. p. 187 ; F. RIGAUX, thèse préc., pp. 39-40, ainsi que les auteurs cités ; R. de QUENAUDON, « Quelques remarques sur le conflit de lois en matière de représentation volontaire », *Rev. critique DIP*, 1984, p. 417. En littérature allemande, v. H. BAUER, *op. cit.*, pp. 36 et s. ; U. MÜLLER, *Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter, op. cit.*, pp. 64 et s. (cités par J. PAZDAN, *Pelnomocnictwo w prawie prywatnym międzynarodowym, op. cit.*, pt. 3, note 17).

²⁹¹ M. STORCK, thèse préc., p. 78, n° 103 ; R. de QUENAUDON, *Recherches sur la représentation volontaire dans ses dimensions interne et internationale*, thèse, Strasbourg, 1979, p. 45.

résulte de l'absence de défiance du droit canon vis-à-vis de la représentation, qui opère et justifie en même temps le lien entre les différents échelons de la hiérarchie établie au sein de l'Église chrétienne (les autorités ecclésiastiques agissant en qualité de *représentants* de Dieu sur terre²⁹²).

Une telle ouverture à la technique de la représentation ne se retrouve pas, sauf exception, chez les romanistes. Les glossateurs sont restés fidèles au principe de non-représentation du mandat et de la procuration²⁹³. Cette solution est cohérente avec leur démarche, qui consiste à expliquer la loi romaine par le rassemblement des règles communes à une même institution, afin d'en dégager des solutions cohérentes. Or, le droit romain excluait toute représentation dans les rapports d'obligation²⁹⁴.

Les commentateurs adoptent une approche différente : tout en systématisant les institutions et règles romaines, leur dessein est d'adapter le résultat de leur recherche aux besoins de l'époque, laissant ainsi place à l'innovation juridique. Dans ce contexte, un postglossateur en particulier, BARTOLE, est le premier romaniste à introduire la représentation sur le terrain du contrat de mandat²⁹⁵. L'auteur participe également au rapprochement entre les notions de procuration et de mandat, qu'il identifie, à l'instar de ses disciples²⁹⁶. Ce jurisconsulte italien du XIV^{ème} siècle est en même temps le commentateur le plus connu et étudié par la doctrine française de la fin de l'Ancien Régime²⁹⁷.

95. L'éclipse du mandat, perçu comme un simple doublon de la procuration par les auteurs coutumiers (XIII^{ème}-XV^{ème} siècle). Parallèlement à la doctrine savante, et jusqu'à l'avènement du droit français au XVI^{ème} siècle, la fusion entre la procuration et le mandat se traduit par l'effacement même de la notion de mandat dans les écrits de la

²⁹² M. STORCK, *ibid.* ; R. de QUENAUDON, *ibid.*, p. 55. Ainsi, la théorie des deux glaives (*Unam Sanctam* de BONIFACE VIII, en date du 18 novembre 1302), postule que les rois et les empereurs exercent leur pouvoir par délégation du Pape, lui-même représentant de Dieu sur la terre : J.-L. GAZZANIGA, art. préc., pp. 21-30.

²⁹³ V. AZON, *Summa* I, p. 102 (cité par F. CAGNINACCI, thèse préc., p. 42), et ACCURSE, *Grande Glose*, I, *Si mandatu* (cité par F. CAGNINACCI, *ibid.*, p. 50, notes 140 et 141).

²⁹⁴ *Cf. supra*, n° 46.

²⁹⁵ F. CAGNINACCI, thèse préc., p. 63 ; M. SMYK, thèse préc., I, I, pt. 2.1.

²⁹⁶ F. CAGNINACCI, *ibid.*, p. 29.

²⁹⁷ F. CAGNINACCI, *ibid.*, pp. 62 et 68 ; Ph. MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique*, 2^{ème} éd., Cujas, 2000, v° « BARTOLE ».

littérature coutumière²⁹⁸. La représentation dans le droit séculier va conséquemment apparaître sur le terrain de la procuration, et plus précisément, sur celui de la procuration *ad negocia*²⁹⁹ (qui permet d’englober alors la gestion de toutes les affaires du constituant³⁰⁰) et, dans un second temps, sur celui de la procuration aux causes³⁰¹, elle-même l’ancêtre du « mandat » *ad litem*.

96. Une apparente distinction entre la procuration et le mandat sous l’Ancien Régime. À partir du XVI^{ème} siècle, les procurations en justice et aux négoce s’institutionnalisent ; la première devient une profession réglementée, et la seconde voit le procureur se muer en subalterne chargé de gérer les biens de son constituant, moyennant salaire. Le contrat de mandat, jusque-là éclipsé, retrouve un espace à combler : une institution gracieuse permettant de rendre service à un ami ou, à tout le moins, à une personne appartenant au même cercle social³⁰².

La promiscuité entre les notions de mandat et de procuration entretenue depuis des siècles aura toutefois raison de leur indépendance en droit français. Dans la lignée et suivi par de nombreux auteurs³⁰³, PASQUIER écrit par exemple : « *Procureur et mandataire, paroles que je confonds.... Parce que le procureur n’est autre que le mandataire ...* »³⁰⁴.

Cette apparente synonymie entre les deux notions sera finalement consacrée dans le Code civil en 1804.

²⁹⁸ L’on ne percevait guère son utilité, dans la mesure où l’élargissement croissant de la procuration coutumière avait « *comblé tout l’espace vide qui était normalement réservé au mandat* » : F. CAGNINACCI, *ibid.*, p. 109.

²⁹⁹ F. CAGNINACCI, *ibid.*, pp. 106-107.

³⁰⁰ F. CAGNINACCI, *ibid.*, p. 102.

³⁰¹ Lorsqu’elle apparaît, la représentation dans le procès n’existe pas ; celui qui a chargé un procureur à l’instance est seulement tenu de ratifier les engagements contractés dans les limites de la procuration. C’est le procureur qui s’engage personnellement. En conséquence, la « *sentence est prononcée contre le procureur, non contre le maître* » F. CAGNINACCI, *ibid.*, p. 42, note 98.

³⁰² F. CAGNINACCI, *ibid.*, p. 132.

³⁰³ V. les auteurs cités par F. CAGNINACCI, *ibid.*, pp. 156-157, note 129 à 132, not. Monsieur BOUTARIC affirmant : « *Mandat ou mandement, nous connaissons mieux ce contrat sous le nom de procuration et de commission* » (F. BOUTARIC, *Les Institutes de l’Empereur Justinien conférées avec le droit français*, Toulouse, 1740, p. 499). V. égal. J. DOMAT, *Oeuvres complètes de J. Domat, op. cit.*, spéc. p. 355 ; S. De PUFENDORF, *op. cit.*, pp. 418 et s., traitant des « *Engagements que l’on contracte par procureur* ». C’est finalement à cette conception que se rallie POTHIER, bien qu’il eut noté les différences entre les deux institutions. Selon l’auteur, la notion de procureur « *ne convient qu’au contrat de mandat, et ne peut convenir au contrat de louage* » : R.- J. POTHIER, *Traité du contrat de mandat, op. cit.*, n° 125, p. 271.

³⁰⁴ E. PASQUIER, *L’interprétation des institutes de l’empereur Justinien*, éd. Monsieur le DUC PAQUIER, Paris, 1847, p. 725.

97. **Une interpénétration de la procuration dans le mandat scellée dans le Code napoléon.** Si le mandat redevient une institution solide et indépendante avec l'édification du droit français – certes, avec une physionomie tout autre que celle façonnée par le droit romain classique –, ce ne sera pas le cas de la procuration, qui ne retrouvera son autonomie juridique que dans la législation d'outre-Rhin. Les rédacteurs du Code Napoléon entérinent en effet la confusion entre la procuration et le mandat dans la définition même du contrat de mandat à l'article 1984 du Code civil³⁰⁵.

98. **La procuration depuis le Code napoléon : une notion aux contours incertains, dépourvue d'ossature juridique.** Depuis 1804, de nombreuses interprétations de la procuration ont été proposées au sein de la doctrine française en vue de la distinguer du contrat de mandat³⁰⁶. Toutefois, quelle que soit l'acception retenue, *de lege lata*, la procuration a perdu en droit français toute autonomie juridique : elle ne correspond pas, comme dans le modèle germanique, à une institution à part entière³⁰⁷, aux contours cimentés, et ce depuis l'entrée en vigueur du B.G.B. en 1900.

Également, le législateur français s'est constamment gardé d'ouvrir une voie pouvant présager de l'autonomisation juridique de la procuration sur le modèle du droit allemand. De façon notable, et bien qu'il soit généralement admis que la notion de procuration renvoie au mécanisme de représentation³⁰⁸, cette notion se trouve entièrement éludée des nouvelles dispositions issues de l'ordonnance du 10 février 2016, consacrées à ce mécanisme.

³⁰⁵ L'énoncé de la définition du contrat de mandat infère une synonymie entre les notions de mandat et de procuration : « *Le mandat ou procuration est ...* » (article 1984 du Code civil).

³⁰⁶ F. MARMOZ, thèse préc., n° 231, p. 80. Sur les différentes acceptions de cette notion en droit français, v. *infra*, n° 624 et s.

³⁰⁷ Cf. *infra*, n° 492 et s., sur l'émancipation juridique de la *Vollmacht* allemande.

³⁰⁸ Cette interprétation se dégage de la lecture des textes, en particulier du fait de la présence de cette notion dans la réglementation du mandat : v. les articles 1984 (définition du mandat), 1993 (obligation de restitution du mandataire), et 2004 (révocation du pouvoir de représentation). Au sein du Code civil, v. égal. l'article 311-23, en son second alinéa, qui préconise, pour la dévolution du nom de famille, la représentation d'un parent par un fondé de procuration en cas « *d'empêchement grave* » ; les articles 36 et 38, qui permettent, sous certaines conditions, l'intervention d'un fondé de procuration pour l'établissement des actes de l'état civil ; l'article 121, qui régit la situation des personnes présumées absentes lorsqu'elles « *ont laissé une procuration suffisante à l'effet de les représenter et d'administrer leurs biens* » ; l'article 933, qui permet au donataire majeur d'accepter une donation « *en son nom, par la personne fondée de sa procuration (...)* ». V. égal. dans ce sens en doctrine, A. GILSON-MAES, thèse préc., n° 65, p. 49 ; Monsieur OVERSTAKE, pour qui « *le mandat implique, comme la procuration, la notion de représentation* » : thèse préc., p. 93. V. égal. *infra*, n° 630, ainsi que les références citées, note 1862, les auteurs pour qui la procuration consiste dans un acte juridique conférant le pouvoir de représentation, à défaut de laquelle le mandat ne produit aucun effet externe.

Il est vrai, en revanche, que l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux du 26 juin 2017 érige la procuration en institution à part entière et lui dédie plusieurs articles. On remarquera d'emblée que la définition proposée par le groupe de travail rompt nettement avec les origines de cette notion et n'a, au surplus, qu'un rapport lointain avec son homologue dans le modèle germanique³⁰⁹.

99. Jusqu'au XVI^{ème} siècle, la représentation n'apparaît qu'exceptionnellement dans le droit séculier³¹⁰. La donne s'inverse à la Renaissance, la représentation retenant sous l'Ancien droit toute l'attention de la doctrine. L'évolution sociétale généralise le recours à des intermédiaires, devenus indispensables dans une société de plus en plus complexe. Sa généralisation se produira sous l'influence d'une autre institution romaine, la *praepositio*, qui sera elle-même réceptionnée par le contrat de mandat.

³⁰⁹ Cf. *infra*, n° 637 et 638.

³¹⁰ Dans les textes, on ne la retrouve que dans des cas isolés, en particulier dans le Livre de Justice et de Plaid au XIII^{ème} siècle (v. *Li livre de Jostice et de Plet*, préc. p. 106, cité par F. CAGNINACCI, thèse préc., p. 201) et dans deux coutumes d'Anjou au XV^{ème} siècle (v. *Coutumes d'Anjou et du Maine intitulées selon les rubriques du Code...*, t. II, éd. C. J. Beautemps-Beaupré, 1877-1897, n° 11175, p. 446, cité par F. CAGNINACCI, *ibid.*).

B) *L'influence de la praepositio romaine sur le développement du contrat de mandat*

100. C'est sur le terrain de la *praepositio* romaine que va naître une action – l'action *institoria* ou institoriale –, qui se trouve être à l'origine du mécanisme moderne de la représentation (1).

Sous l'ancien droit, cette action va sortir du cadre spécifique dans lequel elle est apparue (un rapport de préposition) et bénéficier aux tiers ayant traité avec un mandataire. Concrètement, ces deux constructions – préposition et mandat – seront soumises, grâce à cette action institoriale, au même régime du point de vue du tiers³¹¹. En ce sens, « *le mandataire va [finalement] bénéficier du statut dont jouissait déjà le préposé au commerce [en droit romain]* »³¹² (2).

1) *L'actio institoria aux origines de la technique moderne de la représentation*

101. TROPLONG définira la *lex praepositionis*, ou préposition, comme « *le contrat par lequel on place une personne à la tête d'une certaine affaire de commerce pour la diriger, ou d'un certain ministère pour le remplir, au compte et sous les ordres du préposant* »³¹³. La *praepositio* permet donc de remplacer un préposant commerçant (le *negotiator*) dans la marche d'une activité commerciale. Création prétorienne³¹⁴, elle apparaît aux alentours des III^e et II^e siècles av. J.-C³¹⁵, période qui se caractérise par la transition d'une économie essentiellement agraire vers des activités mercantiles, en particulier maritimes, alors en pleine expansion. Ces facteurs rendent indispensable le recours à des intermédiaires³¹⁶.

Le droit romain distingue deux sortes de prépositions : l'*exercitoria* et l'*institoria*. La première correspond au pouvoir qu'un armateur accorde à un préposé – le capitaine du navire, l'*exercitor navis* – qui habilite ce dernier à agir pour le compte de l'armateur, dans le cadre d'un commerce maritime³¹⁷. L'*institoria* est une institution analogue dédiée au commerce terrestre³¹⁸. Dans un premier temps, les fonctions de *magister navis* et d'*institor* étaient essentiellement exercées par les membres du cercle familial³¹⁹, ce qui excluait toute forme de représentation. En effet, les fils et les esclaves, dépourvus de personnalité juridique propre, n'étaient que le prolongement du *pater negotiator*³²⁰. Avec le développement des échanges commerciaux, ces fonctions vont être de plus en plus assumées par de véritables tiers, des personnes *sui juris*³²¹. Il n'est plus question de *prolonger* la personne du *negotiator*, mais de le *remplacer*³²² dans la réalisation de l'ensemble des actes inhérents à l'activité commerciale maritime et terrestre.

-
- ³¹¹ V. Ph. DIDIER, thèse préc., n° 190, p. 136 : « [à] lire les auteurs [de l'ancien droit] », il y aurait eu en matière commerciale « une unité de l'action institoire qui englobe mandataire et préposé ».
- ³¹² F. CAGNINACCI, *loc. cit.*
- ³¹³ R.-Th. TROPLONG, *Le droit civil expliqué – Du mandat, op. cit.*, n° 60, p. 65. Rapp. avec la définition formulée par Madame CHEVREAU : « La *praepositio* était l'acte par lequel un entrepreneur appointait une personne et recourait à ses services pour gérer une entreprise lucrative en son nom » : art. préc., p. 3 (éd. élec.).
- ³¹⁴ R. POPESCO-RAMNICEANO, thèse préc., p. 151.
- ³¹⁵ E. CHEVREAU, art. préc., p. 2 (éd. élec.).
- ³¹⁶ R. POPESCO-RAMNICEANO, *loc. cit.*
- ³¹⁷ C. JONESCO, thèse préc., p. 159 ; C. HANOTEAU, *De la représentation dans les divers actes juridiques en droit romain et en droit français*, A. Derenne, 1876, p. 60 ; R. POPESCO-RAMNICEANO, thèse préc., p. 152. L'*exercitor* est défini dans le Digeste comme celui « qui en reçoit les revenus [de la navigation], soit qu'il soit le maître du navire, soit qu'il le tienne en entier à loyer du maître pour un temps ou pour toujours » : *Dig.*, L. XIV, t. I, 1^{ère} loi, § 15 : traduction française du *Corpus Iuris Civilis* par MM. H. HULOT *et al.*, *op. cit.* p. 313.
- ³¹⁸ L'*institor* est défini dans le Digeste comme celui qui « veille à l'affaire dont il est chargé ; peu importe qu'il soit commis à la vente dans une boutique ou chargé de toute autre affaire » (ULPIEN) : *Dig.*, L. XIV, t. 3, 3^{ème} loi : traduction française du *Corpus Iuris Civilis* par MM. H. HULOT *et al.*, *op. cit.*, p. 326. V. égal. C. JONESCO, thèse préc., p. 159 ; C. HANOTEAU, thèse préc., p. 60. Pour des exemples d'*institores*, v. ULPIEN, *Dig.*, L. XIV, t. 3, 5^{ème} loi.
- ³¹⁹ C. JONESCO, thèse préc., p. 159.
- ³²⁰ *Cf. supra*, n° 48, sur l'acquisition de la propriété dans le droit romain classique par l'*alieni iuris*.
- ³²¹ R. POPESCO-RAMNICEANO, thèse préc., p. 151 ; C. JONESCO, thèse préc., p. 159 ; C. HANOTEAU, thèse préc., p. 60.
- ³²² Etymologiquement, la notion de représentation englobe ces deux aspects : « rendre présent » et « remplacer » : *cf. infra*, n° 143.
-

102. Si le « mode d'action » de l'intermédiaire change en raison de son nouveau statut juridique, le résultat escompté n'en demeure pas moins le même : l'engagement du préposant. Cet objectif est atteint grâce à la reconnaissance, au profit du créancier insatisfait, d'une action directe à son encontre, dans les limites de la *praepositio*³²³ : l'*actio exercitoria* et l'*actio institoria*³²⁴. C'est ainsi qu'apparaît le concept de représentation³²⁵, entendue comme le lien de droit unissant deux parties extrêmes³²⁶.

103. La capacité d'exercice acquise par le préposé a cependant induit qu'il fut lui aussi tenu par les actes accomplis pour le compte du préposant (comment en effet « effacer » juridiquement celui dont on venait de reconnaître l'existence sur la scène juridique ?).

Un élément crucial du mécanisme de représentation, dans sa compréhension moderne, fait donc défaut : l'intermédiaire ne « s'efface pas » ; il est également engagé par

³²³ C. DIGNAC, thèse préc., p. 77 ; C. MAYNZ, *Cours de droit romain*, t. II, 4^{ème} éd., Bruylant-Christophe & Cie., 1877, pp. 265-266, § 223.

³²⁴ E. CHEVREAU, art. préc., p. 3 (éd. élec.) ; C. HANOTEAU, thèse préc., p. 60 ; C. MAYNZ, *op. cit.*, p. 266 ; J. PAZDAN, *Pelnomocnictwo w prawie prywatnym międzynarodowym*, *op. cit.*, pt. 2. L'*actio exercitoria* va plus loin que son homologue dans le commerce terrestre, à deux égards. D'abord, elle est reconnue pour les engagements de ceux qui se sont substitués au préposé, même si la substitution s'est réalisée à l'insu ou contre le gré de ce dernier : J.-J. CLAMAGERAN, *Du louage d'industrie, du mandat et de la commission en droit romain, dans l'ancien droit français et dans le droit actuel*, A. Durand, 1856, p. 52 ; C. DIGNAC, *loc. cit.* Ensuite, elle est admise dès lors que l'engagement contracté par le préposé (ou son substitué), l'a été dans l'intérêt de l'armateur, peu importe qu'elle n'ait pas tourné, finalement, à son profit : C. DIGNAC, *ibid.*, p. 78 ; C. HANOTEAU, thèse préc., pp. 61-62. Pour une étude approfondie sur l'*exercitor*, v., en doctrine polonaise, J. KRZYŃÓWEK, *Odpowiedzialność przedsiębiorcy (exercitor) w prawie rzymskim*, Warszawa, 2000.

³²⁵ Henri CAPITANT écrit ainsi qu'avec la *lex praepositionis*, « la règle de la représentation a fait son entrée dans le monde juridique ; il n'y avait plus qu'à supprimer les droits et obligations qui naissaient en la personne de l'intermédiaire et à admettre que le rapport juridique se formait directement, par-dessus sa tête, entre le [maître de l'affaire] et le tiers » : *Introduction à l'étude du droit civil : notions générales*, *op. cit.*, n° 317, p. 361. V. égal., en ce sens, R. Popesco-Ramniceano qui écrit que « [c]'est dans cette „*lex praepositionis*” que l'on trouve les premiers éléments de ce qui constituera un jour la *procuratio* [représentation] de notre droit moderne » : thèse préc., p. 152.

Plusieurs traits caractéristiques de la technique moderne de la représentation (v. *infra*, n° 119) apparaissent en effet par le biais de la préposition romaine. Le préposé, agissant dans la limite de la *praepositio* et révélant sa qualité aux tiers (acte conclu *contemplatio domini*), est habilité à agir pour le compte et au nom du préposant (R. POPESCO-RAMNICEANO, thèse préc., p. 152 ; F. CAGNINACCI, thèse préc., p. 107 ; C. HANOTEAU, thèse préc., p. 60), c'est-à-dire que les actes du préposé l'engagent auprès des tiers : J.- J. CLAMAGERAN, *loc. cit.* ; F. CAGNINACCI, *ibid.* En doctrine polonaise, v. J. PAZDAN, *Pelnomocnictwo w prawie prywatnym międzynarodowym*, *op. cit.*, pt. 2 ; J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 12 ; A. KACZMARCZYK, *Mandatum w poglądach glosatorów i komentatorów*, Wrocław, 2014, p. 271 (sur l'*institor*) ; J. KRZYŃÓWEK, *op. cit.*, p. 168 (sur l'*exercitor*), et, en doctrine allemande, M. KASER, *op. cit.*, p. 264 (cité par J. Pazdan, *ibid.*, note 11).

³²⁶ Cf. *infra*, note 163.

les actes qu'il a conclus, quoiqu'ils rentrent dans le champ de la préposition. Le créancier insatisfait dispose donc de deux débiteurs : le maître de l'affaire ainsi que son préposé³²⁷.

³²⁷ C. HANOTEAU, thèse préc., p. 61.

104. À l'aune des principes fortement ancrés dans la pensée romaine, il est possible de dire que la reconnaissance d'une représentation « directe » (consistant dans la naissance d'un lien de droit immédiat entre deux parties extrêmes) ne pouvait se concevoir que sous l'angle d'une représentation « imparfaite » (dans le sens où le remplacement n'est pas total, le représentant demeurant engagé auprès du tiers).

En ce sens, la *praepositio* apparaît comme une figure au carrefour du contrat de mandat et de la *procuratio* romaine classique. Elle partage avec le premier une structure tripartite et le principe de l'engagement personnel de l'intermédiaire (mandataire, préposé) ; elle réceptionne du second mécanisme le principe de l'engagement immédiat du constituant (de *dominus*, il est devenu « maître de l'affaire »).

105. Outre les similitudes qui lient la *praepositio* à la figure moderne de la représentation, cette institution – dérogeant au *jus civile*³²⁸ – recèle également certains des attributs caractéristiques à la gérance commerciale³²⁹, en particulier le principe de publicité du pouvoir des personnes habilitées à agir pour le chef d'une maison de commerce, pratique très répandue dans le mercantilisme maritime. Ce principe de publicité est aujourd'hui caractéristique des pouvoirs des mandataires sociaux ainsi que de ceux des fondés de pouvoir dans le modèle germanique³³⁰ (le délégataire en droit français n'étant, quant à lui, pas soumis, *de lege lata*, à cette obligation³³¹). Il n'est pas surprenant, à cet égard, que la figure de l'*institor* soit présentée par une partie de la doctrine comme l'ancêtre du fondé de pouvoir.

³²⁸ Sur la distinction entre le « droit marchand » et le « droit civil » à Rome, v. *supra*, note 179.

³²⁹ V. E. CHEVREAU, art. préc., et, pour une étude approfondie sur les origines des caractéristiques de la gérance commerciale dans les droits antiques, la littérature citée, en particulier : J.-J. AUBERT, « Les institores et le commerce maritime dans l'Empire romain » in *Topoi*, vol. 9/1, 1999, pp. 145-164 ; P. HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain*, édité par H. Lévy-Bruhl, Sirey, 1929 ; A. PETRUCCI, « Quelques observations sur les relations contractuelles avec les entrepreneurs dans le droit romain classique », *Rev. hist. Droit*, vol. 90, n° 1, 2012, pp. 1-19.

³³⁰ C'est la raison pour laquelle la *prokura* est parfois qualifiée de « procuration formelle » : cf. *infra*, n° 447.

³³¹ Cf. *infra*, n° 453 et s.

106. **L'institutor au Moyen-âge, aux origines supposées de la prokura.** On retrouve l'*institor* dans l'Italie moyenâgeuse, défini comme « [p]remier garçon d'un marchand, premier compagnon d'un ouvrier, chef d'atelier, personne qui, après le maître, a l'inspection sur les ouvriers (...) »³³². Dans la continuité du droit romain, ce personnage exerce des fonctions d'administrateur. Ses actes lient le commerçant qui l'a institué à la condition qu'ils aient été passés dans la limite de son pouvoir, tel qu'il avait été préalablement donné à l'information du public³³³. Selon une partie de la doctrine, c'est précisément dans cette institution que se trouvent les origines de la prokura³³⁴. En effet, la fonction d'*institor* correspond bien au rôle d'*alter ego* de l'entrepreneur rempli par le *Prokurist*³³⁵, investi de pouvoirs pratiquement aussi étendus que ceux de son constituant³³⁶. On retrouve également le principe de publicité du pouvoir (principe qui déroge aux règles de la procuration civile) dans la première réglementation de la prokura, aux articles 45 (alinéas 1 et 3)³³⁷ et 46³³⁸ de l'A.D.H.G.B. et, aujourd'hui, à l'article 109⁸ K.C. (en droit polonais) et au § 53 H.G.B. (en droit allemand)³³⁹.

107. L'*actio institoria* – qui permet donc aux tiers ayant traité avec un préposé dans un établissement commercial d'agir tant contre ce dernier que contre le maître de l'affaire – sera réceptionnée par deux techniques distinctes sous l'ancien droit, ayant chacune pour

³³² J.-B. BONAVENTURE DE ROQUEFORT, *Glossaire de la langue romane*, B. Warée, 1808, v^o « Institor », p. 12.

³³³ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 12 ; M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 29, note 42.

³³⁴ J. GRYKIEL, *ibid.* ; M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 29 ; L. MOSKWA, « Prokura w prawie niemieckim », *St. Prawn.* 1991/2/83, p. 85.

³³⁵ *Cf. supra*, n^o 8, et la littérature citée, notes 43 (doctrine polonaise et française) et 44 (doctrine allemande).

³³⁶ C'est la raison pour laquelle la prokura est parfois qualifiée de « procuration illimitée » (*cf. infra*, n^o 307 et s., ainsi que les auteurs cités, note 928).

³³⁷ « La délégation faite au fondé de pouvoirs doit être portée à la connaissance du tribunal de commerce, par le chef de la maison de commerce en personne, ou donnée par acte authentique, afin d'être inscrite sur le registre de commerce / L'extinction des pouvoirs pour signer est déclarée dans les mêmes formes, à l'effet d'être consignée au registre de commerce. » : art. 45, al. 1 et 3, de l'A.D.H.G.B. (traduction de V. FOUCHER et L.-C.-J. TOLHAUSEN, *op. cit.*, p. 14). Nous soulignons l'emploi du terme « délégation » par les traducteurs, utilisé en réalité pour traduire la formule « L'octroi de la prokura » (« Die Erteilung der Prokura »).

³³⁸ « Si l'extinction des pouvoirs n'a pas été consignée sur le registre de commerce et publiée dans les journaux, le chef de la maison de commerce ne peut l'opposer à un tiers, qu'autant qu'il prouve qu'elle était connue de ce dernier, au moment de la conclusion de l'affaire. Si l'inscription et la publication ont eu lieu, l'extinction des pouvoirs peut être opposée au tiers, à moins que les circonstances n'autorisent à présumer qu'il n'a ni connu ni pu connaître le fait de l'extinction, au moment de la conclusion de l'affaire » : art. 46 de l'A.D.H.G.B. (traduction de V. FOUCHER et L.-C.-J. TOLHAUSEN, *op. cit.*, pp. 14-15).

³³⁹ *Cf. infra*, n^o 446 et s.

objet de permettre à un négociant d'établir des antennes commerciales permanentes. Parmi elles se trouve le contrat de mandat.

2) *La réception de l'action institoriale par le contrat de mandat*

108. Sous l'ancien droit, le négociant avait deux possibilités pour s'implanter sur une autre place que celle de son établissement principal³⁴⁰. La première, qui était la moins onéreuse, consistait à s'arranger avec un autre commerçant afin qu'il gère pour son compte ses affaires sur place, ce qu'il pouvait faire à titre personnel ou au nom du négociant. Cette construction – aux origines du contrat de commission (première hypothèse) et du contrat d'agence commerciale (seconde hypothèse)³⁴¹ – met en scène deux parties sur un pied d'égalité (deux commerçants), de là sa réception par le contrat de mandat.

La seconde possibilité consistait pour le négociant à créer un établissement permanent à la tête duquel il plaçait un serviteur qualifié de *commis* ou de *facteur*, lequel deviendra le préposé de l'ancien article 1384 du Code civil³⁴².

109. Les constructions à l'œuvre sous l'ancien régime témoignent fondamentalement de ce que le mécanisme de représentation porté par l'action institoriale en matière commerciale transcendait la question de la nature des liens entretenus par les parties dans leurs rapports socio-juridiques mutuels.

Le même constat est résulté de l'analyse préalablement exposé de l'évolution du contrat de mandat et de la procuration en matière civile, dans le cadre de laquelle la technique de la représentation est également apparue. Depuis la redécouverte du *Digeste*, et jusqu'à l'édification d'un droit français au XVI^{ème} siècle, le mandat est devenu en France un « *contrat confus, mal dégagé de ses voisins* »³⁴³ ; il a servi de « *moule* » à « *tous ceux qui ont reçu la charge de s'occuper des affaires d'autrui* »³⁴⁴ : à titre ponctuel ou permanent, privé ou officiel, gracieux ou même onéreux. Quels que furent ces arrangements (qui intéressent exclusivement les relations internes aux parties), le besoin de représentation (de procuration) s'est fait sentir, dès lors que la charge du mandataire consistait à engager le mandant dans une opération juridique.

110. On remarquera qu'à la fin de l'ancien régime, l'objet de l'action institoriale se trouvera même étendu par des auteurs, en particulier DOMAT, aux délits³⁴⁵. Le fondement de cette extension peut laisser perplexe, l'action institoriale ayant jusque-là toujours été cantonnée à la matière contractuelle³⁴⁶. En droit romain, ce n'est pas sur le fondement de l'ancêtre de cette institution qu'un individu pouvait se trouver tenu de réparer les dommages causés par des personnes en puissance, mais sur celui de l'action noxale³⁴⁷.

-
- 340 Ph. DIDIER, thèse préc., n° 190, p. 136.
- 341 Ph. DIDIER, *ibid.*
- 342 Ph. DIDIER, *ibid.*, pp. 136-137.
- 343 F. CAGNINACCI, thèse préc., p. 32.
- 344 F. CAGNINACCI, *ibid.*, p. 201. Ainsi, aux côtés du mandataire, « *le procureur ad litem* [mais également], *les préposés, les commis et agents* » : *ibid.*
- 345 Ph. DIDIER, thèse préc., n° 190, p. 137, ainsi que les références citées, notes 7 à 11, not. J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, J.-B. Coignard éd., 1689-1694, Liv. I Tit. XVI sect. III, n° 1.
- 346 Ph. DIDIER, *ibid.*
- 347 Ph. DIDIER, *ibid.*, pp. 136-137.
-

111. **La descendance de l'action institoriale au moment de la codification du droit français : appréciation critique.** À l'aune de l'extension préalablement relevée, la doctrine fait remonter à cette action trois différentes constructions, la matière s'étant trouvée « [éclatée] (...) et [éparpillée] » par les codificateurs³⁴⁸. Les engagements du préposé seront réglés par l'article 1384 du Code civil ; ceux du mandataire par l'article 1984 dudit Code, et ceux du commissionnaire le seront dans le Code de commerce.

À travers cette répartition, la technique permettant d'engager autrui en matière contractuelle se trouve donc cantonnée au contrat de mandat. Ce faisant, on remarque que les codificateurs ont érigé des éléments ayant trait au statut et à la nature des rapports unissant les parties comme étant des attributs intrinsèques à la représentation. Cette conception rompt pourtant avec les ancêtres de ce mécanisme en matière civile et commerciale, l'histoire de la procuration et de l'action institoire témoignant de leur emploi dans toutes les formes d'activités juridiques, indépendamment du statut ou des rapports entretenus par les parties.

Il semblerait que la notion de *pouvoir* soit à l'origine de la systématisation du mandat et de la représentation en 1804, à travers l'article 1984. Postulant que ce concept était incompatible avec la préposition ou *puissance* – dans une acception contemporaine de ce terme³⁴⁹ – les codificateurs en ont très certainement déduit que le « pouvoir » (de représentation) ne pouvait trouver à s'exercer que par une personne *indépendante* – donc un mandataire.

Ces deux notions ne se situent pourtant pas sur le même plan, point sur lequel nous aurons l'occasion de revenir lorsqu'il s'agira de se prononcer sur la controverse intéressant la prétendue incompatibilité entre les qualités de représentant et de préposé³⁵⁰.

112. Malgré la reconnaissance et la généralisation de la représentation sur la scène juridique, ce mécanisme s'analyse initialement comme une fiction. Cette conception entrave l'appréhension de la représentation en tant que technique autonome, émancipée de tout autre support juridique, et participe à l'assimilation de la représentation au contrat de mandat dans la France de l'Ancien Régime.

³⁴⁸ Ph. DIDIER, *ibid.*

³⁴⁹ En ce qu'elle constitue une forme « *d'absorption de l'homme dans une entité plus large* », la préposition se rapproche de la puissance antique (Ph. DIDIER, *ibid.*, p. 148). Elle s'en distingue par trois éléments fondamentaux. En premier lieu, la puissance antique est « *globale* », alors que la « *préposition n'existe que de façon intermittente* ». En deuxième lieu, alors que la « *puissance antique est un élément intrinsèque de l'homme,*

C) L'analyse de la représentation en tant que fiction juridique

113. L'admission de l'effet direct dans l'action du représentant amena la doctrine à s'interroger sur la qualité de la personne – représentant ou représenté – dont la volonté est à l'origine des effets juridiques répercutés dans le patrimoine du représenté. Dans un premier temps, la doctrine confère une place centrale à la volonté du représenté en expliquant la représentation au moyen de la fiction. Formulée par BARTOLE et BALDE au XIV^{ème} siècle³⁵¹, la théorie de la fiction postule que l'action du représentant est réputée constituer l'action du représenté lui-même³⁵². Dans la mesure où le représenté est rendu présent en la personne du représentant, fictivement, c'est comme s'il avait agi de lui-même lors de la conclusion de l'acte juridique. L'engagement du représenté ne repose donc pas initialement sur l'idée qu'un quelconque *pouvoir* de représentation qui aurait été conféré à l'intermédiaire³⁵³, mais sur l'idée d'une transmission de la volonté du représenté, l'intermédiaire n'ayant aucune volonté propre³⁵⁴. Cette analyse entrave naturellement la conceptualisation du mécanisme de représentation en tant qu'institution autonome.

114. La théorie de la fiction³⁵⁵ connaît un succès retentissant des deux côtés du Rhin au XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècle. En Allemagne, c'est dans son prolongement que SAVIGNY³⁵⁶ développe la *Geschäftsherrentheorie*³⁵⁷, qui considère le représentant comme un organe du

la préposition n'est liée qu'à la fonction » (c'est la fonction qui en détermine les contours) (*ibid.*, p. 149). Enfin, l'*alieni iuris* n'a pas d'existence juridique propre (*cf. supra*, n° **Erreur ! Source du renvoi introuvable.**).

³⁵⁰ Cf. *infra*, n° 378 et s.

³⁵¹ M. SMYK, thèse préc., I, I, pt. 2.1. ; S. GRZYBOWSKI, « Recenzja pracy J. FABIANA pt. Pełnomocnictwo », RPEiS 1964, n° 2, p. 275.

³⁵² J. FABIAN, *op. cit.*, p. 31.

³⁵³ F. RIGAUX, thèse préc., p. 40.

³⁵⁴ F. RIGAUX, *ibid.*, p. 41.

³⁵⁵ « *Fiktionstheorie* » (all.) ; « *teoria fikcji* » (pl.).

³⁵⁶ L'auteur reprend pour son compte les idées de BARTOLE et BALDE et développe la théorie de la fiction dans deux ouvrages : v. F.C. VON SAVIGNY, *Das System des heutigen römischen Recht*, 1840-1849 (traduit en français : C. GUENOUX, *Traité de droit romain*, 8 vol., Paris, 1840-1860), et *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1853 (traduit en français : G. GERARDIN et P. JOZON, *Droit des obligations*, t. I, A. Durand, Paris, 1863, disponible en ligne : ark:/12148/bpt6k6207837n, et, des mêmes auteurs, *Droit des obligations*, t. II, 2^{ème} éd., E. Thorin, Paris, 1873, disponible en ligne : ark:/12148/bpt6k5832796p) ; M. SMYK, *loc. cit.*

³⁵⁷ G. REINER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand », in D. MAZEAUD *et al.*, *op. cit.*, p. 38 ; P. WIDERSKI, *Pełnomocnictwo w prawie polskim*, *op. cit.*, I, pt. 2.1 ; M. SMYK, thèse préc., I, I, pt. 2.1, ainsi que la littérature allemande citée note 45 : W. THIELE, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. I, *Allgemeiner Teil (§§ 1-240) AGB-Gesetz*, F.J. SÄCKER (éd.), München, 1978, p. 1049 ; W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, t. II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York,

représenté : « *die juristischen Organe eines Jeden* »³⁵⁸. De l'avis de l'auteur, l'acte juridique conclu par le représentant est réalisé par la volonté de celui à l'encontre duquel les droits naissent et prennent fin³⁵⁹, tandis que le rôle du représentant ne consiste qu'à « *transmettre cette volonté* » (« *der Träger eines fremden Willens* »)³⁶⁰. La France de l'Ancien régime récupère méthodiquement la thèse de la fiction³⁶¹, car elle permet, pour le principe, de sauvegarder la volonté souveraine du représenté dans les situations où les effets juridiques d'un acte lui sont imputés par le truchement d'un tiers. En effet, la société française du XVIII^{ème} siècle est une société volontariste³⁶² et individualiste³⁶³ dans laquelle l'on ne conçoit guère qu'une personne puisse se trouver engagée du fait de la volonté d'un tiers³⁶⁴. En conséquence, sans pour autant être tenu pour un simple *nuntius*, c'est – à l'instar

1979, p. 752 ; K. H. SCHRAMM, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. I, *Allgemeiner Teil* (§§ 1-240) *AGB-Gesetz*, F. J. SÄCKER (éd.), München, 1993, p. 1396.

³⁵⁸ « *Les organes juridiques de ce dernier* [le représenté] » : F.C. VON SAVIGNY, *Das System des heutigen römischen Recht*, *op. cit.*, t. III, p. 90. L'auteur admet toutefois que cette analyse ne permet pas d'expliquer la représentation des personnes incapables ainsi que l'action des personnes morales : *ibid.*, p. 98. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la *Geschäftsherrentheorie* ne sera pas entérinée par les rédacteurs du B.G.B.

³⁵⁹ F.C. VON SAVIGNY, *ibid.*, p. 98.

³⁶⁰ F.C. VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, *op. cit.*, t. II, pp. 59 et 73. Une analyse semblable se retrouvera chez WINDSCHEID pour qui « [l]a déclaration d'intention du représentant est juridiquement conçue comme une déclaration d'intention émanant de la personne représentée » (« *Die Willenserklärung des Vertreters wird rechtlich als Willenserklärung des Vertretenen gedacht, fingirt.* ») : B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3 vol., Düsseldorf, 1870 -1871, t. I, § 73, note 2, p. 170, et t. II, § 313, p. 182. Avant SAVIGNY, v. égal. dans ce sens S. VON PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, traduit par Jean BARBEYRAC, t. II, éd. J. Nours, Londres, 1740, p. 155, qui réduit le représentant au rôle de « *simple instrument* ».

³⁶¹ V. M. STORCK, thèse préc., pp. 80-81 et 84-85, ainsi que les auteurs cités notes 56 à 60 ; F. RIGAUD, thèse préc., pp. 40-41 ; G. WICKER, thèse préc., n° 50 et s. Cette théorie sera relayée par de nombreux auteurs français du XIX^{ème} siècle. Par exemple, BOYER écrit que « *la représentation [est une] fiction juridique en vertu de laquelle la personnalité du représenté se trouve transportée sur une autre tête, sur la personnalité d'emprunt du représentant* » : *Essai sur la représentation dans les actes juridiques*, thèse, Toulouse 1898, p. 9. Dans le même sens, LABBE écrit « [qu'] il faut recourir à une fiction pour dire que celui qui a figuré, consenti dans un acte, n'est pas obligé alors qu'est obligé quelqu'un qui n'y nas figuré. » (*Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, A. DURAND, 1856, p. 11), et MAGNIN, que « [l]a représentation est une institution purement arbitraire, une création artificielle du législateur, une fiction légale destinée à faciliter les rapports entre les hommes » (*De la représentation à Rome dans les actes extra-judiciaires, spécialement dans les actes créateurs et extinctifs d'obligations*, thèse, Paris 1899, p. 8).

³⁶² J.-L. GAZZANIGA, art. préc., p. 21.

³⁶³ R. POPESCO-RAMNICEANO, thèse préc., p. 197 ; M. STORCK, thèse préc., p. 85, n° 115.

³⁶⁴ R. POPESCO-RAMNICEANO, *ibid.* ; V.-J. CLARISE, *De la représentation. Son rôle dans la création des obligations*, Lille : Société lilloise d'édition et de librairie, 1949, n° 24 ; A. WEILL, *La relativité des conventions en droit privé*, Dalloz, 1939, n° 36, p. 68.

de l'analyse savignienne – à la qualité d'instrument ou d'organe³⁶⁵ de la volonté du représenté que le représentant se trouve réduit au sein de la doctrine française.

115. L'avènement de la théorie générale de l'acte juridique en Allemagne va toutefois remettre en cause le rôle assigné au représenté dans la mise en œuvre de la représentation.

116. **La théorie générale de l'acte juridique dans le modèle germanique et l'abandon de la théorie de la fiction.** La pierre angulaire du B.G.B. n'est pas celle de la convention, mais de l'acte juridique (*Rechtsgeschäft*)³⁶⁶, institution réglementée dans la partie générale du B.G.B. (en son Livre 1, « *Allgemeiner Teil* »)³⁶⁷, et non dans le Livre II consacré au droit des obligations (« *Recht der Schuldverhältnisse* »), comme c'est le cas en droit français³⁶⁸. La théorie générale de l'acte juridique (*Rechtsgeschäftslehre*), propre au système germanique, est façonnée par les Pandectistes allemands³⁶⁹. L'acte juridique se matérialise par une *déclaration de volonté*³⁷⁰ de son auteur, notion qui va jouer un rôle central en droit allemand, à partir du XIX^{ème} siècle. Dans le silence des textes, les auteurs définissent la déclaration de volonté comme une « *volonté*³⁷¹ *déclarée*³⁷² *en vue de produire*

³⁶⁵ En ce sens, TARRIBLE écrit par exemple que le mandataire (que le tribun assimile au commissionnaire) « *fait l'affaire de son commettant d'après les intentions tracées dans le mandat ; il n'est que le simple organe de ce même commettant* » : P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, Videcoq (Paris), 1836, p. 595. Dans ce sens égal., E. VINCENS, *Exposition raisonnée de la législation commerciale et examen critique du Code de commerce*, t. II, éditions Barrois, 1821, pp. 113 et 118.

³⁶⁶ Cl. WITZ, « *Contrat ou acte juridique ?* », in F. TERRE, *op. cit.*, p. 52.

³⁶⁷ Les techniques et institutions réglementées dans la partie générale du B.G.B. s'appliquent aux Livres suivants, et, de manière générale, à l'ensemble du droit privé : *ibid.*

³⁶⁸ Dans le Code civil français, l'acte juridique est analysé sous le prisme du contrat : le nouvel article 1100 -1, en son second alinéa, prévoit ainsi que les actes juridiques « *obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats* ».

³⁶⁹ Cl. WITZ, « *Contrat ou acte juridique ?* », in F. TERRE, *op. cit.*, p. 51.

³⁷⁰ « *Willenserklärung* » (all.) ; « *oświadczenie woli* » (pl.). Pour une analyse approfondie du contenu de la déclaration de volonté au sein de la doctrine française, v. F. FERRAND, *Droit privé allemand, op. cit.*, n° 183 ; M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 2004, p. 2 ; Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 95- 96 ; F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales, De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, avant-propos S. PERRUZZETTO, préf. Cl. WITZ, L.G.D.J., 2004, n° 183 et s. Pour une littérature détaillée sur l'absence de réception de l'institution de la déclaration de volonté en droit français, v. Cl. WITZ, « *Contrat ou acte juridique ?* », in F. TERRE, *op. cit.*, p. 94, note 35.

³⁷¹ La volonté correspond à la composante subjective de la déclaration de volonté : R. CABRILLAC, *op. cit.*, n° 21 ; Cl. WITZ, *ibid.*, p. 53.

³⁷² La déclaration correspond à l'aspect extériorisé de la volonté ; il s'agit de sa composante objective : R. CABRILLAC, *ibid.* ; Cl. WITZ, *ibid.*

un effet de droit »³⁷³. Dans le cadre d'une opération réalisée par le biais de la représentation, l'acte juridique, autrement dit la volonté déclarée à l'égard du tiers cocontractant, émane du représentant et non du représenté. La théorie de l'acte juridique met donc en lumière le rôle joué par le représentant dans la mise en œuvre de la représentation, rôle jusque-là occulté par la théorie de la fiction. C'est également l'acte juridique (et non la convention) qui, dans l'esprit des juristes allemands, sert d'assise au principe de l'autonomie de la volonté³⁷⁴. Cette conception va faciliter l'appréhension de la représentation en dehors de tout rapport – et support – contractuel.

Tournant le dos au fondateur de l'École historique et à la *Geschäftsherrentheorie*, une nouvelle théorie est ainsi recherchée par la doctrine allemande pour expliquer et justifier l'effet direct de la représentation.

D) L'analyse moderne du mécanisme de représentation

117. **La prise en compte de la déclaration de volonté du représentant : la *Repräsentationstheorie*.** Succédant à la *Geschäftsherrentheorie* dans l'Allemagne du milieu du XIX^{ème} siècle, la *Repräsentationstheorie* postule, quant à elle, que c'est le représentant qui agit et exprime sa volonté³⁷⁵, et non le représenté ; simplement, les conséquences juridiques de sa déclaration de volonté se produiront par dérogation, non en sa personne, mais en celle du représenté³⁷⁶. Cette conception correspond à l'analyse

³⁷³ R. CABRILLAC, *ibid.*, et Cl. WITZ, *ibid.* Cette définition est celle retenue par la jurisprudence : v. par ex., BGH., 17 oct. 2000, NJW, 2001, p. 289, spéc. p. 290.

³⁷⁴ L'expression est dérivée du terme autonome, qui provient du grec « autonomos », composé du préfixe *auto* et du substantif *nomos*, le *nomos* correspondant en latin à *lex*, c'est-à-dire, en français, à la loi. Etymologiquement, « l'autonomie de la volonté » signifie le « droit de se régir par ses propres lois ».

³⁷⁵ V. not. G. REINER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand », in D. MAZEAUD *et al.*, *op. cit.*, p. 38 ; R. POPESCO-RAMNICEANO, thèse préc., p. 197 ; J.-L. BRAEGGER, thèse préc., pp. 11-12 ; M. SMYK, thèse préc., I, I, pt. 2.4 ; J. FABIAN, *op. cit.*, pp. 30 et s.

³⁷⁶ M. SMYK, *ibid.* ; J. FABIAN, *ibid.* ; G. REINER, *ibid.* La *Repräsentationstheorie* est expressément consacrée dans le B.G.B. Ainsi, aux termes du § 166, alinéa 1^{er}, du B.G.B., « [d]ans la mesure où les conséquences juridiques d'une déclaration de volonté sont affectées par des vices de la volonté ou par la connaissance que l'on a ou que l'on aurait dû avoir de certaines circonstances, ce n'est pas la personne du représenté, mais celle du représentant qui est prise en considération » : traduction de G. REINER, *ibid.*, p. 39. L'auteur expose en même temps certaines atténuations à la *Repräsentationstheorie*, en se fondant sur les textes du Code civil allemand : *ibid.*

moderne du mécanisme de représentation³⁷⁷ à laquelle ont contribué JHERING, WINSCHIED et HUPKA³⁷⁸.

118. C'est à cette conception que va se rallier plus tard la doctrine française³⁷⁹, qui, au cours du XX^{ème} siècle et sur les pas de la doctrine allemande, cesse de chercher à expliquer la représentation à travers « *l'analyse de la personne qui agit, mais dans une compréhension renouvelée de l'acte [juridique]* »³⁸⁰. Comme l'écrit Monsieur DIDIER, ce qui a permis à la doctrine française de « *répartir le rôle respectif du représentant et du représenté* », c'est la distinction finalement opérée entre « *ce qui cause l'acte [et] ce qui en est l'effet* » ; « *[c]e qui cause l'acte s'apprécie chez le représentant, mais la consistance des effets s'apprécie chez le représenté* »³⁸¹. Cette analyse va permettre à la doctrine française d'aboutir à des solutions en partie similaires à celles du droit allemand : ainsi du principe selon lequel l'existence d'un vice de consentement doit s'apprécier dans la personne du représentant, et non du représenté³⁸², puisque c'est la volonté de ce premier qui est à l'origine de l'acte conclu avec le tiers.

³⁷⁷ M. SMYK, *ibid.*

³⁷⁸ V. R. JHERING, *Geist des römischen Rechts*, Leipzig, 1888, p. 176 (formulant la *Separationstheorie*) ; J. HUPKA, *Vollmacht*, Leipzig, 1900, pp. 40 et 42 (cités par M. SMYK, thèse préc., note 62). Bien que chaque auteur ait proposé une analyse propre du mécanisme de représentation, ces derniers s'accordent tous pour affirmer que c'est le représentant qui agit, tandis que les effets de ses actes sont directement répercutés dans le patrimoine du représenté. C'est à HUPKA qu'on doit l'analyse la plus développée de la *Repräsentationstheorie* (v. J. HUPKA, *ibid.*, pp. 38 et s.) : P. WIDERSKI, *Pelnomocnictwo w prawie polskim*, *op. cit.*, I, pt. 2.1.

³⁷⁹ V. not. Ph. DIDIER, thèse préc., n° 156 et s., pp. 110 et s. ; V.-J. CLARISE, thèse préc. ; E. PILON, thèse préc. ; G. MADRAY, thèse préc. ; G. WICKER, « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », art. préc., n° 19.

³⁸⁰ Ph. DIDIER, *ibid.*, n° 156, p. 110. Pour une présentation de ces différentes analyses, v. M. STORCK, thèse préc., n° 122 à 126, pp. 88-92.

³⁸¹ Ph. DIDIER, *ibid.*, n° 158, p. 111.

³⁸² En doctrine française, v. Ph. DIDIER, *ibid.*, n° 159, p. 111 ; G. WICKER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français », in D. MAZEAUD, *et al.*, *op. cit.*, p. 58, et, en jurisprudence, Cass. com., 2 mars 1976, n° 74-12.489 : *Bull. civ.* IV, n° 78 (« *le consentement d'un mandant se trouve affecté des vices mêmes qui ont entaché celui donné par son mandataire agissant dans la limite de ses pouvoirs* »). En droit allemand, ce principe est consacré dans le B.G.B : v. le § 166, al. 1^{er} (« *Dans la mesure où les conséquences juridiques d'une déclaration de volonté sont affectées par des vices de la volonté (...), ce n'est pas la personne du représenté, mais celle du représentant qui est prise en considération* » : traduction de G. LARDEUX *et al.*, *op. cit.*, p. 58). Comp. avec la règle formulée par les rédacteurs de l'avant-projet du droit des contrats spéciaux, à l'article 145, d'après laquelle « *les vices ayant affecté les consentements soit du mandant, soit du mandataire, sont une cause de nullité du contrat conclu par [le tiers]* ». Cette proposition de disposition jette une ombre sur la volonté à l'origine de l'acte conclu avec le tiers. A notre sens, il conviendrait, dans le cas où le mandant aurait chargé son mandataire d'une mission sous l'empire d'une erreur ou d'un dol, de distinguer, comme le propose Monsieur DIDIER, selon que le mandataire a été ou non dans le même état d'erreur que son mandant. Dans le premier cas, l'acte doit pouvoir être annulé. Dans le second, « *l'acte doit être maintenu car la volonté à son origine n'est pas viciée, mais le mandataire engage sa responsabilité envers le mandant* » : thèse préc., n° 159, p. 111.

119. Plusieurs attributs caractéristiques de la technique de la représentation dans sa compréhension moderne peuvent être relevés. Controversés pour certains d'entre eux, il importe de revenir sur chacun de ces éléments.

Nous verrons ainsi successivement la question du lien entre la représentation et l'acte juridique ; les modalités de l'action du représentant : en vertu d'un pouvoir, et en toute transparence ; enfin, la répartition des qualités d'auteur et de partie à l'acte entre le représentant et le représenté. La vérification de ces différentes conditions permettra en même temps d'affirmer l'individualité juridique de l'action exercée *au nom* d'autrui (1) par rapport à d'autres constructions que les textes et une partie de la doctrine rattachent à la notion de « représentation » (2).

1) L'affirmation de l'individualité juridique de l'action exercée au nom d'autrui

120. Il s'agira dans cette partie d'établir, ou bien la singularité de l'action exercée au nom d'autrui, ou bien son rattachement à une catégorie plus large, affublée d'une même dénomination (la représentation)³⁸³.

La mise en évidence des caractéristiques propres de l'action exercée au nom d'autrui conduira à rejeter cette seconde proposition.

Ce type d'action ne se conçoit en effet qu'en relation avec l'accomplissement d'actes juridiques (α), en vertu d'un pouvoir, et en toute transparence (β). Enfin, il s'agit d'une opération triangulaire dans le cadre de laquelle le représentant et le représenté se voient respectivement attribuer la qualité d'auteur et de partie à l'acte (Γ).

³⁸³ Le modèle germanique ne connaît pas de controverse similaire, ou dans un moindre degré. En ce qui concerne le droit allemand, v. G. REINER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand », in D. MAZEAUD, *et al.*, *op. cit.*, pp. 34 et s. : l'auteur distingue dans ses développements la technique de la représentation du concept d'activité réalisée dans l'intérêt d'autrui (pp. 34-36), de la responsabilité pour les faits d'autrui (qu'il soit question de la responsabilité contractuelle du débiteur pour les faits d'autrui (§ 278 B.G.B.) ; de la responsabilité délictuelle pour les préposés (§ 831 B.G.B.), ou de la responsabilité contractuelle ou délictuelle d'une entité – association ou société – pour les fautes commises par ses organes (§ 31 B.G.B.) : pp. 36-37), et enfin, de l'entremise dans la conclusion d'un acte juridique (pp. 37-38).

α) *Le lien traditionnel entre la représentation et l'acte juridique*

121. La représentation à laquelle nous avons jusqu'à présent consacré nos propos est traditionnellement conçue comme une technique particulière de réalisation d'actes juridiques³⁸⁴ permettant d'établir un rapport de droit direct et immédiat entre une personne représentée et un tiers³⁸⁵, en vertu d'une imputation dérogatoire³⁸⁶.

Selon cette conception, la représentation constitue un mode alternatif d'exercice d'un droit subjectif³⁸⁷. On enseigne en effet que « [l]'aptitude à agir ou puissance, désignée par le terme de "capacité d'exercice" lorsqu'elle est exercée par le titulaire du droit subjectif, prend les contours d'un "pouvoir" lorsqu'elle est exercée par le représentant pour le compte du représenté, titulaire du droit subjectif »³⁸⁸. Le pouvoir de représentation correspondrait ainsi, dit-on, à une prérogative « déléguée » par le titulaire du droit subjectif³⁸⁹. L'acte juridique se définit quant à lui comme une déclaration de volonté destinée à créer des effets de droit³⁹⁰. Enfin, le lien juridique immédiat entre les deux

³⁸⁴ En doctrine, v. G. DECOCQ, C. GRIMALDI, J. HUET et H. LECUYER, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 31110, pp. 998-999 ; H., L., et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Les obligations. Théorie générale*, t. II, 1^{er} vol. Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, spéc. n° 147 et s., pp. 143 et s. ; M. STORCK, thèse préc., spéc. n° 259 et s., pp. 193 et s. ; A.-L. GRIZON, thèse préc., n° 283 et s., pp. 208 et s. ; F. LEDUC, « Deux contrats en quête d'identité. Les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise », in *Études offertes à Geneviève Viney*, J.-S. BORGHETTI, O. DESHAYES et C. PERES (dir.), L.G.D.J., Lextenso, 2008, pp. 595 et s. ; F. LABARTHE, « La distinction du mandat et du contrat d'entreprise », in N. DISSAUX (dir.), *Le mandat : un contrat en crise ?*, *op. cit.*, pp. 39 et s. Pour une approche critique, v. Ph. DIDIER, thèse préc., n° 151 et s., pp. 106 et s. En jurisprudence, v. not. Cass. civ. 1^{ère}, 19 févr. 1968, n° 64-14.315 : G.A.J.C., 11^{ème} éd., n° 260 ; *D.*, 1968, p. 393. – Com. 8 janv. 2002, n° 98-13.142 : *Bull. civ.*, 2002, IV, n° 1 ; *D.*, 2002., A.J., 567, obs. E. CHEVRIER ; *ibid.*, Somm., 3009, obs. D. FERRIER ; C.C.C., 2002, n° 87, note L. LEVENEUR ; R.T.D. civ., 2002, 323, obs. P.-Y. GAUTIER.

³⁸⁵ Une fois l'acte conclu au nom du représenté, le représentant s'efface entièrement (art. 95, § 2, K.C. ; § 164, al. 1^{er}, B.G.B. ; art. 1984 et 1154, al. 1^{er}, C. civ.). Il faut réserver à ce principe l'hypothèse d'une clause de ducreire, par laquelle le premier confie au second, outre la formation du contrat, l'exécution des engagements qui en naissent.

³⁸⁶ R. SCHULTZE, « La représentation - propos introductifs », in D. MAZEAUD *et al.* (dir.), *op. cit.*, p. 20. En principe en effet, chaque personne supporte seule les conséquences de ses actes.

³⁸⁷ M. STORCK, thèse préc., n° 130. Le droit subjectif est en effet divisible : il « est un titre qui confère une puissance [aptitude à agir], et ce n'est pas nécessairement l'attributaire de ce droit qui a l'exercice effectif de cette puissance » (*ibid.*, n° 132). La représentation permet « la dissociation de l'exercice et de la jouissance du droit subjectif » (J.- C. PAGNUCCO, *L'action ut singuli et l'action ut universi en droit des groupements*, L.G.D.J., coll. Fondation Varenne, 2006, n° 241, note 901).

³⁸⁸ C. MANGEMATIN, thèse préc., n° 71, p. 69.

³⁸⁹ G. WICKER, thèse préc., n° 62, et, du même auteur, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français », in D. MAZEAUD, *et al.*, *op. cit.*, p. 54.

³⁹⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « acte juridique ».

parties extrêmes est qualifié de rapport externe ou de rapport de représentation par éponymie.

C'est parce que le mécanisme de représentation s'est construit autour du concept de volonté qu'un lien indissoluble entre le mécanisme de représentation et l'acte juridique s'est naturellement imposé. L'acte juridique est en effet le seul événement créateur d'effets de droit (directement) voulus par les parties. Tout le débat doctrinal ayant accompagné l'admission de l'effet direct de l'action d'un représentant s'est d'ailleurs cristallisé, comme on l'a vu³⁹¹, autour de la volition.

L'exclusion des actes matériels et faits juridiques du giron de la représentation, traditionnelle en doctrine française et commune au modèle germanique³⁹², se trouve concrètement justifiée par les considérations suivantes :

- pour qu'il puisse y avoir représentation, encore faut-il que des effets de droit puissent être constatés. L'acte matériel (par exemple, porter un livre) se définissant précisément par l'absence de tels effets (un acte matériel n'a pas vocation à faire naître des effets de droit), il ne saurait, par voie de conséquence, être accompli par représentation³⁹³.
- Le fait juridique fait quant à lui, tout comme l'acte juridique, naître des effets de droit, mais sans qu'ils aient été recherchés (du moins immédiatement) par les parties. La mise en œuvre *volontaire* des droits d'autrui étant « *inconciliable avec la définition même des faits juridiques* », on en déduit que « *ne peuvent être accomplis au nom d'autrui que des actes, non des faits juridiques (...)* »³⁹⁴. Aussi, pas plus qu'en ce qui concerne l'accomplissement d'actes matériels, l'on « *ne commet [...] de faute par procuration* »³⁹⁵.

³⁹¹ Cf. *supra*, n° 113 et s.

³⁹² V. *infra*, note x.

³⁹³ Dans ce sens, M. STORCK, thèse préc., n° 269, p. 202.

³⁹⁴ M. STORCK, thèse préc., n° 259, p. 193. V. égal. *ibid.*, n° 269, p. 202, et la littérature citée, note 45 ; R. SCHULTZE, « La représentation - propos introductifs », in D. MAZEAUD *et al.* (dir.), *op. cit.*, p. 22 ; B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. Rodstein, 1947, pp. 236-237 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Paris, L.G.D.J., 2^{ème} éd., t. XI, *Contrats civils, deuxième partie*, 1954, par A. ROUAST, R. SAVATIER, J. LEPARGNEUR et A. BESSON, n° 1502, p. 954 : pour ces auteurs, « *la représentation n'existe que pour les engagements volontairement pris par le mandataire, non pour ses délits et quasi-délits* », principe auxquels ils apportent un tempérament en cas d'instructions vicieuses du représenté ou d'un dol du représentant (*ibid.*, p. 955). Rapp. E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, thèse Paris II, Economica, 1985, n° 225-226, pour qui la notion de pouvoir ne se conçoit qu'à propos de l'accomplissement d'un acte juridique.

³⁹⁵ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, et É. SAVAUX, *Les obligations*, t. 2, *Le fait juridique*, 14^{ème} éd., 2011, Sirey Université, n° 206.

122. Ce lien nécessaire entre l'acte juridique et la représentation a été consacré par la réforme de 2016, puisqu'il est fait référence, dans les nouvelles dispositions dédiées à cette technique, à « *l'engagement (...) contracté* » par le représentant (article 1154, alinéa 1^{er}, du Code civil)³⁹⁶.

L'équipollence entre l'acte juridique et la représentation est toutefois parallèlement³⁹⁷ remise en cause au sein de la doctrine française. De nouvelles thèses se sont fait jour, ayant pour objet d'élargir la notion de représentation ainsi que son champ d'application. Ces dernières années, tout particulièrement, la doctrine française soulève la question de savoir si « *la représentation [ne s'intégrerait pas] dans un concept plus large qui, éventuellement, dépasserait le domaine des actes juridiques* »³⁹⁸. La controverse n'est en vérité pas nouvelle : la représentation a été envisagée au cours des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles par d'éminents juristes au sujet du dol et de la fraude du mandataire³⁹⁹, et on sait que DOMAT avait étendu le champ de l'action institoriale aux délits⁴⁰⁰.

L'étude des arguments avancés au soutien de cette proposition feront néanmoins apparaître que celle-ci rattache à la notion de représentation des éléments relevant, non pas du *pouvoir* d'agir « au nom » d'autrui, mais de la *mission* ou *fonction* exercée « pour son compte », et qui sous-tend ce pouvoir.

123. La thèse de l'extension du champ de la représentation aux actes et faits matériels – fondements légaux et doctrinaux. En droit français, la proposition de sortir la représentation « *du carcan de l'acte juridique* »⁴⁰¹ prend appui sur plusieurs fondements. La notion de représentant apparaît dans les textes en relation avec les deux catégories d'actes classiquement exclus de la représentation : actes matériels et faits juridiques. C'est

³⁹⁶ La position des nouvelles dispositions dans le Code – intégrées dans une sous-section 2 consacrée à « la validité du *contrat* » –, ainsi que la référence à « *l'engagement contracté* » ou encore au « *tiers contractant* » (article 1156, al. 1^{er}, C. civ.), ne doivent pas méprendre sur le champ d'application de cette technique, qui n'est pas réservée aux seuls actes juridiques bilatéraux.

³⁹⁷ Ainsi, le répertoire Dalloz consacré à cette technique et publié au lendemain de la réforme du droit des contrats énumère, parmi les objets possible de la représentation, l'accomplissement d'un fait juridique (N. MATHEY, *Rép. civ., Dalloz*, v° « Représentation », *op. cit.*, n° 22 et s.).

³⁹⁸ G. REINER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand », in D. MAZEAUD *et al.*, *op. cit.*, p. 31.

³⁹⁹ C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie*, t. 4, *Les obligations*, par E. Bartin, Paris, Éditions Techniques, 6^{ème} éd., 1942, § 243 bis, p. 444, note 28 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, *op. cit.*, spéc. n° 1502, p. 954 (cités par A. GILSON-MAES, thèse préc., n° 460).

⁴⁰⁰ Cf. *supra*, n° **Erreur ! Source du renvoi introuvable.**

⁴⁰¹ A. GILSON-MAES, thèse préc., n° 437.

particulièrement flagrant en ce qui concerne le « représentant » de l'article 121-1 du Code pénal⁴⁰². Lorsqu'elle est retenue, cette qualification va permettre d'engager la responsabilité pénale de la personne morale pour les infractions (donc un fait juridique) dont le « représentant » est l'auteur matériel. Madame MAE-GILSON, qui se propose de démontrer l'existence d'une responsabilité par représentation en droit civil, introduit d'ailleurs ses propos en invoquant l'existence d'une telle forme de responsabilité en ce qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales⁴⁰³.

En matière civile, la responsabilité des commettants a également pu être analysée par une partie de la doctrine comme une application de la représentation⁴⁰⁴ : pour cause, le rapport juridique ternaire (créance d'indemnisation) qui s'établit entre le commettant et le tiers à raison des délits ou quasi-délits que le préposé du premier aurait pu commettre à l'occasion de ses fonctions. C'est dire que la « *préposition partage avec la représentation d'être une forme d'imputation dérogatoire* »⁴⁰⁵. On remarquera que le rapprochement proposé entre ce régime de responsabilité et la technique de la représentation est sans objet dans le modèle germanique. Comme l'explique Monsieur DIDIER à propos du droit allemand, si la doctrine a purement et simplement exclu l'hypothèse d'une représentation dans les délits⁴⁰⁶, c'est parce que cette législation ne connaît pas de responsabilité du fait

⁴⁰² Le même constat s'impose à propos du « représentant » visé par le Code du travail. Comme le remarque Monsieur CŒURET à propos de l'article L. 122-14 dudit Code (qui énonce que « *l'employeur ou son représentant, qui envisage de licencier un salarié, doit avant toute décision, convoquer l'intéressé par lettre recommandée...* »), le « représentant » visé par le texte « *c'est celui qui diligente et anime la procédure* », soit celui qui accomplit des actes matériels : « La nouvelle donne en matière de responsabilité », *Dr. soc.* 1994.627, p. 8 (éd. élec.). Pour d'autres exemples, v. *ibid.* Cette circonstance a conduit l'auteur à s'interroger « *sur un autre sens possible du terme "représentant" qui serait davantage conforme aux intentions convergentes du législateur pénal et du législateur social* ». D'après l'auteur, la notion de représentation visée par ces deux branches du droit devrait « englober », outre « *l'accomplissement d'actes juridiques pour autrui* », les « *divers comportements fonctionnels pour lesquels le délégataire a pris la place du chef d'entreprise ou de l'employeur* » (*ibid.*). V. égal. B. de LAMY et M. SEGONDS, in J.-Cl. *Pénal des Affaires*, v° « Responsabilité pénale des personnes morales », fasc. 7, avr. 2018 (actu : janv. 2021), n° 36, d'après qui il importe « *d'admettre l'autonomie de la notion de représentant au sens du Droit pénal par rapport au Droit civil* ».

⁴⁰³ A. GILSON-MAES, thèse préc., n° 439. V. égal. la jurisprudence citée par l'auteur (*ibid.*, note 1098), où les juges emploient expressément l'expression « *responsabilité par représentation* » : Cass. crim., 2 oct. 2012, n° 11-84.415 (publié au bulletin). – Crim., 29 mars 2011, n° 11-90.007 : *Bull. crim.*, 2011, n° 64. – Crim., 23 nov. 2010, n° 09-85.115 : *Bull. crim.*, 2010, n° 186.

⁴⁰⁴ V. not. E. BERTRAND, *Les aspects nouveaux de la notion de préposé et l'idée de représentation dans l'article 1384, § 5 nouveau, du Code civil*, thèse Marseille, 1935, p. 244 ; V.-J. CLARISE, thèse préc., n° 66 et 67 ; N. MATHEY, *Rép. civ., Dalloz*, v° « Représentation », *op. cit.*, n° 25 ; H., L., et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Les obligations. Théorie générale*, t. II, 9^{ème} éd., *op. cit.*, n° 484.

⁴⁰⁵ Ph. DIDIER, thèse préc., p. 146.

⁴⁰⁶ SAVIGNY, *Traité de droit romain*, 2^{ème} éd. trad. Guénoux, t. 3, 1856, § 113, p. 93 (cité par Ph. DIDIER, thèse préc., note 24, p. 108), affirmant que la représentation s'applique aux transactions « *mais non à la réparation*

d'autrui qui puisse s'apparenter à notre responsabilité des commettants. Outre-rhin, la responsabilité du commettant est fondée sur la faute, ce qui signifie que si ce dernier ne parvient pas à prouver son absence de faute, sa responsabilité n'est pas retenue au titre d'un quelconque fait d'autrui, mais sur le fondement d'un fait personnel⁴⁰⁷. L'auteur conclut que si « [l]es auteurs allemands pouvaient se passer d'envisager la représentation dans la faute (...), les auteurs français n'auraient pas dû pouvoir s'en dispenser »⁴⁰⁸.

La proposition de Monsieur DIDIER a récemment été explorée par Madame MAE-GILSON, mais sur un autre terrain. Dans sa thèse consacrée à l'articulation entre le contrat de mandat et la responsabilité civile⁴⁰⁹, Madame MAE-GILSON écarte en effet le régime de responsabilité du fait d'autrui sus-évoqué de la théorie de la représentation – lui préférant pour fondement, dans la lignée de la doctrine contemporaine majoritaire, la théorie du risque autorité⁴¹⁰ –, mais elle propose de démontrer comment le mandant peut être tenu pour responsable des fautes commises par son mandataire par le jeu de la technique représentative. L'auteur invoque à l'appui de sa démonstration un certain nombre de décisions jurisprudentielles ayant retenu la responsabilité d'un mandant pour des faits imputables au mandataire (en matière de fraude et de dol⁴¹¹), et conclut que la responsabilité civile par représentation correspondrait à une construction déjà admise par le droit positif⁴¹².

nécessaire qu'entraîne la violation du droit », et à la note (c) « *en matière de délit la représentation est impossible* ».

⁴⁰⁷ Ph. DIDIER, thèse préc., n° 153, pp. 107-108. *Adde*, R. LEGAIS, « L'évolution de la responsabilité civile des maîtres et commettants du fait de leurs préposés en droit français et en droit allemand : observations comparatives, juridiques et économiques », in *Les orientations sociales du droit contemporain : écrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*, 1992, pp. 303-315.

⁴⁰⁸ Ph. DIDIER, thèse préc., n° 153, p. 108.

⁴⁰⁹ A. GILSON-MAES, thèse préc.

⁴¹⁰ A. GILSON-MAES, *ibid.*, n° 436.

⁴¹¹ V. not. Cass. civ. 3^{ème}, 29 avr. 1998, n° 96-17.540 : *Bull. civ.*, 1998, III, n° 87 ; J.C.P. éd. E., 1998, pan., 1017 ; R.T.D.Civ., 1998, p. 930, note P.-Y. GAUTIER ; R.T.D. Civ., 1999, p. 89, note J. MESTRE. – Com. 24 mai 1994, n° 92-14.344 : *Bull. civ.* IV, n° 184. – Com. 13 juin 1995, n° 93-17.409 : *Bull. civ.* IV, n° 175 ; J.C.P. 1995. I. 3880, n° 8, obs. Ch. JAMIN. – Req., 14 juin 1847 : D.P., 1847, 1, 332.

⁴¹² Les décisions jurisprudentielles invoquées par l'auteur pour appuyer l'existence d'une représentation dans les actes et faits matériels ont toutefois pour point commun d'évoquer plutôt une responsabilité personnelle du représenté. En effet, comme le relève M. MESTRE, dans l'ensemble de ces affaires, « *le mandant [avait] lui-même quelque chose à se reprocher* » : J. MESTRE, note préc. sous Cass. civ. 3, 29 avr. 1998, n° 96-17.540 (choix imprudent du représentant). V. égal. Req., 14 juin 1847 : D.P., 1847, 1, 332 (intérêt personnel du représenté au comportement répréhensible du représentant). Une autre explication est invoquée en doctrine pour expliquer cette jurisprudence : le caractère indissociable entre le comportement délictuel du représentant et le contrat, propre à ces espèces (ainsi du dol) : M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, op. cit.*, n° 1502, p. 954.

124. Les approches adoptées en doctrine pour étendre la théorie de la représentation aux actes matériels et faits juridiques sont disparates. Pour Monsieur DIDIER, par exemple, cette extension repose sur une acception plus large de la représentation⁴¹³, en tant que mécanisme d'imputation⁴¹⁴ dérogatoire⁴¹⁵ fondé sur la définition de l'intérêt d'une personne (le représenté) par une autre (le représentant)⁴¹⁶.

Le critère de l'intérêt d'autrui est toutefois inhérent à l'action *pour* autrui en tant que telle (et donc à l'intermédiation)⁴¹⁷ ; il ne permet donc pas d'expliquer pourquoi, dans certaines hypothèses, un rapport de droit direct et immédiat s'établit entre deux parties extrêmes, et donc les disparités de régime entre les différentes variétés d'action pour autrui⁴¹⁸. La conception de la notion de représentation retenue par l'auteur l'amène également à exclure un certains nombres de conditions traditionnellement exigées pour sa mise en œuvre – en particulier, celles tenant au pouvoir⁴¹⁹ et à l'intention de représenter⁴²⁰ – conditions qui se trouvent au cœur de la nouvelle réglementation dédiée à cette technique aux articles 1153 et s. du Code civil. Ainsi la notion de pouvoir apparaît-elle dans l'ensemble de ces dispositions, tandis que l'exigence tenant à l'intention de représenter aux fins d'engager directement le représenté est expressément consacrée à l'article 1154, alinéa 1^{er}, du Code civil (l'action « au nom » d'autrui révélant cette intention)⁴²¹.

Cette approche ne permet donc pas de rendre compte des spécificités de l'action réalisée *au nom* d'autrui.

⁴¹³ Ce qui l'amène à intégrer dans son champ des constructions (représentation des ayants cause par leur auteur, représentation mutuelle des codébiteurs solidaires (thèse préc., n° 141, pp. 96-97), la possession *corpore alieno* (*ibid.*, n° 153, p. 108) traditionnellement exclue de la théorie de la représentation qui ne satisfont pas aux exigences de la représentation parfaite.

⁴¹⁴ Ph. DIDIER, thèse préc., n° 165-166, p. 115-117.

⁴¹⁵ Ph. DIDIER, *ibid.*, n° 167 et s., pp. 117 et s.

⁴¹⁶ Ph. DIDIER, *ibid.*, n° 179, p. 128.

⁴¹⁷ N. Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, thèse précitée, n° 404, p. 183 ; A. GILSON-MAES, thèse préc., *ibid.*, n° 478, note 1174 ; M.-L. IZORCHE, art. préc. spéc. n° 29. V. égal. R. SCHULTZE, « La représentation - propos introductifs », in D. MAZEAUD *et al.* (dir.), *op. cit.*, p. 13.

⁴¹⁸ A. GILSON-MAES, *ibid.*

⁴¹⁹ Ph. DIDIER, thèse préc., n° 81 et s.

⁴²⁰ Ph. DIDIER, *ibid.*, n° 102 et s.

⁴²¹ Sur ces conditions, v. *supra*, n° 0.

125. Madame MAE-GILSON retient au contraire une conception stricte de la notion de représentation – limitée au rapport externe⁴²² et consécutive à l'exercice d'un *pouvoir*⁴²³ –, mais elle considère que les faits matériels du représentant peuvent (sous certaines conditions) venir se greffer sur ce rapport juridique⁴²⁴. Il ne s'agit pas, pour l'auteur, de remettre en cause la thèse selon laquelle un acte matériel ou fait juridique ne peut constituer l'*objet* de ce mécanisme⁴²⁵, mais de démontrer qu'il est possible d'étendre les *effets* de la représentation aux obligations nées de ces deux catégories d'actes⁴²⁶, ou, comme le dit l'auteur, d'élargir le champ du rapport externe « à toutes les conséquences juridiques consécutives à l'action du représentant, qu'elles aient été expressément définies ou non par les parties »⁴²⁷.

Cette seconde approche méconnaît toutefois, à notre sens, la catégorie juridique de rattachement des principes gouvernant la répartition de la responsabilité entre maître d'affaire d'une part, et intermédiaire, d'autre part.

Comme l'avait justement observé Monsieur STORCK à propos du préposé, « ce n'est pas en faisant usage des droits de son commettant, mais par son **activité matérielle et dans l'exercice de ses fonctions**, que [ce dernier] cause un dommage à un tiers »⁴²⁸, de la même manière qu'un mandataire est susceptible de causer un préjudice aux tiers *dans l'exercice de sa mission*. La responsabilité du mandataire et du préposé est toujours appréciée par les juges en relation avec ces deux notions – « mission » et « fonction »⁴²⁹ –, qui ne peuvent se comprendre que dans le cadre du rapport bipartite interne⁴³⁰. Tout en postulant le « rattachement » d'une règle de responsabilité à l'exercice d'un pouvoir de représentation, l'auteur de cette thèse écrit pourtant, et également, qu'il importe de « regarder si le fait dommageable [du représentant] est **rattachable** ou extérieur à la **mission** [qui lui a été]

422 A. GILSON-MAES, thèse préc., n° 163.

423 A. GILSON-MAES, *ibid.*, n° 66

424 A. GILSON-MAES, *ibid.*, n° 482.

425 Pour les raisons que l'on a évoquées précédemment : v. *supra*, n° 119.

426 A. GILSON-MAES, *ibid.*, n° 437.

427 A. GILSON-MAES, *ibid.*, n° 475.

428 M. STORCK, thèse préc., n° 269, p. 202.

429 *Cf. infra*, n° 369.

430 *Cf. infra*, n° 155 (en ce qui concerne la mission du mandataire), et n° 267 (en ce qui concerne la fonction du délégataire).

confiée »⁴³¹, ou encore « si l'acte du représentant est indissociable ou non de la *mission de représentation* »⁴³².

Concrètement, de la même manière que l'apparition d'un rapport ternaire dans l'activité délictuelle ou quasi-délictuelle du préposé a pour cadre la *fonction* exercée par ce dernier (article 1242, alinéa 5, du Code civil⁴³³), c'est la *mission* assignée au mandataire qui fonderait, le cas échéant, la reconnaissance d'un rapport analogue en matière extracontractuelle dans le mandat. Dit autrement, l'apparition d'un rapport ternaire dans la responsabilité a pour fondement l'exercice d'une fonction ou mission « pour le compte » d'autrui⁴³⁴, là où, en matière de représentation, le rapport externe naît de l'exercice d'un *pouvoir* « au nom » d'autrui.

Cette analyse nous semble confortée par la nature des actes susceptibles d'être appréhendés par chacune de ces notions (le pouvoir d'un côté, la fonction ou mission de l'autre). En effet, si seul un acte juridique peut faire l'objet d'un pouvoir de représentation⁴³⁵, le champ de la mission (et de la fonction) le dépasse et peut s'étendre à tout ce qui a été accompli à son occasion⁴³⁶, qu'il s'agisse d'un fait du représentant ou de l'accomplissement d'actes matériels accessoires à l'opération juridique envisagée. Ces actes sont toujours réalisés pour le compte du donneur d'ordre (ou, du moins, ils puisent leur origine dans une activité menée pour son compte), et jamais en son nom.

126. Sur les pas de Monsieur STORCK, on déduit de ces observations, que « *ce n'est pas en qualité de représentant (...) que l'auteur d'un fait juridique ou d'un acte matériel a la possibilité de lier directement ou indirectement un tiers à son action* »⁴³⁷. Si une personne revêt deux casquettes – à la fois celle de « représentée » et de « responsable » – il ne peut y avoir que juxtaposition⁴³⁸ de la technique de la représentation avec un autre mécanisme

⁴³¹ A. GILSON-MAES, thèse préc., n° 487.

⁴³² A. GILSON-MAES, *ibid.*, n° 487.

⁴³³ « *Les maîtres et les commettants [sont responsables] du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employé* ».

⁴³⁴ On ne peut, par définition, accomplir une mission « au nom » d'autrui ; si ce sont les droits subjectifs de cet autrui qui sont mis en œuvre, la mission est personnelle au représentant (c'est *sa* mission).

⁴³⁵ Cf. *supra*, n° 119.

⁴³⁶ Comp. Ph. DIDIER, « Rapport de synthèse », in D. MAZEAUD, R. SCHULZE et G. WICKER (dir.), *La représentation en droit privé, 6èmes Journées franco-allemandes, op. cit.*, p. 232 : « *la mission (...) comprend plus que ce qui est dans le périmètre de [l'] habilitation à engager le représenté. Les rapports interne et externe ne se recouvrent pas exactement (...); le rapport interne est toujours plus large que le rapport externe* ».

⁴³⁷ M. STORCK, thèse préc., n° 260, p. 195.

⁴³⁸ M. STORCK, *ibid.*, n° 269, p. 202.

juridique – telle la préposition⁴³⁹ – dont découle le phénomène d'imputation de faits juridiques à autrui.

127. Ces développements nous auront permis de constater que la proposition selon laquelle la représentation pourrait « *s'intégrer dans un concept plus large qui (...) dépasserait le domaine des actes juridiques* »⁴⁴⁰ se rattache à la **mission** de représentation⁴⁴¹, et non au « pouvoir » correspondant. Si « représentation » il y a, ce ne peut donc être que dans un sens large⁴⁴².

L'action au nom d'autrui s'effectue quant à elle sur le fondement d'un « pouvoir » et en toute transparence.

⁴³⁹ M. STORCK, *ibid.*, n° 269, p. 201 et s. Comp. B. STARCK, thèse préc., pp. 236-237, pour qui « [p]réposition et représentation sont deux institutions distinctes mais parallèles. La préposition est dans le domaine des faits juridiques ce que la représentation est dans celui des actes juridiques : un moyen de réaliser ses droits grâce aux services d'un tiers. ».

⁴⁴⁰ G. REINER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand », in D. MAZEAUD *et al.*, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁴¹ Rappr., à propos de la fonction, D. TARDIEU-NAUDET, « L'incidence, sur la responsabilité du débiteur, de la faute caractérisée de son préposé (contribution à l'étude de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui) », RRJ 1979-1980, p. 99 (1^{ère} partie) et RRJ 1981.80 (2^{ème} partie) : « la représentation (...) s'accomplit (...) au moment où le préposé est chargé de l'exécution de la fonction au sens technique et matériel du terme » ; le préposé est un représentant du commettant car « il accomplit à sa place et dans son intérêt une fonction ».

⁴⁴² Sur cette notion, v. *infra*, n° 135 et s.

β) *Les modalités de l'action du représentant : en vertu d'un pouvoir et en toute transparence*

128. Le représentant, dans sa compréhension moderne, est celui qui agit en toute transparence⁴⁴³ – donc qui révèle au tiers sa qualité en agissant « au nom d'autrui »⁴⁴⁴ – en vertu d'un pouvoir⁴⁴⁵.

Une autre piste a toutefois été récemment engagée, consistant à étendre la théorie de la représentation à toutes les activités juridiques exercées dans l'intérêt d'autrui. Cette proposition trouve aujourd'hui un fondement légal dans le second alinéa de l'article 1154 du Code civil, aux termes duquel la qualification de représentant s'applique également à celui qui agit pour le compte d'autrui, mais qui contracte en son nom propre. Serait donc « représentant » celui qui agit dans l'intérêt d'autrui, indépendamment des modalités de mise en œuvre de cette action.

Le critère tenant à l'intérêt d'autrui est toutefois inapte à saisir les spécificités de l'action exercée au nom d'autrui.

129. **L'extension de la notion de représentation à toutes les activités juridiques exercées dans l'intérêt d'autrui : analyse critique.** Le critère tenant à l'intérêt d'autrui est, comme on l'a déjà remarqué⁴⁴⁶, inhérent à l'action menée *pour autrui*, donc à l'intermédiation, indépendamment de ses modalités de mise en œuvre (en engageant ou non directement le constituant). Concrètement, à l'aune de l'acceptation proposée de la

⁴⁴³ A. GILSON-MAES, thèse préc., n° 166 à 168. En droit allemand, les notions de « *Offenkundigkeitsgrundsatz* » ou « *Offenheitsgrundsatz* » expriment le principe de transparence de la représentation dans cette législation : G. REINER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand », in D. MAZEAUD, *et al.*, *op. cit.*, p. 26.

Le droit allemand connaît deux tempéraments au principe de transparence : celui du contrat « avec la personne concernée » (soit lorsque le tiers contractant n'a pas d'intérêt particulier à connaître l'identité de son cocontractant), et celui du contrat conclu « [implicitement] avec le propriétaire de l'entreprise » (qui vise les situations où un contrat est conclu par le subalterne d'une entreprise) : G. REINER, *ibid.*, pp. 27-28.

⁴⁴⁴ V. le nouvel article 1154, alinéa 2, du Code civil. Rien n'impose toutefois que le nom du tiers soit révélé dès la formation de l'acte : G. WICKER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français », in D. MAZEAUD, R. SCHULZE et G. WICKER (dir.), *La représentation en droit privé, 6èmes Journées franco-allemandes*, *op. cit.*, p. 57.

⁴⁴⁵ A. GILSON-MAES, *ibid.*, n° 108. Comme l'écrit l'auteur, « [a]dmettre une représentation sans pouvoir apparaît (...) dénué de sens : agir par représentation supposant d'engager autrui, l'action pour autrui doit être légitimée, et c'est précisément dans le pouvoir que se trouve cette justification » (*ibid.*, n° 66). V. égal. en droit allemand, G. REINER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand », in D. MAZEAUD, *et al.*, *op. cit.*, p. 25.

⁴⁴⁶ Cf. *supra*, n° 124.

notion de représentation, celle-ci devient équipollente à l'action exercée « pour le compte d'autrui » ; elle ne saisit plus – ni n'explique – l'action réalisée « au nom » de cet autrui.

Ceci est particulièrement mis en évidence lorsque l'on analyse les composantes de l'intermédiation dans ses deux modalités de mise en œuvre⁴⁴⁷.

130. Lorsque l'intermédiaire s'engage sur son patrimoine personnel dans le but de rétrocéder ses droits dans le patrimoine du maître de l'affaire, il agit bien évidemment pour son propre compte. Sur ce point, il n'existe aucune divergence ou aucun désaccord entre les modèles français et germanique.

Lorsque l'intermédiaire engage au contraire directement le constituant, il agit certainement en son nom, mais uniquement en son nom d'après le modèle germanique, et à la fois en son nom et pour son compte d'après le droit français⁴⁴⁸.

Cette double exigence en droit français matérialise en réalité une donnée conceptuelle à laquelle il n'est pas possible d'échapper : en agissant « au nom » d'autrui, on agit nécessairement en même temps « pour son compte ». L'abstraction portée par la théorie dualiste⁴⁴⁹ dans le modèle germanique n'est que *juridique* : celui qui a le pouvoir d'agir au nom d'autrui reçoit nécessairement et corrélativement cette mission ou charge. Simplement, dans ce modèle, juridiquement, l'existence d'un rapport de droit pour appréhender cet objet n'est pas une condition de validité du pouvoir de représentation⁴⁵⁰.

L'affirmation selon laquelle le pouvoir d'agir au nom d'autrui inclut la charge d'agir dans son intérêt ne se vérifie, pour cette raison, qu'en droit français⁴⁵¹. Dans le modèle germanique, le représentant est à proprement parler seulement celui qui a un « pouvoir », donc qui « peut », mais qui « ne doit pas »⁴⁵² (à défaut d'en avoir été chargé ou missionné dans les rapports internes). Le pouvoir est *juridiquement* abstrait, non causal.

Ce n'est pas, pour autant, affirmer que l'intérêt du représenté disparaît lorsqu'il n'est pas matérialisé dans la composante « pour son compte » comme c'est le cas dans le modèle germanique. L'intérêt du représenté se retrouve en effet, par définition, dans le

⁴⁴⁷ Ces conditions seront développées *infra*, n° 181 et 182.

⁴⁴⁸ V. *ibid.*

⁴⁴⁹ Cf. *infra*, n° 572 et s.

⁴⁵⁰ Ce rapport est facultatif : cf. *infra*, n° 587 et s.

⁴⁵¹ V. G. WICKER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français », in D. MAZEAUD, *et al.*, *op. cit.*, p. 53 : « la notion de mission [doit s'entendre] comme la charge qui incombe au représentant d'agir, et d'agir dans le sens de l'intérêt du représenté ».

⁴⁵² Cf. *infra*, n° 592, la distinction entre le *können* et le *dürfen* (droit allemand), *upoważnienie* et *umocowanie* (droit polonais).

pouvoir d'agir au nom d'autrui, le pouvoir s'entendant (tant en droit français qu'Outre-rhin) comme la prérogative conférée à son titulaire dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien⁴⁵³.

131. La consécration légale de ce que l'on qualifie de « représentation indirecte »⁴⁵⁴ est, en vérité, révélatrice d'un glissement terminologique qui s'est opéré entre les notions de « représentant » et « d'intermédiaire »⁴⁵⁵.

132. La construction moderne de la représentation postule enfin une répartition⁴⁵⁶ particulière des qualités d'auteur et de partie à l'acte.

⁴⁵³ En doctrine française, v. E. GAILLARD, thèse préc., n° 20, p. 21. V. égal. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « pouvoir ».

⁴⁵⁴ Sur cette notion, v. *infra*, n° 136 et s.

⁴⁵⁵ Comme l'écrit Monsieur DISSAUX, « [l]a notion d'intermédiaire a joué un rôle déterminant dans l'élaboration du critère moderne du contrat de mandat. C'est par le biais du postulat selon lequel le mandat, contrat essentiellement ouvert, impliquait de la part du mandataire une relation avec un tiers, que l'on a pu raccrocher à cette qualification le jeu du mécanisme de la représentation. [...] À la faveur d'une telle association de concepts, l'intérêt porté à la représentation devait occulter le postulat de départ. Ainsi la notion d'intermédiaire a-t-elle disparu sous la trappe d'une ellipse. À la faveur d'une métonymie établie entre la notion d'intermédiaire [...], et celle de représentation, un glissement s'est produit qui, de l'équation postulant une correspondance entre le mandat et la notion d'intermédiaire, a débouché sur l'adéquation entre le mandat et la représentation » : *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, thèse préc., pp. 92 et s., n° 210 et s.

⁴⁵⁶ C'est à Monsieur STORCK que revient essentiellement la systématisation de la distinction entre les trois composantes de l'acte juridique (le droit exercé, l'exercice de ce droit et les effets de droit en résultant) qui peuvent concerner – donc être répartis – entre une, deux, voire trois catégories de personnes. Comme l'écrit l'auteur, « ce n'est pas nécessairement le sujet attributaire d'un droit qui exerce sa prérogative, ce n'est pas nécessairement le sujet auteur de l'acte qui sera lié par les effets créés par son action, ce n'est pas nécessairement le sujet titulaire du droit mis en œuvre qui est engagée par l'opération accomplie » : thèse préc., n° 127, p. 93.

Γ) La répartition entre les qualités d'auteur et de partie à l'acte juridique

133. Enfin, dans la conception moderne de la représentation, le représentant, partie agissante, se voit assigner la qualité d'auteur de l'acte (de volonté)⁴⁵⁷. Le représenté est quant à lui *partie* à l'acte juridique⁴⁵⁸. Par conséquent, la représentation correspond à une opération par définition *tripartite*⁴⁵⁹ (il convient de distinguer, dans sa mise en œuvre, l'auteur de l'acte conclu avec le tiers du sujet de droit qui en subit les effets).

134. Aux termes de ces développements, la singularité de l'action réalisée « au nom » d'autrui a pu être établie. Aussi, « *la nuance du vocabulaire [nous apparaît] indispensable pour refléter la nuance de l'idée* »⁴⁶⁰. Sur ce point, une terminologie spécifique est à même de rendre compte des autres acceptions de la notion de représentation que l'on a pu relever et qui renvoient, en vérité, à des mécanismes distincts.

2) Les autres formes de représentation

135. Le législateur français n'a pas conçu de terminologie spécifique pour rendre compte de la singularité de l'action au nom d'autrui, comme c'est le cas en droits allemand (avec la « *Stellvertretung* ») et polonais (avec le « *przedstawicielstwo* »)⁴⁶¹ (la procuration – « *Vollmacht* » (all.) ; « *pełnomocnictwo* » (pl.) – désignant quant à elle, dans ces deux législations, cette forme de représentation d'origine volontaire). Ces notions désignent strictement le pouvoir d'agir au nom d'autrui.

En l'absence de terminologie spécifique ou de définition légale de cette forme de représentation en droit français⁴⁶², celle-ci doit être distinguée de la représentation dite indirecte⁴⁶³ (1) ainsi que de la représentation *lato sensu* (2).

α) Distinction avec la représentation indirecte

⁴⁵⁷ Ph. DIDIER, thèse préc., n° 157 et s., pp. 110-111 ; G. WICKER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français », in D. MAZEAUD, *et al.*, *op. cit.*, p. 58.

⁴⁵⁸ N. DISSAUX, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, préf. C. JAMIN, L.G.D.J., 2007, n° 406 et s., pp. 185 et s. ; G. WICKER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français », in D. MAZEAUD, *et al.*, *op. cit.*, p. 57 ; A. GILSON-MAES, thèse préc., n° 170.

⁴⁵⁹ Ch.-W. CHEN, thèse préc., n° 6, p. 4. Pour reprendre la distinction opérée par Monsieur STORCK, les trois différents sujets qui sont parties à l'acte juridique – auteur de l'acte, sujet attributaire du droit exercé et sujet

136. L'institution de la représentation intéressant dans le modèle germanique, conformément à la théorie dualiste, exclusivement le rapport externe (article 95, § 2, K.C. en droit polonais, et § 164 B.G.B. en droit allemand), se trouvent exclues du champ de cette notion, par définition, les techniques dans lesquelles l'intermédiaire agit pour le compte d'autrui, mais *in proprio nomine*⁴⁶⁴. Ces contrats ont en effet des effets de nature purement interne dans la mesure où ils réglementent les relations mutuelles entre l'intermédiaire et le maître de l'affaire. Le « représentant », conformément à la théorie dualiste, agit nécessairement « *au nom* » (*in Namen*)⁴⁶⁵ d'autrui⁴⁶⁶.

d'imputation – se trouvent scindés en deux catégories : le représentant est l'auteur de l'acte tandis que le représenté cumule les deux dernières qualités : M. STORCK, *loc. cit.*

⁴⁶⁰ Ph. DIDIER, « Rapport de synthèse », in D. MAZEAUD, *et al.*, *op. cit.*, p. 218.

⁴⁶¹ A ce sujet, des auteurs relèvent qu'« [o]n s'est même parfois laissé aller à accuser la littérature française et italienne, et surtout la littérature anglo-saxonne, d' "usage erroné d'un point de vue juridique", et ce parce que les mots de représentation, rappresentanza, representation y sont employés pour la représentation commerciale (*Stellvertretung*), mais aussi pour la présentification d'une valeur idéale, et donc pour la représentation (*Repräsentation*) en son sens spécifiquement "ontologique" » (en it. par l'auteur) : H. HOFMANN, G. PEGNY, Y. SINTOMER, « Le concept de représentation : un problème allemand ? » *Raisons politiques* 2013/2, n° 50, pp. 79-96, pt. 6.

⁴⁶² En l'absence d'appréhension globale de cette technique pendant plus de deux siècles, de nombreuses études ont toutefois proposé une analyse systématique de ce mécanisme en droit privé. Sans souci d'exhaustivité, v. not. Ph. DIDIER, thèse préc. ; M. STORCK, thèse préc. ; F. RIGAUD, thèse préc. ; Ch.-W. CHEN, thèse préc. ; G. WICKER, thèse préc., n° 49, p. 60 ; M-C. MESTRE, *La convention de la Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation*, thèse Paris 2, 1981 ; R. DE QUENAUDON, thèse préc. ; A. ROUAST, thèse préc., pp. 110 et s. ; G. MADRAY, thèse préc. ; E. BOLAND, *De la représentation dans les contrats*, thèse Liège, 1927 ; E. PILON, thèse préc. ; R. POPESCO-RAMNICEANO, thèse préc. ; P. BOUQUIER, *Étude générale de la représentation dans les actes juridiques*, thèse, Montpellier, 1899 ; V.-J. CLARISSE, *De la représentation. Son rôle dans la création des obligations*, thèse, Lille, 1949 ; D. CORBESCO, *De ta représentation dans les actes juridiques et principalement dans les contrats*, thèse Paris, 1912 ; M. BOYER, thèse préc. ; C. FALQUE-PIERROTIN, *Les éléments constitutifs du contrat de mandat*, thèse Caen, Paris, Dalloz, 1933 ; E. GAILLARD, « La représentation et ses idéologies en droit privé français », art. préc., pp. 91 et s. ; G. WICKER G. et N. FERRIER, « La représentation », J.C.P. 2015, supp. au n° 21. V. égal. dans les matières spéciales de droit privé : H. MOUSIT, thèse préc. ; A. LYON-CAEN, Q. URBAN (dir.), *La crise de l'entreprise et de sa représentation*, Dalloz, 2012 ; F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Paris : L.G.D.J., coll. Bibl. de droit privé, t. 291, 2000.

⁴⁶³ Sur ce mécanisme, v. en particulier H. NICOLEANO, *De la représentation indirecte*, thèse, Paris, 1912. V. égal. M. OUDINOT, *De la représentation imparfaite en droit français*, thèse Paris, 1909.

⁴⁶⁴ M. FROMONT, A. RIEG (dir.), *Introduction au droit allemand*, *op. cit.*, p. 59.

⁴⁶⁵ « *W imię* » (pl.).

⁴⁶⁶ Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, p. 257 ; M. FROMONT, A. RIEG (dir.), *loc. cit.*

137. Au contraire, le législateur français a fait le choix de consacrer ce mode d'action⁴⁶⁷ (communément qualifié de représentation indirecte ou imparfaite⁴⁶⁸) dans le champ de la notion de représentation au nouvel article 1154 du Code civil⁴⁶⁹. La notion de représentation couvre donc dorénavant, en droit français – contrairement au modèle germanique⁴⁷⁰ –, les hypothèses dans lesquelles l'intermédiaire supporte seul les effets juridiques de l'acte passé avec un tiers (autrement dit, des contrats aux effets de nature purement interne, du moins, dans les rapports personnels⁴⁷¹).

138. Ce faisant, la réforme de 2016 met un terme aux maintes controverses doctrinales intéressant le bien-fondé de la notion de représentation indirecte ou imparfaite. D'aucuns s'accordaient pour affirmer que la notion de représentation devait s'entendre strictement

⁴⁶⁷ Ce choix s'écarte de la solution retenue par l'un des projets de réforme du droit des obligations, qui avait exclu la représentation imparfaite du champ de cette technique : v. l'art. 1119-1 du projet CATALA, en vertu duquel « [l]e représenté est seul engagé par les actes accomplis par le représentant dans la limite de ses pouvoirs ». Cette formule excluait expressément de la notion de représentation les hypothèses dans lesquelles l'intermédiaire se trouve engagé par les actes qu'il conclut avec un tiers. Méthodiquement, cette disposition se trouve réglementée dans un paragraphe 3, intitulé « *Du pouvoir d'agir au nom d'autrui* » (nous soulignons).

⁴⁶⁸ « *Mittelbare Stellvertretung* » (all.), et « *reprezentacija po srednia* » (pl.).

⁴⁶⁹ En son deuxième alinéa, l'article 1154 prévoit que « [l]orsque le représentant déclare agir pour le compte d'autrui mais contracte en son propre nom, il est seul engagé à l'égard du cocontractant ».

⁴⁷⁰ Pour une étude comparée approfondie du mécanisme de représentation en droits allemand et français, v. en doctrine française : R. SCHULZE, G. WICKER, D. MAZEAUD (dir.), *La représentation en droit privé, 6èmes Journées franco-allemandes, op. cit.* ; R. SCHULZE, G. WICKER, G. MÄSCH, D. MAZEAUD (dir.), *La Réforme du droit des obligations en France, 5èmes Journées franco-allemandes*, coll. Droit comparé et européen, vol. 20, Paris, Société de législation comparée, 2015, et, en doctrine allemande, J. KLEINSCHMIDT, « *Stellvertretungsrecht in Deutschland und Frankreich. Perspektiven für eine Rechtsvereinheitlichung* », *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, n° 3, 2001, pp. 697-736.

⁴⁷¹ Il importe en effet de distinguer, dans les contrats translatifs de propriété conclus au moyen de la « représentation indirecte », entre les effets réels et les effets personnels. En prenant pour exemple le contrat de commission, l'on sait que les premiers se répercutent directement en la personne du commettant (N. DISSAUX, *Rép. com., Dalloz*, v° « Commissionnaire », sept. 2019, n° 239 et s.), tandis que le commissionnaire n'est touché que par les effets personnels du contrat (v. *ibid.*, n° 225 et s., avec les limites à ce principe, et M.-P. DUMONT, *L'opération de commission*, Litec, Bibl. dr. entr., t. 45, 2000, n° 386 et s.). Le contrat de commission constitue ainsi une application de la représentation réelle, indépendante d'une quelconque représentation personnelle, hypothèse ponctuellement consacrée par le droit français (le principe étant que « *l'ensemble de ces effets, personnels et réels, forme un tout* » : N. DISSAUX, *ibid.*, n° 239). *Adde*, F. LEDUC, « *Réflexions sur la convention de prête-nom. Contribution à l'étude de la représentation imparfaite* », R.T.D. Civ. 1999, n° 2, pp. 283-312, spéc. n° 21 et s. ; D. TOMASIN, « *Les effets du mandat simple sans clause de représentation* », RDI, 31 décembre 1990 ; B. STARCK, « *Les rapports du commettant et du commissionnaire avec les tiers* », in J. HAMEL (dir.), *Le contrat de commission*, Dalloz, 1949, pp. 147 s., spéc. p. 152 ; M. GUTZWILLER, « *La commission, le courtage et le mandat commercial en droit international privé* », in *Annuaire de l'Institut de droit international*, 49^e vol., t. 2, 1950, pp. 74 s., spéc. p. 107.

comme le rapport de droit né entre le représenté et le tiers⁴⁷², dans la lignée du modèle germanique. Pour ses détracteurs, majoritaires en doctrine⁴⁷³, la représentation indirecte correspondait à un « *abus de langage* »⁴⁷⁴, un « *non-sens* »⁴⁷⁵ ; cette expression n'empruntait somme toute, de la représentation, que le nom⁴⁷⁶. Cette position doctrinale réfractaire était d'actualité au moment de la réforme du droit des contrats⁴⁷⁷ qui a formellement consacré cette catégorie doctrinale. Aussi, c'est sans surprise que ce choix législatif n'a pas manqué de susciter de vives critiques⁴⁷⁸.

⁴⁷² V. les définitions doctrinales de la représentation énoncées *infra*, note 595.

⁴⁷³ V. par ex. J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 116, p. 202 ; M.-L. IZORCHE, art. préc., n° 19 ; M. STORCK, thèse préc., n° 319. *Contra*, v. par ex., N. DISSAUX, « Articles 1152 et suivants : la représentation », art. préc., I.

⁴⁷⁴ R. POPESCO-RAMNICEANO, thèse préc., p. 14 ; J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 16.

⁴⁷⁵ R. POPESCO-RAMNICEANO, *ibid.* ; E. PILON, thèse préc., n° 11 ; B. STARCK, *loc. cit.* Dans ce sens également, en littérature allemande, J. UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, vol. 2, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1859, p. 135, note 22, qui affirme que la « *Mittelbare Stellvertretung ist eine contradictio in adjectivo* ».

⁴⁷⁶ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique de la réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 372 ; C. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat*, 2016, Economica, n° 142 et s. Rapp. Ch.-W. CHEN, thèse préc., n° 81, p. 48. *Contra*, v. not. H. NICOLEANO, thèse préc. ; É.-U. GOUT et F.-J. PANSIER, *Petit lexique juridique, op. cit.*, v° « représentation », p. 323 ; F. RIGAUX, thèse préc., pp. 59 et s., spéc. p. 63.

⁴⁷⁷ V. not. Ph. MALAURIE, L. AYNES, et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit.*, n° 802, pour qui, « *dans la représentation imparfaite, les choses ne sont pas si simples, à ce point qu'on doute qu'il s'agisse encore de représentation* » ; J. GHESTIN, G. LOISEAU, et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. I, 4^{ème} éd., L.G.D.J., 2013, n° 1036 ; T. GENICON, « Mandat et représentation », in B. REMY (dir.), *op. cit.*, n° 10, p. 38 ; A. GILSON-MAES, thèse préc., n° 52.

⁴⁷⁸ V. par ex., 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, 1^{ère} éd., 2016, pp. 241-242, pour qui « *[i]l aurait été préférable de rejeter la "représentation imparfaite" qui, précisément, a peu à voir avec la représentation sagement entendue* », et N. MATHEY, *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Représentation », juin 2017 (actu. : mai 2018), n° 9, pour qui « *la consécration légale de la représentation parfaite par l'ordonnance du 10 février 2016 n'est sans doute pas une bonne idée ; elle ne contribue certainement pas à rendre l'institution de la représentation plus compréhensible* ». V. égal. *ibid.*, n° 27 et s.

Il convient de relever toutefois que la reconnaissance de la représentation imparfaite n'est pas propre au droit français, et qu'elle connaît des précédents dans plusieurs textes internationaux. Il en est ainsi dans la Convention de Genève sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises de 1983 (préc.), dont les dispositions sur la représentation s'appliquent, « *que l'intermédiaire agisse en son propre nom ou au nom du représenté* » (art. 1, al. 4). Il en va de même pour les Principes d'UNIDROIT de 2016 (préc.), qui qualifient de représentant celui qui « *agit en son propre nom ou au nom du représenté* » (art. 2.2.1, alinéa 1, *in fine*). En conséquence, les dispositions relatives à la représentation s'appliquent, dans ces deux textes, « *entre, d'une part, le représenté ou le représentant et, d'autre part, le tiers* » (v. les art. 1, al. 3, de la Convention de Genève, et l'art. 2.2.1, al. 2, des principes UNIDROIT de 2016). Dans les PDEC (préc.), les règles applicables à la représentation directe et à la représentation indirecte font l'objet de deux sections distinctes, soit respectivement les articles 3 : 201 et s. de la section 2, pour la première, et les articles 3 : 301 et s. de la section 3, pour la seconde.

139. Par la consécration formelle de la représentation indirecte dans la notion de représentation, le législateur français a pris le parti de considérer la finalité globale de l'opération⁴⁷⁹, seule à même de justifier l'appréhension de l'acte de l'intermédiaire personnellement engagé comme une forme de représentation. Le but de l'opération accomplie selon ce procédé reste en effet, *in fine*, l'engagement du seul constituant⁴⁸⁰. Simplement, une deuxième convention sera nécessaire, afin de rétrocéder dans son patrimoine les actes passés par l'intermédiaire. Néanmoins, cette consécration législative participe de la confusion – déjà notable en droit français – entre les rapports de nature interne et externe⁴⁸¹ dans la mise en œuvre de la représentation directe et de leur objet respectif (d'un côté, la mission octroyée⁴⁸² et de l'autre, son moyen de mise en œuvre) : non seulement ces derniers ne sont pas formellement distingués en droit français, mais encore ils se trouvent en conséquence appréhendés sous une dénomination commune (il s'agit de rapports « de représentation »).

140. En dépit des controverses qu'elle suscite, les rédacteurs de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux sont restés fidèles à la notion de représentation retenue par l'ordonnance de 2016. En effet, le projet propose l'introduction d'un Titre dédié aux « contrats de représentation » (Titre XIII de l'avant-projet) qui englobe – aux côtés du mandat (Chapitre I) – des techniques bien établies dans lesquelles l'intermédiaire agit pour le compte d'autrui, mais en son nom propre : le prête-nom (Chapitre II) et le contrat de commission (Chapitre III).

141. En droit français des sociétés, il est encore fait référence au mécanisme de « représentation » pour désigner l'action de la personne morale par le biais de ses

⁴⁷⁹ Rapp. T. GENICON, « Mandat et représentation », in B. REMY (dir.), *op. cit.*, n° 15, p. 41, affirmant que « ce qui définit la mission [du mandataire], nous semble-t-il, n'est pas tant le moyen (la représentation) que la fin (faire tout ce qui s'impose pour vendre, acheter, louer, etc. au bénéfice du donneur d'ordre). Dans cette perspective, la représentation [directe] n'est qu'un outil (...) conféré par le mandant s'il le juge utile, mais à défaut duquel on ne peut pas dire que la mission n'a pas lieu (agir pour acheter, vendre, louer, etc. pour l'autre) ».

⁴⁸⁰ A cet égard, il semblerait, comme l'affirme Monsieur STOFFEL MUNCK, que « le parallèle établi par l'article 1154 paraît simplement confirmer la vocation du droit de la représentation parfaite à servir de réservoir de solutions au droit de la représentation imparfaite » : « Le nouveau droit de la représentation et le contrat de mandat », in G. LARDEUX (dir.), *Le droit spécial des contrats à l'épreuve du nouveau droit commun*, PUAM, 2017, p. 80.

⁴⁸¹ Dans ce sens égal., Ch.-W. CHEN, thèse préc., n° 81, p. 48.

⁴⁸² Cf. *infra*, n° 155.

organes⁴⁸³. Cette forme de « représentation » renvoie en réalité à l'acceptation large de cette notion, qui se distingue, elle aussi, du pouvoir d'action au nom d'autrui. Celle-ci correspond en même temps à la traduction littérale de la notion de représentation en droits allemand et polonais.

⁴⁸³ Soit qu'il soit question dans les textes du pouvoir pour un organe de « *représenter la société dans ses rapports avec les tiers* » (v. par ex., l'art. L. 225-56, I, 2^{ème} al., C. com. (SA moniste) et l'art. L. 227-6, 1^{er} al. (SAS)), soit qu'il soit question, pour ce dernier, de disposer « *des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance **au nom** de la société* » (v. par ex., en ce qui concerne la SAS, l'art. L. 227-6, 1^{er} al., la SA moniste, l'art. L. 225-56, I, 1^{er} al., et la S.A.R.L, l'article L. 223-18, al. 5, C. com.), l'action « au nom d'autrui » constituant le signe distinctif du pouvoir de représentation : *cf. infra*, n° 547.

β) *Distinction avec la représentation lato sensu*

142. Nous avons vu que les législateurs allemand et polonais ont créé un terme spécifique pour désigner l'action au nom d'autrui⁴⁸⁴. Il est acquis, dans ces deux législations, que la notion de représentation, également connue en Allemagne comme en Pologne⁴⁸⁵ (« *reprezentacja* »⁴⁸⁶ en droit polonais et « *Vertretung* »⁴⁸⁷ en droit privé⁴⁸⁸ allemand), revêt quant à elle une acception plus large. En doctrine allemande, cette notion appréhende de manière générale « *la mise en œuvre des intérêts d'une partie par une autre partie dans le commerce juridique* »⁴⁸⁹. De manière analogue, la doctrine écrit que par cette notion, on entend que « *le comportement de „celui qui agit” [est imputé] sur un autre „sujet de droit”* »⁴⁹⁰. Ainsi définie, cette notion permet d'englober en même temps « *le représentant légal, organique [l'organe de la personne morale] et le fondé de procuration* »⁴⁹¹.

143. Concrètement, la représentation *lato sensu* ne vise pas strictement la représentation dans l'établissement d'un lien de droit au profit ou à la charge d'un tiers (le pouvoir d'action *au nom* d'autrui, qui ne fonde l'imputation dérogatoire qu'en matière d'actes

⁴⁸⁴ Cf. *infra*, n° 135.

⁴⁸⁵ Qui correspond donc à la traduction littérale du terme représentation en langues allemande et polonaise.

⁴⁸⁶ V. par ex., au sujet des pouvoirs du gérant de S.A.R.L. polonaise, l'article 204, § 1, K.S.H. : « *Prawo członka zarządu do (...) jej reprezentowania (...)* » (« *Le droit du membre de l'organe de direction de (...) représenter [la société] (...)* »).

⁴⁸⁷ V. par ex., au sujet des pouvoirs du gérant de S.A.R.L. allemande, le § 35 G.m.b.H.G., intitulé « *Vertretung der Gesellschaft* » (« *Représentation de la société* »).

⁴⁸⁸ Le droit allemand connaît également la notion « *Repräsentation* », mais il s'agit d'une notion spécifique au droit public qui renvoie à la représentation du bien de l'État. La *Repräsentation* de l'État se distingue des notions de « *Stellvertretung* » et de « *Vertretung* », qui seules correspondent, en droit privé, à la représentation « *d'intérêts purement égoïstes* » : Ch.-W. CHEN, thèse préc., p. 8, note 17, ainsi que les auteurs cités (v. not. O. BEAUD, « *“Repräsentation” et “Stellvertretung” : sur une distinction de C. SCHMIDT* », *Droits*, n° 6, 1987, pp. 11 et s.). Sur la différence entre la *Stellvertretung* et la *Vertretung*, v. *infra*, note 2094.

⁴⁸⁹ M. SCHMOECKEL, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, M. SCHMÖCKEL, J. RÜCKERT, R. ZIMMERMANN (réd.), t. I, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, § 164, note 2 (traduction libre de G. REINER, « *La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand* », in D. MAZEAUD *et al.*, *op. cit.*, p. 19). V. égal. K.- H. JAUW, thèse préc.

⁴⁹⁰ M. SMYK, thèse préc., I, III, pt. 5. Pour approfondir cette notion en droit polonais, v. W. SZYDLO, « *Pojęcie reprezentacji. Uwagi Teoretycznoprawne* », *PPiA* 2010, n° LXXXII, pp. 36 et s., disponible en ligne : <https://wuwr.pl/ppa/article/download/7133/6779/>.

⁴⁹¹ M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 19.

juridiques), mais revêt une acception qui englobe son sens figuratif, conforme à l'étymologie de cette notion (la représentation provient du verbe latin *repraesento*, composé de « *are* » (rendre présent), dérivé de « *praesens* » et « *tis* » (présent, qui est devant les yeux⁴⁹²)). Alors que le pouvoir d'agir au nom d'autrui constitue un mécanisme de remplacement⁴⁹³ (le représentant prend la place du représenté), la représentation *lato sensu* remplit, selon une formule doctrinale récente, « une fonction d'engendrement »⁴⁹⁴ (le représentant rend présent le représenté, comme dans la représentation d'un groupement)⁴⁹⁵.

144. À l'aune de cette acception de la notion de représentation, le « représentant » se distingue du titulaire du pouvoir d'action *au nom* d'autrui sous de nombreux aspects :

- La représentation *lato sensu* englobe la charge d'accomplir des actes tant juridiques que matériels⁴⁹⁶, là où le pouvoir d'agir *au nom* d'autrui vise uniquement la réalisation de cette première catégorie d'actes⁴⁹⁷.
- La représentation *lato sensu* s'exprime dans le cadre de la mission ou de la fonction, qui peuvent fonder l'apparition d'un rapport ternaire en matière délictuelle ; le pouvoir d'agir *au nom* d'autrui constitue un instrument de mise en œuvre de ladite mission ou fonction et fonde l'existence d'un rapport ternaire en matière contractuelle.
- La représentation *lato sensu* conçoit que le « représentant » puisse être engagé vis-à-vis du tiers (ainsi du représentant de l'article 121-2 du Code pénal) ; l'action *au nom* d'autrui exclut par définition cette hypothèse pour ce qui est des actes visés par le pouvoir.
- Le pouvoir d'agir *au nom* d'autrui revêt par essence une structure tripartite⁴⁹⁸ ; la représentation *lato sensu* englobe au contraire des constructions dans lesquelles les actes

⁴⁹² L. QUICHERAT, *Thesaurus poeticus linguae latinae ou Dictionnaire prosodique et poétique de la langue latine*, L. Hachette, 1840, p. 934.

⁴⁹³ Ph. DIDIER, thèse préc., n° 5, p. 3. Monsieur STORCK qualifie ce mécanisme de « *représentation dans l'action* », pour l'individualiser des autres mécanismes qui empruntent cette dénomination : thèse préc., p. 9.

⁴⁹⁴ Ph. DIDIER, « Rapport de synthèse », in D. MAZEAUD, *et al.*, *op. cit.*, p. 223.

⁴⁹⁵ La distinction dans la terminologie juridique allemande entre la « *Stellvertretung* » (« représentation remplacement ») et la « *Vertretung* » (« représentation engendrement ») permet de rendre compte de cette nuance, « *an Stelle* » signifiant en allemand « au lieu [de] » : Ph. DIDIER, *ibid.* V. égal. sur ces deux notions *infra*, note 2094.

⁴⁹⁶ M. SMYK, *loc. cit.* ; A. KIDYBA, *Dyrektor jako organ przedsiębiorstwa państwowego*, Warszawa, 1993, pp. 88-90 ; E. PŁONKA, *Mechanizm łączenia skutków działań prawnych z osobami prawnymi na przykładzie spółek kapitałowych*, Wydawn. Uniwersytetu Wrocławskiego, 1994, p. 12.

⁴⁹⁷ M. SMYK, *loc. cit.*

⁴⁹⁸ *Cf. supra*, n° 119, et la littérature citée, note 459.

(tant juridiques que matériels) accomplis par le « représentant » sont réputés avoir été accomplis par le « représenté » lui-même, sans intermédiation aucune.

145. Cette forme de « représentation » se vérifie en réalité dans l'ensemble des législations étudiées à propos des organes *de représentation* des groupements personnifiés (au sujet de laquelle il conviendra de parler de représentation *organique*⁴⁹⁹, pour la distinguer de l'action au nom d'autrui)⁵⁰⁰.

146. Pour les besoins de cette étude, la notion de « représentation » sera exclusivement employée dans son acception stricte, pour désigner le pouvoir d'agir au nom d'autrui.

147. Dans le cadre de cette action, la distinction récupérée par la doctrine française entre ce qui *cause* l'acte conclu avec le tiers et les *effets* de cet acte⁵⁰¹ (aux fins de systématiser le rôle des différents intervenants à la représentation⁵⁰²) n'a en revanche pas aboutie, contrairement au modèle germanique, au façonnement de deux institutions distinctes, supportant pour l'une, la cause proprement dit (le mandat⁵⁰³), et la seconde, ses effets (la procuration).

Le rapport intime entre le support interne causal et le mécanisme de représentation aura raison de l'indépendance de cette technique en droit français. En effet, c'est dans le contrat de mandat que la doctrine classique a pu voir la « quintessence de la représentation »⁵⁰⁴, entièrement bâtie sur la volonté des individus, conception que semble vouloir définitivement entériner le législateur français, du moins en ce qui concerne la représentation volontaire.

⁴⁹⁹ Usant de cette notion, v. par ex. G. REINER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand », in D. MAZEAUD, *et al.*, *op. cit.*, pp. 32-34.

⁵⁰⁰ Sur la mise à l'écart de l'action de la personne morale de la théorie de la représentation, v. *infra*, n° 697 et s.

⁵⁰¹ *Cf. supra*, n° 118.

⁵⁰² *Cf. supra*, n° 119.

⁵⁰³ Parmi d'autres contrats : v. *infra*, n° 494.

⁵⁰⁴ Expression empruntée à Y. LEQUETTE, préface de la thèse de Ph. DIDIER, thèse préc., p. VII.

§ 2 – Le pouvoir de représentation hissé, en France, au rang d’essentialia du contrat mandat : une erreur de paradigme

148. L’appréhension de la représentation, non plus comme un élément naturel, mais comme un *essentialia* du contrat de mandat, se réalise en France seulement au XIX^{ème} siècle, tout en étant constamment remise en cause depuis : tout au long des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, de nombreux auteurs se sont en effet efforcés de démontrer l’individualité du mandat par rapport à la représentation⁵⁰⁵. À l’aune de cette position doctrinale, ces deux éléments n’en demeurent pas moins appréhendés comme formant les deux versants d’un rapport de droit unique⁵⁰⁶ lorsque le mandat a pour objet l’engagement direct du mandant.

149. La question des liens entretenus entre les deux institutions est loin d’être épuisée ; au contraire, elle se trouve enrichie par la réforme du 10 février 2016 qui a introduit des dispositions dédiées à la représentation, ainsi que par l’avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux qui se prononce sur les contours du mandat.

La portée de la réforme a été considérablement relativisée en doctrine : pour cause, celle-ci paraît plutôt avoir consolidé le bagage conceptuel traditionnel du droit français. De même, l’avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux prend expressément le parti de faire converger ces deux institutions (mandat et représentation), du moins lorsque la représentation est de nature volontaire.

150. En réalité, s’il est possible d’individualiser le mandat par rapport au pouvoir de représentation, les textes – en vigueur et projetés – révèlent également l’irréductible individualité du pouvoir de représentation de nature volontaire par rapport au mandat (**A**). Force est aussi de constater que derrière l’absence de bouleversement apparent de la matière, en introduisant des règles propres au *pouvoir* de représentation, le législateur français a en réalité ouvert la porte à l’individualisation juridique formelle de cette technique (**B**).

⁵⁰⁵ V. *supra*, en doctrine, les tenants de l’assimilation entre le mandat et la représentation, note 76, et leur détracteur : note 77.

⁵⁰⁶ *Contra*, v. *infra*, n° 174, et la doctrine citée.

A) *Une dichotomie juridique irréductible des deux institutions*

151. **Une assimilation apparente entre le mandat et la représentation scellée dans le Code napoléon ainsi que dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux.** En France, les rédacteurs du Code civil s'abstiennent de formuler une théorie générale de la représentation ; dans la lignée des écrits de DOMAT⁵⁰⁷ et de POTHIER⁵⁰⁸, l'énoncé de l'article 1984 du Code civil scelle la confusion entre le mandat et la représentation – en sus de celle opérée entre le mandat et la procuration : comme l'énonce cet article, « [l]e mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ».

152. Jean-Baptiste DUVERGIER, considéré comme étant à l'origine de la systématisation théorique du lien entre le mandat et la représentation⁵⁰⁹, fonde son analyse sur la locution « *au nom de* » figurant dans la définition du contrat de mandat à l'article 1984 du Code civil, qui implique, selon l'auteur, que le mandat soit un contrat nécessairement tourné vers les tiers⁵¹⁰. Aux critères de la gratuité et de la nature juridique de l'objet du contrat⁵¹¹, inaptes, selon l'auteur, à saisir correctement l'essence du contrat de mandat, l'auteur propose de substituer, comme seul critère distinctif de ce contrat, celui de la représentation⁵¹². Il s'agit également du parti pris par l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, dans lequel le mandat est conçu comme étant le support exclusif de l'action au nom d'autrui (article 143 de l'avant-projet).

Les deux interprétations de Jean-Baptiste DUVERGIER, qui justifient l'appréhension du « mandat représentatif » en tant que composé unitaire, encourent pourtant la critique.

⁵⁰⁷ DOMAT ne concevait toutefois pas la représentation comme un critère inhérent au mandat, comme on peut le voir au travers de la définition que l'auteur donne à ce contrat : *cf. supra*, note 267.

⁵⁰⁸ Contrairement à ce qui est communément affirmé, POTHIER – qui a amplement influencé par ses écrits les rédacteurs du Code civil – n'envisageait en réalité le caractère essentiel du pouvoir de représentation que dans l'une des figures du mandat qu'il dénomme « procuration » : « *La manière la plus ordinaire, dont se font les contrats de mandat, est par un acte qu'on appelle procuration (...). Le mandant déclare, par cette procuration, qu'il donne pouvoir à un tel de faire, pour lui et en sa place, telle affaire* » : *Traité du contrat de mandat, op. cit.*, n° 30, p. 222.

⁵⁰⁹ V. not. F. LABARTHE, « Du louage d'ouvrage ou contrat d'entreprise, dilution d'une notion », in *Le contrat au début du XXI^e siècle - Études offertes à Jacques Ghestin*, L.G.D.J., 2001, n° 16, p. 497 ; F. LEDUC, « Deux contrats en quête d'identité. Les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat

d'entreprise », in J.- S. BORGHETTI *et. al.* (dir.), *op. cit.*, p. 595, spéc. n° 9, p. 610 ; T. GENICON, « Mandat et représentation », in B. REMY (dir.), *op. cit.*, n° 12, p. 39.

⁵¹⁰ J.-B. DUVERGIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code*, Tome 19 du Traité de TOUILLIER, t. IV, impr. Renouard, 1837, n° 270 et s., spéc. n° 272, pp. 312 et s.

⁵¹¹ L'auteur estime qu'aussi bien les activités libérales que manuelles peuvent faire l'objet d'un salaire : *ibid.*, spéc. n° 268, pp. 290 et s.

⁵¹² *Ibid.*, spéc. n° 272, p. 313. Émile VINCENS, avait, quelques années plus tôt, déjà émis cette proposition. Comparant la physionomie du mandat avant et après la promulgation du Code napoléon, l'auteur affirme que « *le mandat des auteurs embrassait ce qui est fait à la place d'autrui, soit que le mandataire ait agi au nom de son commettant ou au sien propre ; le mandat du Code exige, au contraire, cette condition expresse, que le mandataire agisse au nom du mandant* » (nous soulignons) : *op. cit.*, p. 113 ; de cette nouvelle logique découle que « *le propre du mandat [est] que le mandataire agit au nom du mandant, il ne contracte aucune obligation personnelle (...)* » : *ibid.*, p. 118.

153. En premier lieu, cette conception ne tient pas compte de l'objet interne et inhérent au mandat : soit la mission ou charge d'accomplir un acte juridique au nom du mandant⁵¹³, notion qui se conçoit indépendamment de sa mise en œuvre. C'est là l'objet *caché* du mandat (1). Cette occultation apparaît comme une aporie puisque, pour reprendre les termes de Monsieur DIDIER, la représentation n'est « *jamais qu'un moyen (...), un accessoire au service d'une mission* [le principal (!)] »⁵¹⁴.

La seconde critique qu'il est possible de formuler à l'encontre de l'interprétation de DUVERGIER découle de la précédente. L'auteur propose en effet de substituer deux critères qui ne se situent pas sur le même plan : la gratuité définit les conditions d'exercice de la *mission*, alors que la technique de la représentation en constitue un *moyen de mise en œuvre*. S'il est incontestable que ces deux versants (la charge ou mission de conclure un acte au nom d'autrui et le pouvoir de le faire) sont liés par un rapport de causalité, la thèse selon laquelle ils constituent également les deux facettes d'un rapport de droit unique présente en vérité des failles qui condamnent cette interprétation, et ce tant au regard des textes de 1804 relatifs au mandat qu'à l'égard de ceux envisagés par l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux (2).

1) *L'objet caché du mandat (de lege lata et de lege feranda)*

154. En ce qui concerne l'objet du contrat de mandat, une lecture littérale de l'article 1984 donne raison à DUVERGIER, puisque d'après le texte, le mandat confère un « *pouvoir* »⁵¹⁵, plus spécifiquement celui d'agir « *au nom* » du mandant. Autrement dit, selon l'article 1984 du Code civil, le mandataire est un intermédiaire investi d'un pouvoir de représentation⁵¹⁶ : à défaut d'agir *au nom* du maître de l'affaire, l'intermédiaire ne saurait être lié à ce dernier par un contrat de mandat.

⁵¹³ Qui correspond à l'objet du mandat dans le modèle germanique : *cf. supra*, n° 73.

⁵¹⁴ Ph. DIDIER, « Rapport de synthèse », in D. MAZEAUD, *et al.*, *op. cit.*, pp. 231-232. On remarquera également l'absence d'études consacrées spécifiquement à la notion de mission dans le mandat alors que cette notion apparaît dans l'ensemble des analyses doctrinales traitant du mandat et de la représentation.

⁵¹⁵ Rapp. Ph. le TOURNEAU, *Rép. civ.*, *Dalloz*, v° « Mandat », *op. cit.*, n° 77, pour qui le « *pouvoir* [est un] mot qui caractérise le mandat ».

⁵¹⁶ J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 16 ; M.-L. IZORCHE, art. préc., p. 369.

Outre l'article 1984 du Code civil, d'autres textes régissant le mandat visent le mécanisme de représentation⁵¹⁷. Aussi l'analyse unitaire de la représentation et du mandat proposée par DUVERGIER a-t-elle rallié, en son temps, une doctrine prestigieuse⁵¹⁸. On peut dire qu'elle avait été annoncée dans l'hyperbole formulée par TARRIBLE au moment de la promulgation du Code napoléon, lorsque le tribun affirme que « *la personne du mandataire disparaît comme un échafaudage devenu inutile après la construction* »⁵¹⁹. Cette formule caractérise sans détour l'apparition du rapport externe au contrat de mandat en même temps qu'elle fait converger conceptuellement ces deux notions. Cette conception a été expressément confortée par la Cour de cassation, dans un arrêt du 14 avril 1886 : selon les juges, « *le mandat est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ; qu'ainsi le caractère essentiel de ce contrat consiste dans le pouvoir donné au mandataire de représenter le mandant (...)* »⁵²⁰.

155. Cette analyse du mandat – fondée sur la lettre de l'article 1984 du Code civil – est en vérité nécessairement incomplète.

Le mandat ne peut, par définition, être un contrat *exclusivement* tourné vers les tiers, puisqu'en habilitant le mandataire du « *pouvoir de faire quelque chose* » (selon la lettre du texte), ce contrat lui confère nécessairement, et également, la *mission* ou charge de l'accomplir⁵²¹. Or, cette notion ne peut se concevoir, comme on l'a déjà remarqué à propos de l'étude de l'objet du mandat dans le modèle germanique⁵²², que dans le cadre bipartite interne. Son caractère irréductible est tant conceptuel (l'on voit mal comment Pierre pourrait engager par ses actes juridiques Julien – par ex., acheter une voiture en son nom – au titre d'un pouvoir de représentation, sans que Julien ait chargé Pierre de cette tâche) que juridique : en témoignent les éléments de l'opération (considérée dans son ensemble) qui déterminent exclusivement les obligations et devoirs mutuels du mandant et du mandataire (ainsi de l'obligation de loyauté⁵²³ et de diligence⁵²⁴ du mandataire envers son mandant) ainsi que leur situation juridique respective (notamment si celle-ci s'inscrit dans un rapport professionnel ou privé, d'indépendance ou de préposition⁵²⁵). La doctrine française souligne d'ailleurs l'existence de deux catégories de règles au sein du contrat de mandat : internes (celles qui régissent les relations mutuelles du mandant et du mandataire) et externes (qui traitent du pouvoir d'action du mandataire vis-à-vis des tiers)⁵²⁶.

156. Il apparaît donc qu'en définissant le mandat comme un contrat qui confère un *pouvoir*, les rédacteurs de 1804 ont fait l'ellipse de la mission qui lui est sous-jacente⁵²⁷ et qui constitue l'objet exclusif du mandat dans le modèle germanique⁵²⁸.

517 Cf. *infra*, n° 166.

518 Ainsi, AUBRY et RAU définissent le mandat comme « un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre le pouvoir, que celle-ci accepte, [ou, dans certains, cas, est présumée accepter], de la représenter à l'effet de faire, en son nom et pour son compte, un acte juridique, ou une série d'actes de cette nature » : *Droit civil français, op. cit.*, § 410 ; P. PONT, *Commentaire-Traité des petits contrats*, t. 1, Paris : Delamotte et fils, 1877-1878, n° 825, p. 450 ; J.-F. TAULIER, *Théorie raisonnée du Code civil*, t. IV, 1840-1848, p. 284 ; J.- M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code civil*, 4^{ème} éd., 1838, p. 147.

519 V. P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, p. 596.

520 Cass. civ., 14 avril 1886, DP. 1886. 1. 221 (le critère de la représentation est utilisé par les juges afin de distinguer le contrat de mandat du contrat de travail), et, plus récemment, v. par ex. : 1^{ère} civ., 19 février 1968, D. 1968. 393 ; J.C.P. 1968. II. 15490.

521 E. GAILLARD, thèse préc., p. 9 ; G. WICKER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français », in D. MAZEAUD, *et al.*, *op. cit.*, p. 53 (« [l]a notion de mission, que sous-entend la notion de pouvoir (...) »). V. égal. T. GENICON, « Mandat et représentation », in B. REMY (dir.), *op. cit.*, n° 68, pp. 66-67, qui définit le mandat comme le « contrat par lequel une personne en missionne une autre auprès d'un tiers » ; A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 635 : « Le mot "mandat" (...) désigne de façon générale les mécanismes par lesquels une personne reçoit mission de représenter autrui et d'agir pour son compte et selon ses instructions » ; Ph. DIDIER, « Rapport de synthèse », in D. MAZEAUD, *et al.*, *op. cit.*, pp. 231-232. On relèvera que Madame MAE-GILSON retient une définition similaire du mandat, bien qu'elle conçoive le pouvoir de représentation comme étant l'élément essentiel de ce contrat. D'après l'auteur, « le mandat est un contrat par lequel un mandant confie une mission de nature juridique à un mandataire (...) dont les effets se ressentiront exclusivement entre les parties extrêmes (...) » : thèse préc., n° 162.

522 Cf. *supra*, n° 73.

523 P. PUIG, *Contrats spéciaux, op. cit.*, n° 951, p. 770.

524 P. PUIG, *ibid.*, n° 950 ; Ph. PETEL, *Les obligations du mandataires*, Litec, 1988, n° 121.

525 On enseigne traditionnellement que l'absence de subordination est inhérente au mandat (v. par ex., P. PUIG, *ibid.*, n° 923, p. 762). Pour autant, la jurisprudence considère que l'autonomie du mandataire n'est pas incompatible avec le lien de préposition, qui conditionne l'application du régime de responsabilité défini par l'article 1242, alinéa 5, du Code civil : v. CA Bordeaux, 27 sept. 2007, n° 05-06043, JCP 2008. IV. 1210. – Cass. civ., 1^{ère}, 27 mai 1986, n° 84-16.420 : *Bull. civ.* I, n° 134 (« la qualité de mandataire (...) n'est pas nécessairement exclusive de celle de préposé »). – Civ. 1^{ère}, 5 oct. 1955, *Gaz. Pal.* 1955. 2. 345. – Civ. 4 déc. 1945, J.C.P. 1946. II. 3110, note J. R. – Civ., 16 juin 1936 : D.H., 1936, p. 427 ; S., 1936, 1, p. 321, note L. JOSSERAND. Cette position jurisprudentielle peut se comprendre dans la mesure où « le mandat comprend intrinsèquement un ordre donné au mandataire, tenu de l'exécuter fidèlement » : Ph. LE TOURNEAU (sous la dir. de.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 12^{ème} éd., 2020, n° 2235.63. En doctrine, v. égal. F. BENAC-SCHMIDT et C. LARROUMET, *Rép. trav., Dalloz*, v° « Responsabilité des commettants », juill. 1999 (actu. : sept. 2011), n° 60 ; Ph. le TOURNEAU, *Rép. civ., Dalloz*, v° « Mandat », *op. cit.*, n° 79 ; J. JULIEN, *Rép. civ., Dalloz*, v° « Responsabilité du fait d'autrui », juill. 2019 (actu. : janv. 2020), n° 115. Pour une analyse critique de l'applicabilité du régime de responsabilité du commettant au mandant, v. A. GILSON-MAES, thèse préc., n° 385 et s., spéc. n° 393 et s.

On comprend de la formulation de l'attendu de l'arrêt susmentionné du 27 mai 1986 (*a contrario*), que la qualité de préposé est parfois exclusive de celle de mandataire : ainsi lorsque « le mandataire ne jouit d'aucune marge de manœuvre, n'étant que le porte-parole (*nuntius*) (...) ou le "porte-plume" (...), le messenger (...) de celui pour lequel il intervient ». Dans cette hypothèse, « il n'y a pas mandat, mais un autre contrat, éventuellement d'entreprise, plus fréquemment de travail » (Ph. le TOURNEAU, *ibid.*, n° 78, et la jurisprudence citée).

526 Cf. *infra*, n° 165 et 166.

527 Comme le dénonce RIGAUX, « plutôt que de créer les concepts nouveaux qui s'imposaient, les auteurs de l'ancien droit ont plaqué l'institution nouvelle [le pouvoir de représentation] sur un concept existant, le mandat, au prix d'un contresens historique » : thèse préc., p. 41.

Le même constat s'impose en ce qui concerne la définition du contrat de mandat retenue par l'article 143 de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux. Aux termes de ce texte, le contrats de mandat « *est celui par lequel le mandant donne pouvoir au mandataire de conclure des actes juridiques en son nom et pour son compte* » (nous soulignons). L'objet éludé du mandat dans la réglementation de 1804 apparaît toutefois au sein de la réglementation proposée, à l'article 146 du projet : ce dernier dispose que « [l]e mandataire est tenu d'accomplir la **mission** impartie par le mandant »⁵²⁹.

157. Au regard de ces considérations, il convient de conclure que tant dans la réglementation actuelle que dans la réglementation projetée, le mandat a nécessairement un objet dual : il investit le mandataire d'une charge⁵³⁰ ou mission⁵³¹ d'intermédiation spécifique (en l'occurrence, celle d'engager directement le mandant par la conclusion d'actes juridiques), tout en lui conférant le moyen juridique de la mettre en œuvre (le pouvoir de représentation). Le premier élément forme le rapport interne de l'opération, et le second son rapport externe.

158. C'est cet objet commun (la mission confiée au mandataire) qui justifie – à l'aune de la réglementation de 1804 – la distinction doctrinale opérée entre le mandat de représentation et le mandat dénué d'effet représentatif, en réaction à l'assimilation des deux mécanismes.

Cette distinction doctrinale – récupérée sous couvert d'une nouvelle qualification juridique par les rédacteurs de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux – se révélera toutefois limitée, car elle rend compte seulement de ce que le mandat peut exister indépendamment de la représentation, tout en postulant que lorsqu'elle existe, elle forme une composante de ce contrat (elle en serait un *effet*⁵³²).

⁵²⁹ V. égal. le commentaire sous l'article 154 qui consacre au profit du mandant et du mandataire un droit de révocation discrétionnaire du mandat. En ce qui concerne le second, les rédacteurs justifient leur choix en ce qu' « *il est apparu légitime de permettre au mandataire de mettre fin à la **charge** qui consiste à représenter les intérêts d'autrui, le mandant* ».

⁵³⁰ La notion de charge rend compte de l'aspect obligationnel du rapport interne (dans un sens générique, la notion de charge s'entend de « [c]e qui pèse (par l'effort, la dépense, les soins exigés), et, en général, ce qui incombe **par devoir** à une personne » : G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « charge »).

⁵³¹ La notion de mission renvoie au contenu et à la finalité du rapport interne (elle est « [c]e qui est confié par une personne à une autre (...) ; l'opération confiée » : G. CORNU (dir.), *ibid.*, v° « mission »).

⁵³² A. GILSON-MAES, thèse préc., n° 104 ; F. RIGAUX, thèse préc., p. 29 ; Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, n° 507, p. 393.

159. **La distinction devenue traditionnelle entre le mandat représentatif et le mandat dénué d'effet représentatif en droit français : intérêt et critique de cette *summa divisio* doctrinale récupérée par l'avant-projet de réforme (qui oppose contrat de représentation directe et contrats de représentation indirecte).** À rebours de DUVERGIER, TROPLONG écrivait qu'il existe « *une foule de cas où le mandataire n'agit pas au nom du mandant quoiqu'il agisse pour lui* »⁵³³. Malgré l'interpénétration du mécanisme de représentation dans le contrat de mandat à l'occasion de la construction de cette technique et de la lettre de l'article 1984 du Code civil, de nombreux auteurs ont conclu, à l'instar de TROPLONG⁵³⁴, que le rapport externe, apparu sur le terrain du mandat, n'en constituait pas pour autant un élément essentiel (*essentialia*), mais demeurerait tout au plus un élément naturel (*naturalia*) de ce contrat⁵³⁵. À l'aune de cette position doctrinale, le défaut de représentation n'est donc pas censé influencer sur la qualification de ce contrat, ce qui conduit ses partisans à distinguer deux différents types de mandats⁵³⁶ : le mandat « représentatif »⁵³⁷, qui permet d'agir au nom d'autrui, d'une part, et le mandat qui n'est pas tourné vers les tiers (le « mandat sans représentation »⁵³⁸), donc dépourvu d'effet externe⁵³⁹, d'autre part. La doctrine situe traditionnellement dans cette seconde catégorie les contrats de commission, de prête-nom ou de command⁵⁴⁰. Dans ces hypothèses, l'intermédiaire, également promu du sigle générique de « mandataire », devient personnellement débiteur ou créancier de l'acte auquel il est partie, ce qui n'est pas le cas lorsque cette même personne agit *au nom* du mandant.

L'intérêt de cette distinction doctrinale est de mettre en évidence le dénominateur commun aux différentes conventions que les auteurs proposent de rattacher à la qualification de mandat : la *mission* ou charge d'accomplir un acte juridique pour le compte d'autrui dont l'intermédiaire se trouve investi⁵⁴¹, mission qui se conçoit indépendamment de ses modalités de mise en œuvre (l'engagement direct ou indirect du constituant)⁵⁴².

⁵³³ R.-TH. TROPLONG, *Le droit civil expliqué – Du mandat, op. cit.*, n° 8, p. 18.

⁵³⁴ Au sein de la doctrine classique, v. not. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil, op. cit.*, n° 2231, pp. 785-786, pour qui, « *l'emploi du procédé représentatif [peut] bien servir à distinguer deux variétés de mandats, mais ne devant pas figurer dans une définition générique du contrat.* » ; L. GUILLOUARD, *Traité des contrats aléatoires et du mandat*, A. Durand et Pedone-Lauriel, 2^{ème} éd., 1894, n° 7, p. 323 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement*, par A. WAHL, t. XXIV, 3^{ème} éd., Paris, Sirey, 1907, n° 361 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. 28, Paris, Bruxelles, 1877, n° 333 et s.

⁵³⁵ Au sein de la doctrine contemporaine, v. *supra*, les tenants de l'assimilation entre le mandat et la représentation, note 76, et leur détracteur, note 77.

⁵³⁶ V. égal. l'analyse de Monsieur GENICON relative à la controverse doctrinale sur l'acception de la notion de mandat et les querelles terminologiques qui en découlent : « Mandat et représentation », in B. REMY (dir.), *op. cit.*, n° 7, pp. 36 et s.

⁵³⁷ V. par ex. M. PLANIOL, *loc. cit.* ; F. RIGAUX, thèse préc., p. 57 ; J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 18 ; N. DISSAUX, *Rép. com.*, v° « Courtage », juin 2019 (actu : avr. 2021), n° 68 et 179 ; G. VIGNERON et C. COUTANT-LAPALUS, « Mandat de représentation conventionnel », *Loyers et copropriété* 2016, n° 11, pp. 25-26. V. égal., en jurisprudence, Cass. com., 21 nov. 2018, n° 17-23.598 (P+B) ; 3^{ème} civ., 20 avril 2017, n° 16-13.888 et 16-13.976. Monsieur GENICON qualifie encore ce type de mandat de « mandat ordinaire » ou de « mandat ordinaire avec procuration » : « Mandat et représentation », in B. REMY (dir.), *op. cit.*, *passim*.

⁵³⁸ V. par ex. T. GENICON, *ibid.*, *passim* ; F. RIGAUX, *ibid.* ; A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 647 : l'auteur affirme qu'« il y a des mandats sans représentation qui n'en produisent pas moins tous les effets du contrat de mandat entre les parties à ce contrat » ; Ph. DIDIER, thèse préc., n° 169 ; Ch.- W. CHEN, thèse préc., n° 76, p. 46 ; P. MALAURIE, L.-A. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, spéc. n° 532-533, et Madame M.-P. DUMONT, qui, dans son ouvrage, *L'opération de commission* (thèse préc.), se montre en faveur de la reconnaissance de ce libellé.

⁵³⁹ Du moins, en ce qui concerne les rapports personnels lorsque le contrat conclu par l'intermédiaire est translatif de propriété : *cf. supra*, note 471.

⁵⁴⁰ Aux côtés du courtage et, pour certains auteurs, du mandat à effet posthume.

⁵⁴¹ V. M.-L. IZORCHE, art. préc., n° 28, qui écrit que « [d]ans les deux cas [de représentation parfaite et imparfaite], il s'agit de confier à quelqu'un une mission » ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, pp. 241-242.

⁵⁴² Comp. T. GENICON, « Mandat et représentation », in B. REMY (dir.), *op. cit.*, n° 15, p. 41, relevant que « [l]e cœur du mandat [en droit français] [serait] à trouver davantage dans la prestation de services du mandataire — agir pour le compte d'autrui, ce qui renvoie à une sorte de « gestion d'affaires » contractuelle — que dans l'instrument parfois conféré par le mandant pour y parvenir d'une certaine façon [i.e., la représentation directe] ».

160. Cette *summa divisio* doctrinale se révèle toutefois limitée, car elle ne fait que rendre compte de ce que le mandat peut exister indépendamment de la représentation, mais non de l'inverse. Autrement dit, elle ne remet pas en cause la théorie moniste du mandat (le principe d'indivisibilité des rapports interne et externe), mais met simplement en évidence que cette théorie ne s'applique qu'autant que le mandat ait effectivement pour objet l'engagement direct du mandant. Dans un tel cas, on lit en effet en doctrine que « *le contrat de mandat se superpose alors avec la représentation* »⁵⁴³. Cette interprétation repose sur l'idée que, parce que le mandat vise l'engagement direct du constituant – donc la représentation –, celle-ci en devient une de ses composantes. D'après Monsieur GENICON, « *il serait difficile de considérer que les effets à l'égard des tiers ne sont pas d'ores et déjà une composante de la relation interne et même de l'objet du contrat. Ne serait-ce que parce que les parties au mandat traitent certainement de ces effets* »⁵⁴⁴. Toutefois, ce n'est pas parce que les parties traitent d'une modalité de mise en œuvre de la mission (au moyen de la représentation) que celle-ci (la mission) se confond avec celle-là (ses modalités de mise en œuvre). La *mission* d'agir au nom d'autrui se distingue du *pouvoir* de la réaliser. Le « mandat représentatif » revêt ainsi nécessairement une double dimension dont la prétendue unité juridique doit être éprouvée⁵⁴⁵.

161. Sous couvert d'une nouvelle qualification juridique, cette *summa divisio* doctrinale classique a été récupérée par les rédacteurs de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux. Ces derniers érigent en effet la notion de « contrats de représentation » en qualification générique englobant ces deux modes d'action pour autrui (pour son compte et en son nom, ou seulement pour son compte)⁵⁴⁶. Il en résulte que, d'après les rédacteurs, le dénominateur commun des différentes conventions concernées par cette classification réside dans la *représentation des intérêts* du donneur d'ordre⁵⁴⁷. L'intermédiaire ou mandataire (dans le cadre de l'acceptation générique et « ouverte » du mandat) se mue ainsi en « représentant »⁵⁴⁸. En même temps, une seule catégorie de mandat est formellement consacrée : le mandat représentatif, présenté par l'article 143 comme formant le support exclusif de l'action au nom d'autrui⁵⁴⁹. La notion de « mandat de représentation [directe] » équivaldrait ainsi, de *lege feranda*, à une tautologie, l'un impliquant l'autre, et inversement.

⁵⁴³ Ch.-W. CHEN, thèse préc., n° 76, p. 46.

⁵⁴⁴ T. GENICON, « Mandat et représentation », in B. REMY (dir.), *op. cit.*, n° 15, p. 41. Comp. A. GILSON-MAES, thèse préc., n° 162, pour qui « [l]a représentation est (...) à la fois "dans" (en tant qu'élément essentiel, élément d'identification du mandat) et "hors" du mandat ».

⁵⁴⁵ Cf. *infra*, n° 170.

⁵⁴⁶ Le Titre XIII de l'avant-projet régleme le contrat de mandat, de commission, de prête nom, mais également de courtage, « *en tant que de raison* », par renvoi au contrat de mandat (article 81).

⁵⁴⁷ V. le commentaire sous l'article 154, dans lequel les rédacteurs de l'avant-projet écrivent que la « *charge* » du mandataire « *consiste à représenter les intérêts d'autrui, le mandant* ».

⁵⁴⁸ Sur le critère de l'intérêt d'autrui et le glissement terminologique opéré dans le langage juridique entre les notions d'intermédiaire et de représentant par métonymie, v. *supra*, n° 129 et s.

⁵⁴⁹ D'après l'article, « [l]e contrat de mandat est celui par lequel le mandant donne pouvoir au mandataire de conclure des actes juridiques en son nom ».

Cette conception unitaire du contrat de mandat repose toutefois, comme on l'a vu, sur le postulat de la convergence des rapports interne et externe dans la mise en œuvre de la représentation directe, ce qu'il conviendra de vérifier. Cette proposition de classification légale a néanmoins l'intérêt de consacrer la thèse selon laquelle les différentes conventions concernées partagent bien un dénominateur commun, que notre étude vise sous la notion de mission ou charge d'intermédiation⁵⁵⁰ (qui s'exprime dans la formule « agir pour le compte d'autrui »), et que l'avant-projet nomme « représentation ».

162. La mission du mandataire ayant été distinguée de son moyen de mise en œuvre, et inversement, il reste à déterminer s'il est possible d'appréhender ces deux éléments à l'aune d'un rapport de droit unique, comme le postule la théorie moniste.

En vérité, le contenu des textes – tant de 1804 que de ceux projetés –, bien qu'imprégné par la théorie moniste, dément cette interprétation.

2) *Les failles de la théorie moniste*

163. De manière méthodique, il est possible de distinguer dans la réglementation française du contrat de mandat les règles qui font référence aux rapports entretenus entre le mandant et le mandataire (le rapport interne), et celles qui règlementent les rapports du mandant avec le tiers (le rapport externe)⁵⁵¹. Dans le modèle germanique, ces « deux groupes de règles » font quant à eux naturellement l'objet de deux réglementations autonomes, puisque chacun d'entre eux concerne une institution propre. Plus précisément, le contenu du premier groupe de règles dépend de la nature juridique du rapport interne (qui peut être un mandat ou un autre type de convention⁵⁵²). Les « règles externes » concernent quant à elles nécessairement la procuration (lorsque la représentation est volontaire).

⁵⁵⁰ Cf. *supra*, n° 157.

⁵⁵¹ Théoriquement, il y a trois catégories de liens, mais celui entre le représentant et le tiers a été réglé par le principe d'absence de rapports juridiques (cf. *supra*, n° 119, spéc. note 385). Sous certaines conditions, le législateur allemand réserve expressément à ce principe l'hypothèse où le représentant a agi sans pouvoir ou en outrepassant ses pouvoirs : cf. *infra*, n° 593.

⁵⁵² Cf. *infra*, n° 494.

164. La construction du mandat représentatif en tant que composé unitaire implique, pour être valable, qu'il soit possible d'appréhender les rapports nés entre le mandataire et le mandant d'une part, et entre ce dernier et les tiers d'autre part, à l'aune d'un rapport de droit unique.

Afin d'éprouver cette thèse, il convient au préalable d'identifier les règles intéressant chacune de ces deux « facettes » (α), puis de les confronter (β). Cet examen – fondé sur les dispositions de 1804 ainsi que sur celles proposées par l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux (au regard des nouvelles règles sur la représentation) – révélera les failles de la théorie moniste et, par voie de conséquence, l'irréductible dualité de ces deux rapports juridiques.

α) La distinction, au sein de la réglementation du mandat, des règles « internes » et « externes »

165. **La réglementation du rapport interne dans une perspective comparée.** En droit français, le premier groupe de règles est nettement plus étendu. Pour ne citer que quelques exemples, il s'agit des règles relatives à la preuve du mandat (article 1985 du Code civil), à la responsabilité du mandataire (articles 1991 et 1992), aux obligations du mandataire (articles 1991 à 1997), à celles du mandant (articles 1999 à 2002) et aux héritiers du mandataire (article 2010)⁵⁵³.

Des dispositions similaires se retrouvent en droits allemand et polonais dans la réglementation du contrat de mandat, qui revêt une dimension purement interne⁵⁵⁴. Ainsi, notamment, des obligations du mandataire à l'égard du mandant⁵⁵⁵ et inversement⁵⁵⁶, des règles gouvernant la cessation du contrat (qui sont distinctes de celles relatives à l'extinction de la procuration⁵⁵⁷) et de la responsabilité respective des parties⁵⁵⁸.

166. **La réglementation du rapport externe dans une perspective comparée.** Concernant le rapport externe en droit français, outre la définition du mandat, qui vise

⁵⁵³ V. T. GENICON, « Mandat et représentation », in B. REMY (dir.), *op. cit.*, n° 49, p. 59, et J.- F. QUIEVY, thèse préc., n° 118, p. 206.

⁵⁵⁴ Cf. *supra*, n° 59 (droit allemand) et n° 69 (droit polonais).

⁵⁵⁵ Art. 740 et 741 K.C., en droit polonais, et §§ 666 à 668 B.G.B., en droit allemand.

⁵⁵⁶ Art. 742 à 744 K.C., en droit polonais, et §§ 669 et 670 B.G.B., en droit allemand.

⁵⁵⁷ Cf. *infra*, note 564.

⁵⁵⁸ Art. 745 à 748 K.C., en droit polonais et, uniquement sur la cessation du contrat, §§ 671 à 674 B.G.B., en droit allemand.

explicitement le mécanisme de la représentation (ce contrat consiste à « *faire quelque chose pour le mandant et en son nom* »), le législateur définit la nature des actes qu'englobe en principe le pouvoir octroyé (articles 1987 à 1989) ; il pose le principe de l'engagement exclusif du mandant par l'acte passé par son mandataire (articles 1997 et 1998) ; il instruit les conditions dans lesquelles le pouvoir se maintient en dépit de la « fin » du mandat (articles 2008 et 2009) et les causes de son extinction (articles 2003 à 2006, l'article 2005 servant en outre de fondement traditionnel à l'institution prétorienne du mandat apparent)⁵⁵⁹. L'article 1990 du Code civil, qui consacre la possibilité de choisir un mineur non émancipé pour mandataire, ne peut s'expliquer que par le mécanisme de représentation. En effet, « *par le jeu de cette technique juridique, le mandataire est en dehors de l'opération juridique qui se noue. De ce fait, il importe peu que sa volonté soit efficace puisqu'elle est inutile* »⁵⁶⁰.

Des dispositions similaires se retrouvent, là encore, en droits allemand et polonais dans la réglementation de la procuration. Ainsi, notamment, du principe de l'engagement exclusif du constituant⁵⁶¹, de la détermination des actes qu'englobe en principe le pouvoir octroyé⁵⁶², de la validité du pouvoir octroyé à un incapable⁵⁶³, des causes d'extinction de la procuration⁵⁶⁴ et de la conséquence des actes passés sans pouvoir ou en dépassement de ce pouvoir⁵⁶⁵.

167. Les règles internes et externes du mandat dans l'avant-projet. Dans la lignée du Code de 1804, la réglementation du mandat dans l'avant-projet mêle des règles qui, de par leur nature, intéressent d'un côté les relations internes aux parties (leurs obligations

⁵⁵⁹ V. T. GENICON, « Mandat et représentation », in B. REMY (dir.), *op. cit.*, n° 48, p. 59, et J.- F. QUIEVY, thèse préc., *loc. cit.*

⁵⁶⁰ A. GILSON-MAES, thèse préc., n° 70. Comp. en droit allemand, G. REINER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand », in D. MAZEAUD, *et al.*, *op. cit.*, p. 21, qui écrit que « *ce n'est pas la "pleine" personnalité juridique du représentant qui est nécessaire mais la simple subjectivité juridique ("partielle")* ».

⁵⁶¹ Art. 95, § 2, K.C., en droit polonais, et § 164 B.G.B., en droit allemand.

⁵⁶² Art. 98 K.C. Les textes allemands ne distinguent pas entre les différents types de procuration. Toutefois, une typologie similaire aux droits français et polonais se retrouve dans la littérature allemande : *cf. infra*, note 1477.

⁵⁶³ Art. 100 K.C., en droit polonais, et § 165 B.G.B., en droit allemand.

⁵⁶⁴ Art. 101 K.C., en droit polonais, et § 168 B.G.B., en droit allemand.

⁵⁶⁵ Art. 103 à 105 K.C., en droit polonais, et §§ 177 et 178 B.G.B., en droit allemand. Sur cette question, v. *infra*, n° 593.

mutuelles⁵⁶⁶ et responsabilités⁵⁶⁷, les causes de cessation de leur relation⁵⁶⁸) et, de l'autre, le pouvoir d'action vis-à-vis des tiers : aux côtés de l'article 143 (qui, dans la continuité de l'actuel article 1984, définit le mandat comme le contrat par lequel « *le mandant donne pouvoir au mandataire de conclure des actes juridiques en son nom* »), les articles 145 et 155 se prononcent sur la validité des actes accomplis auprès des tiers lorsque le consentement du mandant ou du mandataire a été vicié (premier article) ainsi qu'en cas de décès ou d'incapacité des parties (second article). Également, l'article 146 précise qu'en cas de péril, le mandataire est tenu d'accomplir sa mission, quoique le mandat ait pris fin par la mort du mandant.

168. Les problèmes pratiques soulevés par la convergence des rapports interne et externe. La théorie moniste du mandat « va dans les deux sens ». Elle rattache la représentation au mandat, et le mandat à la représentation. La convergence des rapports interne et externe postulée par cette théorie conduit donc à une « pré-détermination » des conditions d'exercice de *toute* mission exécutée au moyen d'un pouvoir de représentation.

Dans la pureté du principe, toute situation de représentation de nature volontaire devrait, conformément à cette théorie, conduire à l'application de certaines règles de nature interne, en l'occurrence, celle du contrat de mandat. Il existe des exemples où cette logique se trouve en effet appliquée par les juges. Un exemple est fourni par Monsieur FERRIER, avec l'application de la règle de la révocation *ad nutum* découlant de la qualification de « *représentant* commercial ». Et l'auteur de dénoncer cette jurisprudence dans la mesure où cette règle est inadaptée dans le contexte de la représentation commerciale⁵⁶⁹.

C'est en toute hypothèse cette prétendue convergence des rapports interne et externe qui complique tant, comme on le verra, la détermination des conditions applicables à la délégation de pouvoirs⁵⁷⁰.

169. Si l'on s'intéresse plus profondément au contenu des règles internes et externes du contrat de mandat en droit français, on constatera également qu'il est en réalité impossible

⁵⁶⁶ V. les articles 146, 148, 150 à 153 de l'avant-projet.

⁵⁶⁷ V. les articles 147 et 149 de l'avant-projet.

⁵⁶⁸ V. les articles 154 et 155 de l'avant-projet.

⁵⁶⁹ N. FERRIER, « La représentation en droit de la distribution en droit français », in D. MAZEAUD, R. SCHULZE et G. WICKER (dir.), *La représentation en droit privé, 6èmes Journées franco-allemandes, op. cit.*, p. 175.

⁵⁷⁰ Cf. *infra*, n° 383 et s.

de les systématiser de manière à les réduire à un rapport de droit unique, censément régi par ces deux catégories de règles.

β) L'irréductible dualité de rapports juridiques dans la mise en œuvre de la représentation

170. Dans sa thèse, Monsieur QUIEVY montre l'incapacité de la théorie moniste à justifier l'existence de certaines des règles régissant le mandat en droit français. Plusieurs exemples sont avancés par l'auteur qui illustrent le fait que « *le pouvoir ne s'identifie pas (...) au contrat [de mandat]* »⁵⁷¹.

171. **La démonstration de Monsieur QUIEVY**⁵⁷². Considérer le pouvoir de représentation comme un *effet* du contrat de mandat devrait conduire à ce que, dans le cas où un mandat accordé à un mineur serait frappé de nullité (article 1990 du Code civil, *a contrario*), le pouvoir de représentation de ce dernier s'en trouve corrélativement affecté. Pourtant, tel n'est pas le cas, le mineur ayant pu engager le mandant dans cette hypothèse⁵⁷³. Comme autre exemple, l'auteur invoque le droit du mandant de révoquer unilatéralement et discrétionnairement l'habilitation conférée au mandataire (article 2004). Comment cette révocation peut-elle s'analyser en une dénonciation du contrat de mandat en tant que tel, alors que des obligations subsistent sur le mandataire révoqué (« *rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu* » dans l'exercice de sa mission : article 1993)⁵⁷⁴ ? Comment expliquer enfin, comme le relève l'auteur, que le contrat de mandat prenne fin par la mort du mandant (en application de l'article 2003), tandis que le pouvoir du mandataire subsiste tant que ce dernier n'a pas été informé de son extinction (article 2008)⁵⁷⁵ ?

172. La réglementation proposée dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux se trouve dans la continuité du régime actuellement en vigueur lorsque le mandat

⁵⁷¹ J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 118, p. 207.

⁵⁷² V. égal. dans le même sens, la démonstration de Madame GILSON-MAES, thèse préc., n° 126 et s., et de Monsieur CHEN, thèse préc., n° 42 et s., pp. 28 et s.

⁵⁷³ J.-F. QUIEVY, *ibid.*, pp. 206-207. On relèvera que si l'article ne vise que le mineur émancipé, la jurisprudence a étendu son application à toute sorte d'incapacité : v. par ex., Cass. civ., 5 déc. 1933, DH 1934. 49, et dans ce sens en doctrine, A. ROUAST, thèse préc., p. 48 ; E. PILON, thèse préc., n° 44-45.

⁵⁷⁴ J.-F. QUIEVY, *ibid.*, p. 207.

⁵⁷⁵ J.-F. QUIEVY, *ibid.*

a pour objet l'engagement direct du mandant à l'égard des tiers. Elle encourt par conséquent les mêmes critiques. Tout en postulant l'indivisibilité des rapports interne et externe, elle admet dans certaines hypothèses la survivance du pouvoir de représentation en dépit de la fin du mandat (ainsi, si le mandataire et le tiers ignorent le décès du mandant, sa mise sous tutelle ou curatelle, causes d'extinction du mandat en application de l'article 155, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet, l'acte qu'ils concluent n'en demeure pas moins valable en application du second alinéa).

173. Il existe donc deux catégories de règles qui, de par leur nature, intéressent ou bien les relations mutuelles entre le maître de l'affaire et l'intermédiaire, ou bien les rapports du constituant vis-à-vis des tiers. En outre, ces deux catégories de règles ne peuvent, comme on vient de le voir, être entièrement conciliées. Cette circonstance fait obstacle à la possibilité de considérer qu'elles ont vocation à régir un rapport de droit unique, ainsi que le sous-tend la théorie moniste.

174. Dès lors, il convient de conclure, sur les pas d'une partie de la doctrine contemporaine, que le contrat de mandat n'est pas « *un composé unitaire* [avec deux facettes], *mais l'agrégat de deux actes juridiques* »⁵⁷⁶. D'un côté, il convient de distinguer la « *relation interne du mandat* [qui] *s'analyse, en vérité, en un contrat à part entière* »⁵⁷⁷ ; de l'autre, le pouvoir de représentation proprement dit (le rapport externe)⁵⁷⁸.

⁵⁷⁶ J.-F. QUIEVY, *ibid.* Dans ce sens égal., A. GILSON-MAES, thèse préc., n° 133 et s. ; T. GENICON, « Mandat et représentation », in B. REMY (dir.), *op. cit.*, n° 68, pp. 66-67 ; F. LEDUC, « Deux contrats en quête d'identité. Les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise », in J.-S. BORGHETTI *et. al.* (dir.), *op. cit.*, p. 595, spéc. n° 20 ; Ch.-W. CHEN, thèse préc., n° 44 et s.

⁵⁷⁷ J.-F. QUIEVY, *ibid.*, n° 119, p. 207. Dans ce sens égal., A. GILSON-MAES, *ibid.*, n° 150 ; T. GENICON, *ibid.* ; Ch.-W. CHEN, *ibid.*, n° 47 et s. Pour le premier auteur, le rapport interne correspond à un « *contrat de gestion des affaires d'autrui* » (*ibid.*, pp. 207-208. Pour Madame GILSON-MAES, le rapport interne se définit par « *la promesse d'un service à rendre* » : *ibid.* Monsieur GENICON considère quant à lui que [l]e cœur du mandat [serait] à trouver davantage dans la prestation de services du mandataire (...) ce qui renvoie à une sorte de « *gestion d'affaires* » contractuelle » : *ibid.* Reprenant la qualification germanophone, Monsieur CHEN qualifie cette convention de « *contrat de base* » : *ibid.*, n° 54.

⁵⁷⁸ J.-F. QUIEVY, *ibid.*, n° 120, p. 208. Dans ce sens égal., Ch.-W. CHEN, *ibid.*, spéc. n° 55 et s., pp. 35 et s. ; A. GILSON-MAES, *ibid.* ; F. LEDUC, *loc. cit.* ; T. GENICON, *ibid.* : l'auteur propose de nommer cette composante « *procuration* ».

175. Pour autant, les théoriciens de la structure dualiste du mandat en droit français ne tirent pas une conclusion univoque de leurs observations. Les uns concluent que, bien que « *théoriquement séparables l'un de l'autre* », les deux rapports de droit sus-évoqués n'en demeurent pas moins « *indivisiblement combinés pour sa qualification [en contrat de mandat]* »⁵⁷⁹ (*ergo*, le critère de la représentation demeure dans cette conception un élément essentiel de ce contrat)⁵⁸⁰. Les seconds considèrent au contraire que le pouvoir de représentation conventionnel peut exister en dehors du contrat de mandat⁵⁸¹.

176. L'analyse des nouvelles dispositions sur la représentation issues de la réforme de 2016 donne raison aux « séparatistes ».

Il apparaît en effet que derrière l'apparente continuité de la nouvelle réglementation, avec son bagage conceptuel traditionnel, le législateur français a, en réalité, formellement inauguré la voix à l'individualisation juridique de ce mécanisme.

B) L'importance dissimulée de la réforme consacrant des règles spécifiques au « pouvoir » de représentation

177. En prenant le parti d'introduire dans le Code civil des dispositions propres à la représentation, l'ordonnance du 10 février 2016 s'est alignée sur la majorité des

⁵⁷⁹ J.-F. QUIEVY, *ibid.*, n° 118, p. 106. Dans ce sens égal., v. A. GILSON-MAES, *ibid.*, n° 149, qui conclut à la « *concomitance du lien interne et du lien externe* » dans la mesure où « *l'analyse dualiste du mandat n'empêche pas d'imposer aux parties un rapport de représentation* ». Le mandat constituerait alors simplement, pour reprendre les termes de PLANIOL, une « *convention double* » (« *La transformation du mandat depuis le droit romain* », art. préc), ou encore d'un « *contrat à double détente* » : A. BENABENT, *Droit civil - Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, spéc. n° 906, p. 431.

⁵⁸⁰ Dans ce sens, v. J.-F. QUIEVY, *ibid.*, n° 120, p. 208 : d'après l'auteur, « *pour que le contrat de gestion des affaires d'autrui puisse devenir un mandat, il faut que s'y greffe un second acte juridique, par lequel le donneur d'ordre donne pouvoir au gérant contractuel de le représenter* » ; A. GILSON-MAES, *ibid.*, n° 149 et 150.

⁵⁸¹ Dans ce sens, v. Ch.-W. CHEN, thèse préc., n° 43, pp. 28-29, pour qui il « *existe des actes juridiques réalisés par un représentant qui n'est pas lié par un contrat de mandat dans ses rapports avec le représenté, mais par un contrat de travail (...) ou par d'autres contrats d'ouvrage ou de service* ». Dans le même sens, v. T. GENICON, « *Mandat et représentation* », in B. REMY (dir.), *op. cit.*, n° 68, pp. 66-67 : d'après l'auteur, le pouvoir de représentation, qu'il nomme *procuration*, peut se définir comme un « *accord de volonté en vertu duquel une personne habilite une autre à la représenter – susceptible de s'enchaîner dans maints contrats divers (le contrat de travail, le contrat d'entreprise)* ».

législations européennes⁵⁸². L'ambition du législateur consistait à pallier les lacunes et les vides suscités par des dispositions uniquement ponctuelles sur la représentation⁵⁸³.

L'opportunité de conférer à la représentation une réglementation autonome ne faisait pas l'objet, en doctrine, d'un consensus, comme on le constate à la lecture du projet de réforme du droit des contrats élaboré sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politiques⁵⁸⁴. Malgré ces réticences, le pas a été franchi⁵⁸⁵.

Toutefois, l'analyse des nouvelles dispositions révèle une relative continuité conceptuelle de ce mécanisme juridique tel qu'il fut appréhendé par la doctrine et la jurisprudence depuis le Code napoléon, c'est-à-dire – à la différence des droits allemand et polonais – par référence au contrat de mandat. La réforme serait donc loin de bouleverser la physionomie traditionnelle du mécanisme de la représentation retenu en droit interne⁵⁸⁶. Au contraire, de l'avis de la doctrine, la théorie générale de la représentation en droit français devrait demeurer induite par les dispositions spéciales du contrat de mandat⁵⁸⁷.

⁵⁸² Cf. *supra*, note 57 (codifications nationales), et note 59 (projets européens). D'autres systèmes juridiques européens n'ont, à ce jour, pas formulé dans leur code de théorie générale de la représentation ; ainsi des droits espagnol, autrichien, maltais, belge et luxembourgeois : R. CABRILLAC, *op. cit.*, n° 99, p. 58.

⁵⁸³ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n° 373, p. 306 ; G. WICKER, N. FERRIER, « La représentation », art. préc., p. 28. Deux projets ayant précédé la réforme ont également proposé des dispositions propres à ce mécanisme. Ainsi de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (P. CATALA (dir.), *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (art. 1101 à 1386 c. civ.) et du droit de la prescription (art. 2234 à 2281 c. civ.)*, Doc. fr., 2005.). Le Projet CATALA comporte une théorie générale de la représentation dans les actes juridiques, avec un paragraphe 3 consacré à cette technique (v. les art. 1119 à 1120-2 du § 3, intitulé « Du pouvoir d'agir au nom d'autrui ») consultable sur le site du Ministère de la Justice : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf . On trouve également des dispositions propres à la représentation dans le projet de réforme du droit des contrats établi par la Chancellerie : MINISTERE DE LA JUSTICE, *Projet de réforme du droit des contrats (mai 2009)*, disponible en ligne : http://droit.wester.ouisse.free.fr/textes/TD_contrats/projet_contrats_mai_2009.pdf, malgré la réticence d'un de ses membres à l'introduction de règles générales relatives à cette technique : v. not., D. FENOUILLET, « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », RDC 2009, p. 279, n° 26.

⁵⁸⁴ F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, *op. cit.*, qui ne comporte aucune disposition générale sur la représentation. V. égal. D. FENOUILLET, *loc. cit.*

⁵⁸⁵ On relèvera toutefois le caractère relativement sommaire de ces dispositions (huit articles) comparées à la réglementation du pouvoir de représentation dans le modèle germanique : le droit allemand y consacre dix-huit articles, le droit polonais quatorze, et vingt-quatre si on compte les règles relatives à la *prokura*.

⁵⁸⁶ Dans ce sens, v. par ex., N. DISSAUX, « Articles 1152 et suivants : la représentation », art. préc., I, pour qui l'introduction de dispositions propres à la représentation ne fait finalement que conférer à ce mécanisme une autonomie qui lui manquait sur le plan formel. V. égal. Ph. DIDIER, « La représentation dans le nouveau droit des obligations », J.C.P. éd. G. n° 20-21, 2016, 580, p. 6 (éd. élec.) ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n° 376, pp. 307-308.

⁵⁸⁷ S. BAHBOUHI, « Capacité et représentation », in *Réforme du droit des contrats - Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats, Actes Pratiques et ingénierie Sociétaire* n° 147, mai 2016, dossier 3, n° 79 ;

Plusieurs constats confortent cette opinion.

178. En premier lieu (et à la différence des droits allemand et polonais⁵⁸⁸), le législateur ne fait aucune allusion, au sein des nouveaux textes, à l'existence de deux rapports juridiques distincts – l'un interne (entre le représenté et l'intermédiaire) et l'autre externe (entre le représenté et le tiers) – distinction qui fonderait leur indépendance et qui légitimerait l'application d'un régime juridique qui leur soit propre.

179. En second lieu, le législateur se réfère, dans l'ensemble des nouveaux textes, uniquement à la notion de « pouvoir » (v. par exemple l'article 1155 du Code civil : « *Lorsque le pouvoir du représentant est défini en termes généraux (...)* ») – comme dans les textes traitant du mandat⁵⁸⁹ –, sans préciser le fondement juridique dudit « pouvoir ». En tout état de cause, les études doctrinales ayant proposé d'isoler le pouvoir de représentation du contrat de mandat sur le fondement d'un acte juridique à part entière nommé « procuration » (sans qu'il y ait d'accord sur son caractère unilatéral ou bilatéral⁵⁹⁰) n'ont pas trouvé écho dans les nouveaux textes. Cette notion est même entièrement absente du nouveau dispositif, et ce malgré le consensus en doctrine sur le fait que ce terme – ponctuellement visé dans les textes en droit français⁵⁹¹ – renvoie au mécanisme de représentation⁵⁹². À cet égard, on relèvera que la notion de procuration apparaît toutefois dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, dans la partie consacrée aux « contrats de représentation ». Cependant, comme nous le verrons⁵⁹³, les contours de cette institution, dans l'avant-projet, assimilent davantage son bénéficiaire à un *nuntius* qu'à un véritable représentant.

Ph. STOFFEL MUNCK, « Le nouveau droit de la représentation et le contrat de mandat », in G. LARDEUX (dir.), *op. cit.*, p. 79.

⁵⁸⁸ Le § 168 du B.G.B. ainsi que les articles 101 et 106 du Code civil polonais distinguent la procuration du « rapport juridique sur le fondement duquel elle a été conférée ».

⁵⁸⁹ V. les art. 1984, 1989, 1994 et 1997 du Code civil.

⁵⁹⁰ V. J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 118, p. 207 ; Ch.-W. CHEN, thèse préc., spéc. n° 55 et s., pp. 35 et s. ; A. GILSON-MAES, thèse préc., n° 145 (en faveur de la conception de la procuration en tant qu'acte unilatéral de volonté, à la manière du modèle germanique) ; T. GENICON, « Mandat et représentation », in B. REMY (dir.), *op. cit.*, n° 68, pp. 66-67 (en faveur d'une conception consensuelle de la procuration).

⁵⁹¹ Cf. *supra*, note 308.

⁵⁹² Cf. la littérature citée *supra*, *ibid.* Concernant les différentes acceptions de la notion de procuration en droit français, v. nos développements *infra*, n° 625 et s.

⁵⁹³ Cf. *infra*, n° 638.

180. La prégnance de la théorie moniste sur la réforme se constate encore dans les conditions de mise en œuvre de la représentation consacrées par le législateur : celle-ci est subordonnée, aux termes du nouvel article 1154 du Code civil, à ce que le représentant ait agi « *au nom et pour le compte du représenté* ». Cette formule se trouvait déjà consacrée à l'article 1984 qui définit le mandat⁵⁹⁴, ainsi que dans la majorité des définitions doctrinales de la représentation⁵⁹⁵. La présence de la locution « *pour le compte d'autrui* » dans la définition de la représentation (directe) est propre au droit français. En droits allemand et polonais, les dispositions traitant de la technique de la représentation exigent uniquement du représentant le pouvoir d'agir « *au nom d'autrui* »⁵⁹⁶. Une dernière

⁵⁹⁴ Aux termes de l'article, le mandat est l'« *acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* ». Les nombreuses définitions doctrinales de ce contrat spécial récupèrent ces deux éléments : v. not. Ph. PETEL, *Le contrat de mandat*, *op. cit.*, p. 2 qui définit le contrat de mandat comme « *le contrat par lequel une personne (le mandant) donne à une autre personne (le mandataire), le pouvoir d'accomplir un acte juridique pour son compte et en son nom* » ; N. DISSAUX (dir.), *Le mandat : un contrat en crise ?*, *op. cit.*, p. X, pour qui le mandat est le « *contrat par lequel une personne confie à une autre le soin d'accomplir un acte juridique en son nom et pour son compte* » ; G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Mandat » : « *Acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour elle et en son nom* » ; A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 635 : « *Le mot "mandat" (...) désigne de façon générale les mécanismes par lesquels une personne reçoit mission de représenter autrui et d'agir pour son compte et selon ses instructions* ». Comp. T. GENICON, « Mandat et représentation », in B. REMY (dir.), *op. cit.*, n° 22, p. 45, qui propose une définition innovante, focalisée sur la mission d'intermédiation du mandataire : « *le mandat pourrait se définir comme une convention à titre gratuit ou onéreux, obligeant une personne, le mandataire, qui prend en charge les intérêts d'autrui, le mandant, à faire au bénéfice de ce dernier (pour son compte) des actes principalement juridiques auprès d'une tierce personne.* ». V. égal. en jurisprudence, Cass. 1^{ère} civ., 21 janv. 1963 : *Bull. civ.* I, n° 41 ; J.C.P. éd. G. 1963, II, 13185, n. P. E. : « *Il ne saurait être considéré comme un mandataire, à moins qu'il n'ait été chargé par son client d'accomplir, au nom et pour le compte de celui-ci, certains actes juridiques, déterminés et nécessaires à l'exécution du mandat ainsi confié* ». – Com., 9 mai 1985 : *Bull. civ.* IV, n° 143 : « *L'exécution des obligations contractées par un mandataire au nom et pour le compte de son mandant n'incombe qu'à ce dernier* ». La jurisprudence a écarté, à plusieurs reprises, la qualification de mandat lorsque la mission confiée à autrui n'impliquait que l'action pour son compte. La jurisprudence précise également que le fait, pour un intermédiaire, d'agir pour le compte d'autrui n'implique pas celui d'agir au nom d'autrui, et donc ne présage pas de l'existence d'un mandat : Cass. civ., 15 févr. 1893 : DP 1893. 1. 378, et, plus récemment, Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-15.569 (inédit) : note L. LEVENEUR, *Contrats conc. conso.*, 2015 n° 6, p. 18.

⁵⁹⁵ Suivant une définition classique en doctrine française, la représentation correspond à l'« *action consistant pour une personne investie à cet effet d'un pouvoir légal, judiciaire ou conventionnel (le représentant), d'accomplir au nom et pour le compte d'une autre – incapable ou empêchée (le représenté) – un acte juridique dont les effets se produisent directement sur la tête du représenté* » : G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « représentation ». Dans ce sens égal., v. par ex. H. MOUBSIT, thèse préc., p. 10, et les auteurs cités note 8 ; Ch.- W. CHEN, thèse préc., et les auteurs cités p. 45, note 89 ; É.-U. GOUT et F.-J. PANSIER, *Petit lexique juridique*, *op. cit.*, v° « représentation », p. 323, pour qui « *la représentation est parfaite quand le représentant agit au nom et pour le compte d'autrui* » ; Ph. DIDIER, thèse préc., n° 6, p. 4.

⁵⁹⁶ En doctrine polonaise, v. M. SMYK, thèse préc., I, III, pt. 4 ; M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 19, définissant la représentation comme une technique permettant « *l'accomplissement d'actes juridiques au nom d'autrui et dont les effets se produiront directement dans sa sphère juridique* ». En droit allemand, v. R. SCHULTZE, « La

approche doctrinale, en France, réduit même l'action *au nom* d'autrui à une simple modalité de l'action *pour le compte d'autrui*, ainsi qu'en témoigne l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, qui se contente de définir la représentation comme « *le mécanisme par lequel une personne agit pour le compte d'une autre* »⁵⁹⁷.

En vérité, la divergence des deux modèles français et germanique dans l'appréhension des composantes de la représentation résulte précisément de la manière dont chacun de ces modèles appréhende les rapports interne et externe.

181. Le rapport entre l'action pour le compte d'autrui⁵⁹⁸ et au nom d'autrui dans une perspective comparée. L'expression « pour le compte de », signifie qu'un acte est réalisé dans l'intérêt d'autrui⁵⁹⁹ ; autrement dit, cette notion renvoie – lorsqu'il existe – à la raison d'être du pouvoir de représentation proprement dit (sa cause), ce qui intéresse les relations entre le gérant et le maître de l'affaire, donc le rapport interne. Comme l'observe Monsieur CHEN, « *il s'agit d'un élément logique dans les rapports internes qui servent à la base pour donner le pouvoir de représentation* »⁶⁰⁰. Le modèle germanique ayant – conformément à la théorie dualiste du mandat – juridiquement dissocié le pouvoir de représentation (« *Trennungsprinzip* »)⁶⁰¹ et adopté une vision non causale de ce mécanisme (il s'agit d'un pouvoir abstrait : c'est l'« *Abstraktionsprinzip* »)⁶⁰², le pouvoir d'agir *au*

représentation - propos introductifs », in D. MAZEAUD *et al.* (dir.), *op. cit.*, pp. 13-14, et H. BROX et W.-D. WALKER, *Allgemeiner Teil des B.G.B.*, 32^{ème} éd., Cologne, Carl Heymanns, 2008, n° 515.

⁵⁹⁷ Article 4 du Titre IV ter, « Des droits et obligations spéciaux », du Livre III, « Des différentes manières dont on acquiert la propriété », de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux. Dans ce sens égal., v. par ex. N. MATHEY, *Rép. civ., Dalloz*, v° « Représentation », *op. cit.*, n° 3, définissant la représentation comme « *une technique accordant à une personne (le représentant) le pouvoir d'agir, plus précisément d'accomplir un acte juridique, pour le compte d'une autre (le représenté), qui en supporte directement ou indirectement les effets* » ; CAPITANT, qui affirmait qu'il existe un rapport de représentation « *lorsqu'un acte juridique est accompli par une personne, pour le compte d'une autre, dans des conditions telles que les effets se produisent directement et immédiatement, sur la tête du représenté, comme si lui-même avait accompli l'acte* » : H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil : notions générales, op. cit.*, p. 365 ; F. RIGAUX, thèse préc., p. 1, et la littérature citée, note 1.

⁵⁹⁸ Pour une étude approfondie de ce mécanisme en droit français, v. not. G. FLATTET, *Les contrats pour le compte d'autrui : essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en droit français*, préface de Joseph HAMEL, Paris : Recueil Sirey, 1950.

⁵⁹⁹ M. STORCK, thèse préc., n° 162 ; G. WICKER, « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », art. préc., n° 22 ; C. MANGEMATIN, thèse préc., n° 72.

⁶⁰⁰ Ch.-W. CHEN, thèse préc., n° 80, p. 47.

⁶⁰¹ *Cf. infra*, n° 486 et s.

⁶⁰² *Cf. infra*, n° 577 et s.

nom d'autrui s'autosuffit pour être valable⁶⁰³. À l'aune du modèle dualiste, il n'est pas possible pour autant d'affirmer, à l'instar de Monsieur CHEN, que « *l'expression "action pour le compte d'autrui" n'est qu'un pléonasmе, car elle se fonde dans l'action au nom d'autrui* »⁶⁰⁴. En effet, en droits allemand et polonais, le champ de l'action *pour le compte* d'autrui (qui procède du rapport contractuel interne, au demeurant facultatif⁶⁰⁵) peut très bien diverger dans son étendue du pouvoir d'accomplir des actes en *son nom*⁶⁰⁶, ce dernier constituant un acte juridique autonome⁶⁰⁷. Autrement dit, le champ de l'habilitation de l'intermédiaire peut être différent dans les rapports interne et externe, et c'est habituellement le cas en ce qui concerne l'habilitation du fondé de pouvoir (dans la sphère sociale interne et vis-à-vis de la société d'une part, et dans la sphère externe d'autre part)⁶⁰⁸, en raison de l'étendue impérative de son habilitation à agir *au nom* d'autrui.

182. L'étanchéité de la distinction, dans le modèle germanique, entre l'action au nom d'autrui d'une part, et l'action pour le compte d'autrui d'autre part, n'est donc que le corollaire de l'appréhension de la représentation comme une institution à part entière. L'emploi simultané de ces deux modalités d'action « pour » autrui (pour son compte et en son nom) pour définir le pouvoir de représentation en droit français procède quant à elle de la théorie moniste, qui postule l'unité juridique entre le rapport obligationnel exprimant la raison d'être de la représentation et le pouvoir de représentation proprement dit. L'habilitation d'une personne à agir *au nom* d'autrui se trouve, dans cette conception, nécessairement contenue dans le support juridique l'habilitant à agir pour *son compte*. Les deux rapports fonctionneraient donc nécessairement de pair, de façon indivisible, ainsi que le sous-tend la conjonction « et » choisie par le législateur au nouvel article 1154 du Code civil, dans la continuité de la formulation consacrée en 1804 à l'article 1984.

⁶⁰³ G. REINER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand », in D. MAZEAUD, *et al.*, *op. cit.*, p. 25. Comme l'écrit l'auteur, « [l]e fait [que le représentant] agisse pour le compte du représenté – en plus d'agir au nom de ce dernier – comme le veut la doctrine française et le nouvel article 1154, alinéa 1 du Code civil français, ne fait pas partie des conditions exigées ».

⁶⁰⁴ Ch.-W. CHEN, thèse préc., n° 81, p. 48.

⁶⁰⁵ *Cf. infra*, n° 587.

⁶⁰⁶ *Cf. infra*, n° 590 et s.

⁶⁰⁷ *Cf. infra*, n° 579.

⁶⁰⁸ *Cf. infra*, n° 594.

183. En l'absence de précision contraire du législateur, rien ne ferait donc obstacle à ce que le contrat de mandat demeure, en droit français, indivisiblement lié au pouvoir de représentation.

184. D'autres arguments sont invoqués en doctrine au soutien de cette interprétation. À l'évidence, le mandat a servi de modèle aux nouvelles règles sur la représentation⁶⁰⁹. Également, le nouveau dispositif ne revêt pas un caractère exhaustif : nombreuses sont les règles intéressant strictement le pouvoir de représentation, traitées par le Titre XIII relatif au mandat, qui n'apparaissent pas dans les nouvelles dispositions : ainsi de la forme du pouvoir de représentation (article 1985 du Code civil), de la capacité du représentant (article 1990), de la possibilité pour ce dernier de se substituer un tiers (article 1994), de la restitution du « pouvoir de représentation » (article 2004). À cet égard, et en l'absence de modification du Titre XIII, la doctrine conclut qu'il conviendra de combiner les nouveaux textes sur la représentation avec les dispositions restées inchangées relatives au mandat, et plus précisément d'appliquer les règles de droit commun sur la représentation aux « rapports externes » du mandat⁶¹⁰, et lui appliquer ses règles propres en ce qui concerne les rapports entre le mandant et mandataire⁶¹¹. Enfin, le caractère conventionnel de la représentation volontaire a été consacré par la réforme⁶¹², les nouveaux articles 1158 et 1159, alinéa 2, visant expressément le « représentant conventionnel ».

⁶⁰⁹ La réglementation des obligations du représentant, aux nouveaux articles 1153 et 1154, alinéa 1, du Code civil, reprend les dispositions de l'article 1998 relatif aux obligations du mandant. Concernant les caractéristiques du pouvoir de représentation et la nature des actes que le représentant peut accomplir (nouvel art. 1154 C. civ.), le droit commun a emprunté la typologie traditionnelle au mandat qui distingue le mandat spécial et le mandat général (art. 1987) ainsi que le mandat conçu en termes généraux et le mandat exprès (art. 1988). Les nouvelles dispositions imitent encore les règles du mandat en ce qui concerne le principe de l'engagement du représenté circonscrit aux pouvoirs du représentant (nouvel art. 1153, et art. 1989), le principe de l'engagement direct du représenté dans le cadre de la représentation parfaite (nouvel art. 1154, et art. 1997 et 1998) et la cessation de la représentation dans le cas où le représentant serait frappé d'incapacité (nouvel art. 1160, et art. 2003). En doctrine, v. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n° 372 et s. ; G. WICKER, N. FERRIER, « La représentation », art. préc., p. 27, spéc. n° 6 et s. ; G. WICKER, « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », art. préc., n° 26 ; N. DISSAUX, « Articles 1152 et suivants : la représentation », art. préc., II ; Ph. DIDIER, « La représentation dans le nouveau droit des obligations », art. préc. ; Ph. STOFFEL MUNCK, « Le nouveau droit de la représentation et le contrat de mandat », in G. LARDEUX (dir.), *op. cit.*, pp. 81 et s. Un tableau comparatif des dispositions sur le mandat et la représentation est disponible en ligne : <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect2/ssect2/para2-representation/> (consulté le 31.08.2021).

⁶¹⁰ G. WICKER, « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », art. préc., n° 4 et 8.

⁶¹¹ G. WICKER, *ibid.*

⁶¹² M. MEKKI, « Réforme du droit des obligations : la représentation (C. civ., art. 1153 et s. nouv.) », J.C.P. éd. N., n° 47, 25 nov. 2016, act. 1255, *passim*.

185. Ces différentes observations témoignent de ce que l'introduction de dispositions propres à la représentation en droit interne recèle un paradoxe intrinsèque : loin de marquer l'émancipation juridique formelle de la représentation par rapport au contrat de mandat, la réforme semble au contraire confirmer leur lien indivisible.

186. Toutefois, comme l'écrit Monsieur DIDIER, s'il est juste que « *la réforme révèle que l'intention du législateur n'a pas été d'apporter des bouleversements majeurs au droit de la représentation (...) cela ne garantit en rien que ce soit effectivement ce qui se passera* »⁶¹³. En effet, bien que les nouvelles dispositions ne consacrent pas *expressis verbis* l'autonomie de la représentation par rapport au contrat de mandat, elles ne font pas pour autant obstacle à une telle interprétation et, en particulier, à celle qui consiste à considérer que le pouvoir de représentation ne puise pas sa source dans le mandat, mais qu'il constitue un acte juridique à part entière.

187. C'est en tout état de cause ce qui s'infère de l'existence des représentations légale et judiciaire, qui constituent, par définition, des modes non volontaires d'attribution du pouvoir d'engager autrui. Bien que les nouvelles dispositions soient insérées dans la partie du Code civil consacrée au contrat⁶¹⁴, socle de l'échange de volontés, il ne fait nul doute que les nouvelles dispositions s'imposent comme un droit commun de la représentation, applicable à toutes ses formes⁶¹⁵, et non pas uniquement à la représentation volontaire, comme pourrait le laisser supposer la position de cette réglementation au sein du code⁶¹⁶.

⁶¹³ Ph. DIDIER, « La représentation dans le nouveau droit des obligations », art. préc., p. 6 (éd. élec.).

⁶¹⁴ Il faut chercher ces règles dans le Chapitre consacré à la formation du contrat, au sein de la sous-section 2, de la section 2, sur « La validité du contrat », du Livre III du Code civil. Par comparaison, la représentation est réglementée en droits allemand et polonais dans la partie générale du Code civil (le Livre I, qui s'applique à l'ensemble du droit privé) consacrée aux actes juridiques (Titre IV en droit polonais, et Section III en droit allemand) au Chapitre IV en droit polonais et Titre V en droit allemand. On relèvera que le choix de placer la représentation dans la section relative au droit des contrats n'est toutefois pas singulière au droit français et se retrouve également, par exemple, en droits italien (art. 1387 et s. du Titre II « *Dei contratti in generale* », du Livre IV « *Delle obbligazioni* », du *Codice civile*) et roumain (art. 1.295 – 1.314 de la Section 7 sur la représentation, du Chapitre I réglementant le contrat, inséré dans le Titre II relatif aux sources des obligations).

⁶¹⁵ M. MEKKI, « Réforme du droit des obligations : la représentation (C. civ., art. 1153 et s. nouv.) », art. préc., pp. 1-2 (éd. élec.) ; G. WICKER, « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », art. préc., n° 3, spéc. n° 8 ; Ph. STOFFEL MUNCK, « Le nouveau droit de la représentation et le contrat de mandat », in G. LARDEUX (dir.), *op. cit.*, p. 79.

⁶¹⁶ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n° 373 et s. ; G. WICKER, N. FERRIER, « La représentation », art. préc., p. 28 ; R. CABRILLAC, *op. cit.*, n° 100, p. 58.

Il est vrai que les notions de mandataire judiciaire et de mandataire légal apparaissent dans les textes (*cf. supra*, n° 42, et les références citées, note 145 à 147), mais ce de manière exceptionnelle. Leur portée doit donc

188. En ce qui concerne spécifiquement la représentation volontaire, le législateur ne fait que consacrer son caractère bilatéral, sans préciser qu'elle doit *provenir* d'un type de contrat nommé en particulier (à titre d'exemple, le nouvel article 1153 du Code civil dispose seulement que le « *représentant (...) conventionnel (...) n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés* ») et le législateur s'est gardé de qualifier le représentant conventionnel de mandataire. Pourquoi la représentation volontaire ne constituerait-elle pas, dès lors, en elle-même, un contrat à part entière ?

189. Contrairement aux apparences, cette interprétation n'est pas condamnée par les propositions formulées par l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux. Il est vrai que ce dernier propose d'ériger le mandat en support juridique exclusif de cette technique. Toutefois, comme on l'a vu, cette convergence procède en vérité d'une erreur de paradigme : le mandat confère au mandataire la mission d'agir au nom du mandataire dans la réalisation d'actes juridiques ; il constitue à cet égard le cadre juridique naturel de déploiement de la technique de la représentation, puisque celle-ci permet précisément de réaliser ce type de mission, sans pour autant se confondre avec elle. Si ce travail doctrinal venait à être adopté, cette dichotomie se révélerait dans la distinction qu'il sera possible d'opérer entre, d'une part, le contrat de mandat, entendu comme le contrat chargeant le mandataire d'effectuer une mission juridique pour le compte du mandant⁶¹⁷, et, d'autre part, le pouvoir de représentation proprement dit, réglementé dans la partie générale du Code civil relatif au contrat. Cette dichotomie est en vérité précisément actée du fait de l'existence de dispositions spécifiques au « *pouvoir* [de représentation] », notion à laquelle le législateur se réfère dans l'ensemble des dispositions relatives à « la représentation » (articles 1153 et s. du Code civil). Les règles prévues aux articles 1153 et s. du Code civil peuvent ainsi, dorénavant, parfaitement venir s'appliquer sans qu'il soit besoin de faire référence au contrat de mandat dans les cas où la conclusion d'actes juridiques au nom du maître de l'affaire n'est qu'un objet accessoire à la mission impartie à l'intermédiaire⁶¹⁸.

être relativisée et il importe de définitivement substituer à l'usage de ces concepts, dans le langage juridique, ceux de représentant légal et de représentant judiciaire. Il s'agit en effet de prendre pleinement en compte l'introduction de ces notions dans le droit commun (v. les nouveaux art. 1153 et 1159).

⁶¹⁷ Dans ce sens, v. la littérature citée *supra*, note 521.

⁶¹⁸ Ainsi du contrat de travail ou d'entreprise : T. GENICON, « Mandat et représentation », in B. REMY (dir.), *op. cit.*, n° 68, pp. 66-67.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

190. La construction du mécanisme de représentation et l'évolution du contrat de mandat depuis le droit romain ne s'est pas réalisée de manière uniforme au sein de la famille des droits romano-germaniques. L'évolution du contrat de mandat s'est réalisée dans la continuité au sein du modèle germanique, resté fidèle au caractère non-représentatif du mandat ainsi que, plus fondamentalement, à son objet : l'attribution d'une charge ou mission, qui, si elle consiste dans la passation d'actes juridiques au nom du mandant, ne s'en conçoit pas moins indépendamment du pouvoir de la mettre en œuvre. Au contraire, le législateur français a fondu la technique de la représentation dans le contrat de mandat au sein des textes de 1804. Depuis lors, le débat s'est cristallisé autour de la question de savoir si la représentation constituait un caractère essentiel ou simplement naturel du mandat. Dans les deux cas toutefois, la représentation est perçue comme un effet (donc une composante) de ce contrat.

En doctrine, cette rupture au sein du modèle romano-germanique se traduit par l'opposition opérée entre la théorie moniste du mandat – portée par le modèle français, qui postule que le mandat [de représentation] contient deux facettes interdépendantes, l'une interne (le mandat proprement dit), l'autre externe (la représentation) – et la théorie dualiste, élaborée par la doctrine allemande, dans lequel le mandat – demeuré « endogène » – ne produit d'effets qu'entre les parties au contrat, tandis que la procuration constitue le support exclusif de la représentation volontaire.

191. Il a été mis en évidence qu'en réalité, la théorie moniste s'est bâtie sur une ellipse conceptuelle de l'objet interne du mandat (la mission ou charge confiée au mandataire) ; cet objet pourtant irréductible s'est confondu avec son moyen de mise en œuvre : le pouvoir de représentation proprement dit. À l'aune de cette ellipse, le contrat de mandat et le pouvoir de représentation d'origine volontaire apparaissent comme étant les deux manifestations d'une même idée.

192. Les deux facettes – interne et externe – du contrat de mandat en droit français semblent demeurer indivisiblement liées au lendemain de la réforme du 10 février 2016. En effet, le législateur français n'a pas explicitement repensé la technique de la représentation volontaire comme une institution indépendante du contrat de mandat, qui puiserait sa source dans un acte juridique distinct, comme c'est le cas dans le modèle

germanique où l'institution de la procuration lui sert de support. Malgré le lien historique intime entre la notion de procuration et la technique de la représentation, celle-ci se trouve entièrement éludée du nouveau dispositif français.

193. L'analyse du mandat représentatif en tant que composé unitaire souffre néanmoins de certaines failles déjà relevées et dénoncées au sein de la doctrine française au regard de la réglementation de 1804, et qui se retrouvent dans la réglementation proposée dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux. L'impossibilité de systématiser les règles « internes » et « externes » du contrat de mandat fait en définitive obstacle à l'interprétation selon laquelle le rapport interne (matérialisée par la mission octroyée à l'intermédiaire, et qui constitue la cause de l'acte conclu au moyen de la représentation)⁶¹⁹ ainsi que le rapport externe (effet de l'acte conclu avec le tiers)⁶²⁰ forment les deux facettes d'un rapport de droit unique, ainsi que le postule la théorie moniste.

Il apparaît en outre que les nouveaux textes sur la représentation sont en réalité à même d'inaugurer l'accession à l'autonomie juridique du *pouvoir* de représentation par rapport à son support interne causal de référence, qu'il soit qualifié de mandat, ou de « contrat de représentation [directe] », comme dans l'avant-projet.

194. Les tenants et aboutissants de la théorie moniste ayant été exposés, il reste à mettre en évidence sa portée en droit français des sociétés : la conception unitaire de la délégation de pouvoirs découle en vérité précisément de l'analyse de cette institution à l'aune de cette théorie.

⁶¹⁹ Cf. *infra*, n° 497 .

⁶²⁰ Cf. *infra*, n° 545.

CHAPITRE II – LA PORTEE DE LA CONCEPTION MONISTE DU MANDAT

EN DROIT FRANÇAIS DES SOCIÉTÉS

195. À l'inverse du modèle germanique, le contrat de mandat a joué en France un rôle crucial en droit des sociétés, et ce dans la compréhension moniste de ce mécanisme (**Section 1**). C'est la raison pour laquelle la théorie moniste continue d'imprégner le droit des sociétés français, en dépit, notamment, de la prise en compte formelle de la dualité de sphères sociales dans les sociétés commerciales par la loi de 1966 (**Section 2**). L'analyse unitaire de la technique de la délégation de pouvoirs en France, quasi unanimement reçue en doctrine en dépit de ses failles théoriques, résulte précisément de la prégnance de cette théorie moniste (**Section 3**).

Section 1 / Le rôle du contrat de mandat en droit des sociétés : perspectives historique et comparée

196. En France, on a vu qu'au XIX^{ème} siècle, le contrat de mandat a reçu la technique de la représentation⁶²¹, ce qui a conduit à une convergence conceptuelle⁶²² et juridique⁶²³ de ces deux mécanismes, du moins en ce qui concerne la représentation volontaire. Au même moment, la majorité des auteurs français cherchent à rattacher l'action de la personne morale par le biais de ses organes à une application de la théorie de la représentation. Il est à cet égard notable que la réglementation des pouvoirs des organes de direction se soit construite historiquement en France (**Sous-section 1**), à la différence du droit allemand (**Sous-section 2**), par référence au contrat de mandat, dans la compréhension moniste de ce mécanisme.

Ces considérations historiques permettront d'apprécier la portée des deux conceptions du mandat – moniste et dualiste – sur les solutions de droit positif dans les législations où elles ont été respectivement adoptées.

⁶²¹ Cf. *supra*, spéc. n° 151 et 154.

⁶²² Cf. *supra*, n° 155 et s.

⁶²³ Avec l'élaboration d'une réglementation unique aux articles 1984 et s. C. civ.

Sous-section 1 / L'application traditionnelle de la théorie moniste du mandat aux « mandataires sociaux » en droit français

197. **La perception du dirigeant comme un mandataire de droit commun en droit français (XIX^{ème} – mi-XX^{ème}) et l'application de la conception moniste du mandat à l'étendue de ses pouvoirs.** En France, jusqu'à la loi de 1966 sur les sociétés commerciales, le droit des sociétés demeure principalement régi par la loi de 1867⁶²⁴. Cette loi, qui reconnaît la personnalité juridique aux sociétés constituées sous forme commerciale, est silencieuse sur la réglementation des pouvoirs des dirigeants : sauf quelques lois ponctuelles⁶²⁵, elle régit la matière pendant près de 70 ans. Durant cette période, le dirigeant est perçu comme un simple mandataire (représentant conventionnel), qualification expressément consacrée au sein de la loi du 24 juillet 1867 à propos des administrateurs de SA : ils sont, d'après cette loi, les « *mandataires* » des associés⁶²⁶. En outre, la loi de 1867 reste entièrement silencieuse sur le contenu de la gouvernance sociale et sur les modalités de son exercice.

198. En leur qualité de mandataires, et en l'absence de réglementation spéciale, les administrateurs de SA se voyaient naturellement appliquer les règles de droit commun du

⁶²⁴ Le Code de commerce de 1807 n'a conçu que 30 dispositions relatives aux sociétés, sur les 650 articles contenus dans ce Code. En même temps, le Code de commerce prévoit expressément que « *le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières et par les conventions des parties* ». C'est la loi de 1966 qui substitue, à la prééminence des règles du droit civil en matière sociétaire, une réglementation spéciale devenue prédominante : H. MOUBSIT, thèse préc., pp. 9-10.

⁶²⁵ V. en particulier les décrets-lois du 8 août 1935 et du 25 août 1937, ainsi que les lois du 16 novembre 1940, relative aux sociétés anonymes, et du 4 mars 1943, relative aux sociétés par actions.

⁶²⁶ V. l'article 22, qui prévoit, au sujet de la direction des sociétés anonymes, que celles-ci sont « *administrées par un ou plusieurs mandataires pris parmi les associés* » (al. 1^{er}), et que « *[c]es mandataires peuvent choisir parmi eux un directeur ou, si les statuts le permettent, se substituer un mandataire étranger à la société et dont ils sont responsables envers elle* » (2^{ème} al.). V. égal. R. BEAU, thèse préc., p. 31.

mandat⁶²⁷. L'étendue de leurs pouvoirs était donc conventionnellement et librement définie par les associés⁶²⁸.

199. Le droit français ayant retenu une conception moniste du mandat, l'étendue de l'habilitation du dirigeant à engager la société dans ses rapports avec les tiers était par ailleurs délimitée par référence à la définition de ses pouvoirs par les associés dans l'ordre interne, ces deux facettes puisant leur source dans un rapport de droit unique (le contrat de mandat)⁶²⁹. Le contenu des pouvoirs externes était donc calqué sur celui des pouvoirs internes, tel qu'il avait été délimité dans les statuts de la société anonyme. Cette délimitation statutaire des pouvoirs des « dirigeants-mandataires » était, de la sorte, pleinement efficace dans la sphère externe. L'administrateur révoqué de ses fonctions ou accomplissant des actes en dépassant les pouvoirs qui lui avaient été conférés dans les statuts ne pouvait pas engager la société, dès lors que ces restrictions avaient été publiées⁶³⁰. La société – et derrière elle, les associés – se trouvait ainsi pleinement protégée. En même temps, la sécurité des transactions s'en trouvait considérablement affaiblie et les risques d'abus augmentés.

200. Le régime applicable aux dirigeants sociaux en France aurait pu évoluer en 1925 avec l'introduction de la S.A.R.L. en droit interne, dans la mesure où cette loi définit de manière impérative les pouvoirs de son gérant, sur le modèle du droit allemand dont elle s'est clairement inspirée.

Toutefois, le dispositif issu de la loi du 7 mars 1925 retranscrit les textes relatifs aux pouvoirs des gérants de « S.A.R.L. allemandes » (« *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* », ci-après G.m.b.H.) de façon maladroite, puisque la définition légale de leurs

⁶²⁷ A noter que le Code civil autrichien de 1811 prévoyait également l'application des règles du mandat de droit commun aux dirigeants sociaux (§ 1027 A.B.G.B.) et que le § 1029, 2^{ème} phrase, A.B.G.B. consacrait l'existence d'un « *mandat tacite des personnes en service* » (« *Stillschweigende Bevollmächtigung der Dienstepersonen* »). De la sorte, les dirigeants étaient présumés avoir reçu un mandat pour l'accomplissement des actes résultant de leurs fonctions : M. SMYK, thèse préc., I, I, pt. 3.1.2.

⁶²⁸ Ph. DIDIER, « L'avenir des pouvoirs du président de la S.A.S. après la loi N.R.E », art. préc., n° 6 ; H. MOUBSIT, thèse préc., p. 15.

⁶²⁹ Ph. DIDIER, *ibid.*

⁶³⁰ V. par ex. Cass. civ., 29 juill. 1941, S. 1942, I, p. 57. V. égal. Req., 18 juill. 1936, *Rev. spéc. soc.* 1938, p. 38, jugeant que quelle que fût sa forme, la société n'est pas engagée par les actes de son dirigeant qui ne coïncident pas avec son objet statutaire.

pouvoirs, finalement retenue, contient une contradiction flagrante⁶³¹, qui sera résolue à l'aune de la conception conventionnelle et moniste des pouvoirs des dirigeants sociaux, traditionnelle au droit français.

201. **L'incohérence du nouvel article 24 de la loi de 1925 sur l'effet des limitations statutaires des pouvoirs du gérant de S.A.R.L.** La césure entre les deux sphères sociales interne et externe établie par le droit allemand dans l'A.D.H.G.B. de 1861⁶³² est actée pour la première fois, en France⁶³³, dans la réglementation des pouvoirs du gérant de S.A.R.L., de manière implicite, à travers la consécration, à l'article 24 de la loi de 1925, du caractère impératif de son habilitation à « *l'égard des tiers* », donc dans la sphère externe. Toutefois, la rédaction de cet article contient une contradiction flagrante. En effet, le législateur précise d'abord que « [s]auf stipulation contraire des statuts, ils [sous-entendus les gérants] ont tous les pouvoirs pour agir au nom de la société, en toutes circonstances », tout en affirmant, *in fine*, que « toute limitation contractuelle des pouvoirs des gérants est sans effet à l'égard des tiers ». *Prima facie*, l'article lie l'habilitation du mandataire social au contenu du contrat de société, tandis que la seconde partie de l'article consacre son caractère impératif, en affirmant que les dispositions de ce contrat n'affectent en aucun cas les pouvoirs du gérant à l'égard des tiers (qui sont définis comme « *tous les pouvoirs pour agir au nom de la société, en toutes circonstances* »).

Face à cette rédaction, plusieurs interprétations de l'étendue des pouvoirs des gérants vis-à-vis des tiers étaient possibles, et chacune a trouvé son écho en doctrine⁶³⁴. Or, plutôt que de tirer les conséquences pratiques inhérentes à la distinction (même maladroite) opérée dans les textes entre les sphères sociales interne et externe, la jurisprudence choisit d'interpréter les dispositions nouvelles à l'aune de la conception

⁶³¹ Contradiction remarquée et commentée lors de l'entrée en vigueur de cette loi : v. Ph. DIDIER, « L'avenir des pouvoirs du président de la S.A.S. après la loi N.R.E », art. préc., n° 3 ainsi que les auteurs cités note 4.

⁶³² Cf. *infra*, n° 206.

⁶³³ L'influence germanique sur le droit des sociétés en France ne saurait toutefois occulter que la doctrine française avait également formulé, dès la deuxième partie du XIX^{ème} siècle, la thèse de l'existence de deux sphères sociales – l'une interne, l'autre externe. Dans ce sens, Monsieur THALLER écrivait que la société constitue une personne à l'égard des tiers et du public (à la suite de son immatriculation), mais aussi devant ses associés ou actionnaires. L'auteur en déduisait une distinction entre la personne morale externe et la personne morale interne, inhérente à toute société (et groupement) personnifiée : E.-E. THALLER, note sous Cass. civ., 30 mai 1892 : DP 1894. I. 105.

⁶³⁴ V. G. GRIOLET, F. TOURNIER et C. VERGE, *Dalloz. Jurisprudence générale*, 1928, p. 154, ainsi que les auteurs cités.

traditionnelle des règles organisant l'étendue et la répartition des pouvoirs dans la société, soit par référence au contrat de mandat dans sa compréhension moniste.

202. Une jurisprudence fidèle à l'interprétation traditionnelle des pouvoirs des dirigeants sociaux. Une décision du début du siècle dernier, rendue le 27 mars 1928 par le tribunal civil de Mulhouse, est emblématique du choix des juges d'interpréter les nouvelles dispositions à l'aune de la conception traditionnelle française – en particulier, du fait que l'Alsace était accoutumée au droit allemand –, et n'a pas manqué de susciter des critiques⁶³⁵. En l'espèce, la validité de la vente d'un immeuble social effectuée par le gérant d'une S.A.R.L. est contestée par les associés, au motif que ce dernier « *ne justifiait pas par une procuration spéciale et notariée qu'il eût pouvoirs suffisants pour représenter la société dans cette vente* ». Or, si le tribunal a jugé la vente valable, ce n'est pas sur le fondement de l'étendue des pouvoirs du gérant, tels que définis dans la loi de 1925 (ce dernier disposant de « *tous les pouvoirs pour agir au nom de la société, en toutes circonstances* », en application de son article 24), mais en constatant qu'aucune restriction à ses pouvoirs n'avait été prévue dans les statuts⁶³⁶. Autrement dit, si une clause statutaire avait exclu des pouvoirs du gérant la vente des biens immobiliers de la société, la transaction litigieuse aurait été frappée de nullité en raison du défaut de pouvoir de son auteur.

C'est donc bien une interprétation traditionnelle des pouvoirs des dirigeants qu'applique le tribunal, qui s'abstient de lire la nouvelle loi à l'aune du droit allemand qui a pourtant inspiré les dispositions sur la S.A.R.L. La conception moniste du mandat social retenue en France se trouve, en vérité, en phase avec la vision exclusivement contractuelle

⁶³⁵ G. GRIOLET, F. TOURNIER et C. VERGE, *ibid.*

⁶³⁶ « *Attendu que d'après l'art. 24, § 2, de la loi de 1925, les gérants, sauf stipulation contraire des statuts, ont tous les pouvoirs pour agir au nom de la société en toutes circonstances - Or attendu que les statuts (V. art. 8) ne contiennent aucune restriction - Attendu que dès lors le sieur Stickelberger, [gérant] (...), avait pouvoir de vendre un immeuble appartenant à la société (...)* » : Trib. civ. Mulhouse, 2^{ème} ch., 27 mars 1928. V. égal. dans ce sens, Cass. Civ., 29 juill. 1941, préc., et Req., 28 juill. 1936, préc.

de la société⁶³⁷, vision qui connaît dans notre droit interne son apogée au début du XIX^{ème} siècle, avant d'être concurrencée par le courant institutionnaliste⁶³⁸.

⁶³⁷ Conformément à l'analyse contractuelle, la société se conçoit dans son essence comme un contrat (« *un contrat multilatéral conclu entre un certain nombre d'associés qui conviennent de mettre en commun un ensemble de forces ou de moyens pour réaliser un but particulier* » : J.-C. PAGNUCCO, thèse préc., n° 154) dont il appartient aux associés de déterminer librement les contours, ce qui englobe la délimitation des pouvoirs de leurs « mandataires-dirigeants ». La conception contractuelle de la société repose sur le contenu originel de l'article 1832 du Code civil, qui posait, *ab initio*, que « [l]a société est un contrat (...) ». Bien que cette formule ait été éradiquée de l'article 1832, et que la volonté d'une seule personne suffise désormais à instituer une société depuis la loi du 11 juillet 1985, plusieurs postulats de la thèse contractuelle – en vérité inhérents à la structure juridique sociétaire – demeurent inchangés. Ainsi, la volonté commune des associés sert d'assise à l'existence de toute société (autre qu'unipersonnelle) : pour sa création (acte fondateur) et – en principe – pour sa fin (dissolution). La régularité de la volonté des associés de former le contrat de société est examinée à l'aune des exigences posées par le droit commun pour tous les contrats (consentement et capacité des parties au contrat de société, qui doit avoir un contenu licite et certain, conformément à l'article 1128 du Code civil). La société étant instituée dans le but de satisfaire un intérêt commun, la doctrine range plus spécifiquement le contrat de société dans la catégorie des « *contrats-organisation* » (P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation » in *L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François Terré*, PUF, 1999, p. 635) ou encore des « *contrats-coopération* » (S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches juridiques, vol. 27, 2012, n° 69 s.).

Aujourd'hui, le regain de la thèse contractualiste découlerait de l'émergence de la théorie anglo-saxonne de la *corporate governance*. V. sur la question, Cl. CHAMPAUD, « Le contrat de société existe-t-il encore ? » in *Le droit contemporain des contrats*, Travaux et Recherches de la Faculté de Rennes, Economica 1987, p. 125 : l'auteur analyse le déclin de la vision contractuelle de la société ainsi que les résurgences contemporaines ponctuelles de cette approche classique ; J. MESTRE, « La société est bien encore un contrat », in *Mélanges J. Mouly*, t. 2, Litec, 1998, pp. 131 et s. ; J.- P. BERTREL, « Liberté contractuelle et sociétés : essai d'une théorie du juste milieu en droit des sociétés », R.T.D. com. 1996, pp. 595 et s. ; J. PRIEUR, « Droit des contrats et droit des sociétés », in *Mélanges A. Sayag*, Litec, 1997, pp. 371 et s. ; R. LIBCHABER, « La société, contrat spécial », in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, pp. 281 et s. ; I. CORBISIER, *La société : contrat ou institution ?*, Larcier, 2011.

⁶³⁸ L'analyse institutionnelle de la société a pour héraut P. DURAND (v. « Rapport de M. Paul Durand », in *La notion juridique de l'entreprise*, Travaux de l'Association Henri Capitant, T. III, Dalloz, 1947, p. 45) qui s'est inspiré de la théorie publiciste d'HAURIOU (v. « L'institution et le droit statutaire », in *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1906, Paris, p. 134 ; « La théorie de l'institution et de la fondation », in *Cahiers de la Nouvelle Journée*, n° 4, Bloud et Gay, 1925). Cette théorie conçoit la société comme un groupement organisé de façon durable et impérative autour d'un but déterminé, en conséquence de quoi les droits et intérêts des associés sont dans cette analyse soumis, voire sacrifiés, à l'intérêt supérieur de l'institution qui transcende les intérêts privés de ses membres. Le renouveau de cette analyse s'est exprimé dans la doctrine de l'entreprise initiée par l'école de Rennes : v. en particulier, J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme technique juridique d'organisation de l'entreprise*, Paris : Sirey, coll. Bibl. de droit commercial, t. 18, 1967. V. égal. sur le concept de l'entreprise citoyenne : F.-G. TREBULLE, « Personnalité morale et citoyenneté, considérations sur "l'entreprise citoyenne" », *Rev. sociétés* 2006, p. 41.

Une analyse mixte ou hybride (reconnaissant les doubles aspects contractuel et institutionnel de la société) semble finalement constituer aujourd'hui la pensée dominante : J.- P. BERTREL, « Liberté contractuelle et sociétés : essai d'une théorie du juste milieu en droit des sociétés », art. préc., n° 39 et s., ainsi que les références citées.

203. Le droit allemand (suivi du droit polonais) emprunte un chemin radicalement différent du droit français : le contrat de mandat ne jouera en effet, *ab initio* dans cette législation, qu'un rôle mineur en droit des sociétés.

Sous-section 2 / La place résiduelle du mandat dans le modèle germanique

204. À la différence du droit français, le contrat de mandat n'aura qu'une portée résiduelle en droit des sociétés allemand, et ce pour deux raisons fondamentales. En premier lieu, contrairement à son homologue français, le législateur allemand encadre très tôt l'organisation de la gouvernance sociale, réglementation qui rompt avec la conception contractuelle traditionnelle et qui ne peut matériellement, comme le relèvera la doctrine, constituer une ramification de la théorie de la représentation (§ 1).

Surtout, comme nous l'avons évoqué précédemment, le mandat en droit allemand est demeuré un contrat dénué « d'effet représentatif », de sorte qu'il est cantonné aux rapports internes⁶³⁹. Il n'y avait donc pas lieu, pour la doctrine allemande, contrairement à la démarche française d'hier à aujourd'hui, de chercher à expliquer l'action de la personne morale dans la sphère externe sur le fondement de ce contrat (§ 2).

⁶³⁹ Cf. *supra*, n° 59.

§ 1 – L’institutionnalisation quasi-immédiate de la société dans le modèle germanique

205. Le législateur allemand régleme très rapidement la structure de la société afin de lutter contre les abus⁶⁴⁰ : une loi du 18 juillet 1884⁶⁴¹ répartit les attributions sociales entre trois organes (de direction⁶⁴², de délibération⁶⁴³ et de contrôle⁶⁴⁴), structure reprise dans le nouveau Code de commerce du 10 mai 1897 (*Handelsgesetzbuch*, ci-après H.G.B.)⁶⁴⁵. Au contraire, en droit français, la direction de la société évolue, comme on l’a vu⁶⁴⁶, dans un cadre essentiellement informel jusqu’à la loi du 24 juillet 1966, laissant à la pratique le soin (et la possibilité) de créer, de sa propre initiative, les organes indispensables à son fonctionnement cohérent⁶⁴⁷. En ce qui concerne les sociétés anonymes, ce n’est par exemple qu’en 1940 que la loi consacre dans les textes l’existence d’un président du conseil d’administration (en son article 2), lequel n’était jusque-là qu’une pure création de la pratique⁶⁴⁸.

206. Avant même la consécration d’organes légaux impératifs avec la loi de 1884, le législateur allemand avait consacré dans le Code de commerce pangermanique de 1861 deux principes en ce qui concerne l’organe de direction de la société par actions : d’une part, la distinction de la délimitation de l’étendue de ses pouvoirs dans l’ordre interne et dans l’ordre externe (qui résulte de la lecture combinée des deux alinéas de l’article 231 dudit Code) et, d’autre part, la définition légale et impérative desdits pouvoirs dans l’ordre externe (alinéa 2 du même article). En effet, en son premier alinéa, l’article 231 A.D.H.G.B. dispose que « [l]a direction est tenue vis-à-vis de la société [ordre interne] de se renfermer dans les limites de ses attributions déterminées soit par l’acte constitutif de la société, soit par des résolutions intervenues en assemblée générale » et, en son second

⁶⁴⁰ R. BEAU, thèse préc., n° 6, p. 11.

⁶⁴¹ La « *Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften* », du 18 juillet 1884, RGBl. pp. 123 et s., réformant l’A.D.H.G.B. de 1861.

⁶⁴² Le *Vorstand*, chargé de la gestion et de la représentation de la société à l’égard des tiers.

⁶⁴³ Le *Generalversammlung*, c’est-à-dire l’assemblée générale.

⁶⁴⁴ L’*Aufsichtsrat*, c’est-à-dire le conseil de surveillance.

⁶⁴⁵ Le Code de commerce allemand du 10 mai 1897 remplace l’A.D.H.G.B. de 1861. Entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900, ce Code forme le droit commercial positif en Allemagne.

⁶⁴⁶ Cf. *supra*, n° 197.

⁶⁴⁷ R. BEAU, thèse préc., n° 7, p. 12.

⁶⁴⁸ R. BEAU, *ibid.*, n° 27, p. 32.

alinéa, que « *les clauses ayant pour but de limiter les attributions de la direction comme représentant la société sont sans effet légal vis-à-vis des tiers [ordre externe]* »⁶⁴⁹.

Ces deux principes se trouveront généralisés aux nouvelles formes sociales : ils sont repris dans loi du 20 avril 1892 relative aux sociétés à responsabilité limitée allemande (la GmbH-Gesetz⁶⁵⁰, ci-après, G.m.b.H.G.)⁶⁵¹, ainsi que dans la loi sur les sociétés par actions, en date du 30 janvier 1937 (l'*Aktiengesetz*, ci-après AktG), par une loi du 6 septembre 1965⁶⁵² qui régit les sociétés anonymes (*Aktiengesellschaft*, ci-après, A.G.).

207. L'édification du régime applicable aux pouvoirs des organes sociaux en droit allemand s'est réalisée alors que la doctrine en Europe menait une réflexion générale sur la nature de la personne morale (fiction⁶⁵³ ou réalité⁶⁵⁴, contrat⁶⁵⁵ ou institution⁶⁵⁶) ainsi que sur son mode d'« expression ». Confrontés aux règles nouvelles régissant la structure et les conditions de l'action sociale dans l'ordre interne et dans l'ordre externe, les auteurs allemands délaissent la thèse selon laquelle les organes sociaux seraient des *représentants*, en réaction aux lacunes et obstacles soulevés par cette qualification, impropre à saisir les

⁶⁴⁹ Traduction de V. FOUCHER et L.- C.- J. TOLHAUSEN, *op. cit.*, p. 74. Le législateur allemand ne se contente pas d'affirmer le caractère impératif de l'habilitation, mais, pour être certain qu'il ne serait pas porté atteinte à son étendue, il a pris soin de préciser le type de limitations qui seraient de toute façon inopposables aux tiers, soit celles, dit la deuxième partie de l'article, qui auraient « *pour but de décider que le droit de représenter la société ne s'étend qu'à certaines opérations ou espèces d'opérations, qu'il n'a lieu que sous certaines conditions ou pour un certain laps de temps ou en certains lieux* » (traduction de V. FOUCHER et L.- C.- J. TOLHAUSEN, *ibid.*).

⁶⁵⁰ *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, disponible en ligne : <https://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/BJNR004770892.html>.

⁶⁵¹ Le § 37 G.m.b.H.G., traitant des « *Restrictions au pouvoir de représentation* », dispose d'une part que « [l]es gérants sont tenus, vis-à-vis de la société, de respecter les limitations imposées à l'étendue de leurs pouvoirs par l'acte constitutif ou, et en l'absence de stipulation statutaire contraire, par les résolutions des associés » (1^{er} alinéa) et, d'autre part, que « [l]a limitation du pouvoir des gérants de représenter la société est sans effet à l'égard des tiers » (second alinéa) (traduction libre).

⁶⁵² Loi sur les sociétés par actions du 6 septembre 1965, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1966 (v. son § 82, traitant des « *Restrictions au pouvoir de représentation et de gestion [des membres du directoire]* ». Sur la limitation des pouvoirs des dirigeants dans les sociétés à risque limité en droit allemand, v. not. : B. GRUNEWALD, *Gesellschaftsrecht*, 8^{ème} éd., Mohr Siebeck, 2011, spéc. n° 50 (AG/SA) et 55 (GmbH/SARL) ; H.-J. MERTENS & A. CAHN, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 2/1, §§ 76-94 AktG, 3^{ème} éd., Carl Heymanns Verlag, 2010, p. 196 s., spéc. p. 199 (cités par A.-C. ROUAUD, « Les limitations statutaires au pouvoir d'agir en justice du représentant légal de société », *Rev. soc.* 2014, p. 415, note 113).

⁶⁵³ *Cf. infra*, n° 697.

⁶⁵⁴ *Cf. infra*, n° 0.

⁶⁵⁵ *Cf. supra*, note 637.

⁶⁵⁶ *Cf. supra*, note 638.

spécificités de l'action de la personne morale par le biais de ses organes⁶⁵⁷. La thèse de l'organe,⁶⁵⁸ qui succède à la théorie de la représentation, trouve son expression législative dès la promulgation du B.G.B. en 1900⁶⁵⁹.

208. Bien que les dispositions réglementant le contenu du pouvoir du dirigeant social et du fondé de pouvoir soient similaires⁶⁶⁰, et ce depuis l'A.D.H.G.B. de 1861⁶⁶¹, il est ainsi acquis depuis le début du XX^{ème} siècle, en Allemagne, que ces deux catégories d'acteurs sociaux n'appartiennent pas à la même catégorie juridique : le premier est un organe qui se confond avec l'être moral et qui agit pour lui⁶⁶² (en application de la théorie de l'organe), tandis que le second est un représentant, autrement dit un tiers qui agit *au nom* du groupement personnifié. Outre cette incompatibilité d'ordre structurelle, il est également possible de relever une différence notable quant aux attributions attachées à chacune de ces deux qualifications (organe et représentant). Ainsi l'organe de direction se voit par définition attribuer des prérogatives liées à la gestion des affaires sociales, c'est-à-dire à la sphère sociale interne, à l'instar de l'organe délibérant ou de contrôle. La qualification de représentant ne préjuge, quant à elle, que de l'existence d'attributions intéressant la sphère sociale externe.

Ce *distinguo*, récupéré par le droit polonais sous l'influence du droit allemand⁶⁶³, est au contraire constamment remis en question au sein de la doctrine française⁶⁶⁴.

209. Comme évoqué précédemment, et à la différence du droit français, une terminologie spécifique est adoptée pour exprimer le mode d'action de chacun de ces acteurs sociaux, ce qui facilite considérablement leur distinction. Le terme « représentation »

⁶⁵⁷ Cf. *infra*, n° x et s.

⁶⁵⁸ Cf. *infra*, n° 73 et s.

⁶⁵⁹ V. le § 31 B.G.B. et *infra*, n° 739.

⁶⁶⁰ Ces derniers disposent tous les deux du pouvoir d'accomplir « *tous les actes judiciaires et extra-judiciaires* » de la société représentée : v. le § 49 H.G.B. en ce qui concerne le fondé de pouvoir, le § 35, al. 1 G.m.b.H.G. en ce qui concerne les gérants de S.A.R.L., et le § 76, al. 1, AktG en ce qui concerne les membres du directoire de sociétés anonymes. Cette formule est consacrée dans des termes identiques en droit polonais, en ce qui concerne le fondé de pouvoir (art. 109¹, § 1, K.C.) et les organes de représentation de S.A.R.L. (art. 204, § 1, K.S.H.) et de SA (art. 372, §, 1 K.S.H.). La principale différence entre l'étendue de l'habilitation du fondé de pouvoir, d'une part, et des pouvoirs de l'organe social dans l'ordre externe, d'autre part, résulte de l'exclusion par le législateur d'une certaine catégorie d'actes – les plus graves – du champ de la prokura (cf. *infra*, n° 322).

⁶⁶¹ Comp. les articles 231, alinéa 2, et 43 A.D.H.G.B.

⁶⁶² Sur le phénomène de confusion des personnalités de l'organe et de l'être moral, v. *infra*, n° x et s.

⁶⁶³ Cf. *supra*, n° 11.

⁶⁶⁴ Cf. *infra*, n° 693.

(« *Vertretung* » (all.) ; « *reprezentacja* » (pl.)), utilisé en droits allemand et polonais pour traduire l'action de la personne morale dans la sphère externe, se distingue en effet du pouvoir d'agir *au nom d'autrui* (la représentation *stricto sensu* : « *przedstawicielstwo* » (pl.) et « *Stellvertretung* » (all.)) et, en particulier, du pouvoir d'agir au nom d'autrui d'origine volontaire (conventionnel) (« *Vollmacht* » (all.) ; « *pełnomocnictwo* » (pl.))⁶⁶⁵, dont la *prokura* constitue une variété⁶⁶⁶. Toujours dans ce sens, on constate qu'à la différence du droit français⁶⁶⁷, les législateurs allemand et polonais se gardent d'employer la locution « au nom de [la société] » dans les dispositions traitant de sa représentation par ses organes⁶⁶⁸, locution qui apparaît au contraire dans les règles de droit commun à propos des fondés de procuration⁶⁶⁹.

210. La place résiduelle du contrat de mandat dans le modèle germanique s'explique donc, d'abord, par l'abandon formel de l'analyse conventionnelle de la société au profit d'une conception institutionnelle avec l'adoption de la théorie de l'organe.

Elle s'explique surtout, ensuite, par l'objet de ce contrat, qui est resté cantonné dans ce modèle – contrairement au droit français – aux rapports internes aux parties.

⁶⁶⁵ Cf. *supra*, n° 135, spéc. n° 142 et s.

⁶⁶⁶ Cf. *infra*, n° 296 et s.

⁶⁶⁷ Cf. *supra*, note x.

⁶⁶⁸ V. par ex., en droit polonais l'article 204, § 1, K.S.H. (en ce qui concerne les S.A.R.L.), d'après lequel « [l]e droit du membre de l'organe de direction de conduire les affaires sociales et de la représenter concerne tous les actes judiciaires et extra-judiciaires **de la société** » (traduction libre). À la lecture de cette disposition, on comprend que ce sont les droits de la personne morale elle-même qui sont mis en œuvre par l'organe, phénomène qui s'explique par la personnification de l'être moral en la personne de son dirigeant (cf. *infra*, n° 739 et s.). V. égal. par ex. en droit allemand, l'article § 35, alinéa 1^{er}, G.m.b.h.G (en ce qui concerne les S.A.R.L.), qui prévoit que « [l]a société est représentée par le biais de ses organes pour tous ses actes judiciaires et extra-judiciaires » (traduction libre).

⁶⁶⁹ V. par ex., le § 164, alinéa 1^{er}, B.G.B. « *Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht **im Namen** des Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen* » (« Toute déclaration de volonté, qu'émet une personne au nom du représenté dans les limites du pouvoir de représentation qui lui appartient, produit directement ses effets au profit ou à l'encontre du représenté » : traduction de G. LARDEUX *et al.*, *op. cit.*, p. 58) et l'article 100 K.C : « *Okoliczność, że pełnomocnik jest ograniczony w zdolności do czynności prawnych, nie ma wpływu na ważność czynności dokonanej przez niego **w imieniu** mocodawcy* » (« La circonstance selon laquelle le fondé de procuration est frappé d'incapacité partielle est indifférente pour l'appréciation de la validité des actes accomplis par lui au nom du constituant » : traduction libre).

§ 2 – La qualification de mandataire du dirigeant cantonnée aux rapports internes

211. Puisque le mandat est demeuré, dans le modèle germanique, un contrat dénué « d'effet représentatif »⁶⁷⁰, ce contrat ne pouvait par définition servir de fondement théorique à l'action des dirigeants dans la sphère externe. La physionomie de ce contrat le prédestinait – à l'inverse du droit français – à ne jouer qu'un rôle résiduel en droit des sociétés, conforme à son objet strictement interne, d'autant que le législateur allemand avait acté, dès l'A.D.H.G.B. de 1861, la séparation formelle entre les sphères sociales interne et externe⁶⁷¹.

212. Dans un premier temps, le législateur allemand a expressément attribué aux membres du *Vorstand* (directoire)⁶⁷² la qualité de mandataire, par la loi du 18 juillet 1884. Le régime du mandat de droit commun s'appliquait alors pleinement dans les rapports internes, c'est-à-dire entre les dirigeants et la société⁶⁷³. Tirant pleinement les conséquences de l'indépendance établie par le législateur entre les deux sphères sociales dans l'A.D.H.G.B., le H.G.B. est ensuite venu établir une distinction pour la qualification du rapport liant le dirigeant social à la société dans l'ordre interne, selon qu'il exerce ses fonctions gracieusement ou à titre onéreux, sur le modèle du droit commun. S'il perçoit une rémunération, la qualification de mandataire est écartée au profit de celle de prestataire de service ; dans cette hypothèse, ce n'est donc pas un mandat, mais un contrat de service (*Dienstvertrag*) qui lie le dirigeant à la société. Dans le cas contraire, la qualification de mandat (*Auftrag*) demeure⁶⁷⁴.

213. Le contenu du mandat social revêtant finalement un caractère « autosuffisant » dans les deux sphères sociales – puisque le législateur allemand régleme de manière impérative et quasi exhaustive les pouvoirs, obligations et responsabilités rattachés à ce titre – , il n'est plus besoin d'établir l'existence d'un tel rapport conventionnel interne, si

⁶⁷⁰ Cf. *supra*, n° 69 (droit polonais) et 59 (droit allemand).

⁶⁷¹ Cf. *supra*, n° 206.

⁶⁷² Le droit allemand ne connaît qu'un modèle de société anonyme, soit la société anonyme « dualiste », composée d'un directoire (*Vorstand*) et d'un conseil de surveillance (*Aufsichtsrat*). Il en est de même en droit polonais, le premier organe étant nommé « *zarzqd* », et le second « *rada nadzorcza* ».

⁶⁷³ R. BEAU, thèse préc., n° 37, p. 40.

⁶⁷⁴ R. BEAU, *loc. cit.* ; C. MANGEMATIN, thèse préc., n° 57, p. 53.

ce n'est pour préciser le contenu de la fonction du dirigeant et ses droits (en particulier, sa rémunération)⁶⁷⁵.

214. La dualité de rapports juridiques à même d'encadrer l'exercice de fonctions sociales dans le modèle germanique. La réglementation des pouvoirs des organes de direction en droit polonais étant modelée sur le droit allemand des sociétés, il convient par conséquent de distinguer semblablement, dans ces deux législations, le lien juridique qui lie le dirigeant à la société du fait de sa nomination aux fonctions sociales⁶⁷⁶ (le mandat social), du rapport contractuel liant, le cas échéant (puisque facultatif), les parties dans l'ordre interne, communément qualifié de « contrat de base »⁶⁷⁷.

Le premier rapport soumet à une réglementation exhaustive et impérative les pouvoirs, obligations et responsabilité attachés à la fonction de « mandataire » social, contenue dans le Code des sociétés en Pologne et dans le Code de commerce en Allemagne.

Dans les deux législations, le mandat social peut être secondé par un rapport interne, de nature contractuelle, liant le dirigeant et la société⁶⁷⁸, et encadrant également l'exercice du mandat social. Ce lien obligationnel ou contrat de base a pour objet de préciser ses modalités d'exercice, ainsi que les droits et obligations des parties⁶⁷⁹. Ce contrat ne peut avoir pour effet d'entraver l'application du droit commercial, qui réglemente de manière impérative le statut de dirigeant ; aussi, il n'influe jamais sur les pouvoirs, devoirs et obligations inhérents au mandat social. Dans la mesure où il ne concerne que les rapports entre le dirigeant et la société, ce contrat est facultatif et dénué

⁶⁷⁵ Cf. *supra*, note 679.

⁶⁷⁶ Qualifié en doctrine polonaise de « rapport organisationnel » : v. J. FRĄCKOWIAK A. KIDYBA J. NAPIERAŁA *et al.*, *Prawo spółek handlowych*. t. 2 B, System Prawa Handlowego, A. SZUMAŃSKI (réd.), 3^{ème} éd., 2019, pp. 282-283 ; E. PŁONKA, « Odpowiedzialność odszkodowawcza członków zarządu spółki kapitałowej wobec spółki », KPP 1994, n° 2, p. 210 ; E. KIZNER, « Rezygnacja członka zarządu sp. z o.o. ze sprawowanej funkcji – glosa – III CZP 89/15 », MoP. 2017, n° 9, p. 501. V. par ex. En jurisprudence polonaise, SN., 24 sept. 2008, II CSK 118/08. *Adde*, J. TRZEBIŃSKI, « Mandat a członkostwo we władzach spółek kapitałowych – prezentacja stanowisk », P.P.H. 1999, n° 12, pp. 29-39.

⁶⁷⁷ Sur cette notion, v. nos développements *infra*, n° 509.

⁶⁷⁸ Comme le relève Monsieur QUIEVY, dans le modèle germanique, « *la relation contractuelle ne s'insinue pas entre chaque associé et le dirigeant, mais entre celui-ci et la société* » : thèse préc., n° 133, p. 223.

⁶⁷⁹ Le contrat de base mentionne généralement des éléments qui ont trait à la gratification des dirigeants, aux attentes de la société, à la prise de connaissance des risques et des responsabilités encourus dans l'exercice des fonctions (éléments qui font déjà, pour partie, l'objet de dispositions législatives impératives dans les règles gouvernant le mandat social). Par exemple, en droit polonais, le législateur prévoit que c'est ce rapport qui peut mettre à la charge de la société l'obligation de rémunérer le dirigeant en contrepartie de l'exercice d'un mandat social au sein de celle-ci v. par ex., pour la SA, lart. 378, § 1, K.S.H.).

d'effet représentatif. Également, la nature juridique de ce contrat dépendra de ses attributs choisis par les parties.

215. Comme le contrat de mandat en droit allemand est demeuré un contrat de bienfaisance⁶⁸⁰, dans cette législation, les dirigeants sociaux sont le plus fréquemment liés à la société dans l'ordre interne par un contrat de service (*Dienstvertrag*). En Pologne, au contraire, le choix du mandat est répandu, dans la mesure où ce contrat est présumé avoir été conclu à titre onéreux⁶⁸¹.

216. La césure formelle entre les deux sphères sociales a même conduit le législateur polonais à consacrer expressément la possibilité pour les parties de choisir le contrat de travail comme contrat de base pour l'encadrement de l'exercice de fonctions sociales⁶⁸². Par exemple, en ce qui concerne les SA, l'article 378 § 1 k.s.h. prévoit que les membres du directoire peuvent être employés au titre d'un « *contrat de travail* »⁶⁸³ ou d'« *un autre contrat* » et l'article 370, § 1 dudit Code prévoit que leur révocation ne peut avoir pour effet de les « *priver des droits nés de leur contrat de travail ou de tout autre rapport*

⁶⁸⁰ Cf. *supra*, n° 55.

⁶⁸¹ Cf. *supra*, n° 71.

⁶⁸² Sur ce point, et de manière schématique, un auteur, Monsieur MUSZALSKI, expose dans une étude consacrée à la nature du « travail » des membres des organes de direction des sociétés commerciales, qu'à la différence du droit polonais (et du droit anglais à certains égards) où les dirigeants sont davantage considérés comme des travailleurs salariés (ou comme une « catégorie spécifique de travailleurs » : H. LEWANDOWKI, *Z zagadnień współczesnego prawa pracy*, Oficyna, 2009, p. 447), en droit allemand, ces derniers sont plutôt assimilés à des prestataires de service, bien que les litiges les opposant à la société relèvent de la compétence du tribunal du travail (*Arbeitsgericht*) : W. MUSZALSKI, « Charakter prawny pracy członka zarządu spółki handlowej », *PiP* 1992, n° 10, pp. 63-70.

Il n'en demeure pas moins que la doctrine polonaise considère que la contractualisation des fonctions sociales de direction dans le cadre d'un contrat de travail, rendue possible en droit polonais, revêt un caractère atypique : Z. GORAL P. PRUSINOWSKI, *Umowne podstawy zatrudnienia*, 1^{ère} éd., Varsovie : Wolters Kluwer Polska, 2012, p. 93 ; M. GIARO, « Członek zarządu spółki kapitałowej jako pracownik per facta concludentia », *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 2010, n° 9, p. 11. Plusieurs auteurs polonais n'hésitent pas à dénoncer les propositions doctrinales visant à caractériser la subordination des dirigeants sociaux (élément caractéristique du contrat de travail), car elles s'écartent de la définition de ce lien dans la Code du travail (*ibid.*), et de souligner que les contrats de droit civil sont mieux adaptés à la nature des fonctions directoriales en raison de la difficulté théorique et pratique à caractériser chez les personnes assumant ces fonctions un lien de subordination : R. SADLIK, « Zatrudnienie członków zarządu w spółkach kapitałowych », *Prawo Pracy* 1999, n° 8, p. 13.

⁶⁸³ La Cour suprême de Pologne (*Sąd Najwyższy*, ci-après, S.N.) avait déjà très tôt admis, dans un arrêt de 1936, que le statut de membre du directoire ne faisait pas obstacle à la conclusion d'un contrat de travail entre le mandataire social et la société : S.N., 12 mars 1936, I C 2232/35 : OSN 1937/2/46. Plus récemment, v. S.N., 7 janv. 2000, I PKN 404/99 : MoP 2001, n° 13, p. 697.

juridique relatif à l'exercice de la fonction de membre du directoire » (nous soulignons)⁶⁸⁴. La doctrine polonaise s'accorde pour affirmer que les « *autres contrats* » ou « *rappports juridiques* » visés par le législateur peuvent être aussi bien des contrats nommés (louage, prestation de service, mandat) que des contrats innommés⁶⁸⁵ (en particulier les contrats dits de management).

217. Un tel cumul de rapports de droit, visant l'exercice de fonctions identiques, se trouve au contraire, comme on le verra⁶⁸⁶, proscrit en droit français.

Cette circonstance s'explique par la prégnance de la théorie moniste sur le droit français des sociétés, nonobstant l'institutionnalisation croissante de la vie sociétaire amorcée par la loi de 1966.

Section 2 / La prégnance de la théorie moniste sur le droit français des sociétés depuis la loi de 1966 : analyse critique

218. La prégnance de la théorie moniste en France se manifeste à plusieurs égards. En premier lieu, elle rallie à sa cause de nombreux auteurs en doctrine, pour qui la loi de 1966 n'a pas remis en cause le statut de « mandataire-représentant » du dirigeant social, traditionnel en droit français. En second lieu, de nombreuses constructions et solutions jurisprudentielles – passées ou présentes – peuvent s'expliquer au moyen de cette théorie : on pense aux conditions prétoriennes encadrant le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail dans la société au sein de laquelle ce dernier est exercé ; aux décisions ayant tantôt admis, tantôt écarté, l'application des règles du mandat au dirigeant social ; à la reconnaissance pénible par les juges du principe de l'étendue impérative des pouvoirs des représentants statutaires des sociétés par actions dans la sphère externe.

Chacun de ces points sera développé.

219. **La conception contemporaine du dirigeant social en tant que mandataire dans la compréhension moniste de cette notion en droit français**⁶⁸⁷. En droit français, la loi

⁶⁸⁴ Traduction libre.

⁶⁸⁵ V. par ex. R. CZERNIAWSKI, *Zarząd spółki akcyjnej*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2013, p. 215.

⁶⁸⁶ Cf. *infra*, n° 224.

⁶⁸⁷ L'analyse proposée ne concerne que les dirigeants des sociétés qui intéressent notre étude et ne s'étend pas à la question de la nature juridique du lien unissant les dirigeants à l'ensemble des groupements personnifiés. Ainsi, il apparaît par exemple, depuis un arrêt de la première chambre civile du 5 février 1991, que « *le président*

de 1966 sonne le glas de la liberté des associés de façonner à leur guise les pouvoirs des dirigeants sociaux de sociétés commerciales dans l'ordre externe. Dans ces sociétés, les pouvoirs des dirigeants vis-à-vis des tiers sont désormais soustraits à la volonté des parties : ils ne peuvent plus en aménager le contenu⁶⁸⁸. En particulier, les clauses limitatives de pouvoirs sont inopposables aux tiers, indépendamment de leur bonne ou mauvaise foi⁶⁸⁹. Les règles de droit commun du mandat se trouvent ainsi évincées⁶⁹⁰, et les pouvoirs externes sont désormais « *totalelement imperméables à tout aménagement conventionnel* »⁶⁹¹.

220. Pour une partie de la doctrine française⁶⁹², le régime instauré par la loi de 1966 n'a pas remis en cause la nature juridique du lien unissant le dirigeant social à la société. Il est vrai que cette loi fait sienne la qualification de « mandataire » à l'égard des organes directoriaux, mais elle affirme, cette fois, que ces derniers sont les « *mandataires de la société* »⁶⁹³, qualification ponctuellement relayée en jurisprudence⁶⁹⁴. Également, cette loi

d'une association est un mandataire de cette personne morale dont les pouvoirs sont fixés conformément aux dispositions de la convention d'association » : Cass. 1^{ère} civ., 5 févr. 1991 : *Bull.* n°45 ; *Rev. soc.* 1991, p.773, note D. RANDOUX. On relèvera tout de même que l'hétérogénéité de la qualification juridique du lien unissant un dirigeant à un groupement est critiquée par une partie de la doctrine, qui prône l'élaboration d'un droit commun des groupements, indifférent à leur forme : v. not. D. RANDOUX, « Vers un droit commun des groupements », *J.C.P.* 1996, I, 3982 ; M.-L. COQUELET, « La loi du 24 juillet 1966, comme modèle de droit commun des groupements » in *Mélanges Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 195. *Contra*, v. Y. CHARTIER : « L'association, contrat dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation » in *Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p.195.

⁶⁸⁸ Pour les gérants de S.A.R.L., v. l'art. 49, al 4, et pour le président du conseil d'administration de SA, l'art. 113.

⁶⁸⁹ V. par ex., en jurisprudence Cass. com., 2 juin 1992, n° 90-18.313 : *Bull. civ.* IV, n° 213 (pouvoirs d'un gérant de S.A.R.L limités dans les statuts). – Civ. 3^{ème}, 24 janv. 2001, n° 99-12.841 : *Bull. civ.* III, n° 10 ; *D.* 2001. 704, obs. M. BOIZARD ; *ibid.* 2002. 471, obs. J.-C. HALLOUIN ; *AJDI* 2001. 471, obs. S. PORCHERON ; *Bull. Joby* 2001, § 137, p. 529, note F.-X. LUCAS (*idem*).

⁶⁹⁰ A.-C. ROUAUD, art. préc., n° 24, et la doctrine citée, note 115.

⁶⁹¹ A.-C. ROUAUD, *ibid.*, et les références citées, note 114.

⁶⁹² V. la doctrine citée *infra*, notes 696 à 700. Dans ce sens égal., v. N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé*, Paris : L.G.D.J., coll. Bibl. de droit privé, t. 410, 2004, n° 49 ; C. MANGEMATIN, thèse préc., n° 66, pp. 64 et s.

⁶⁹³ V. l'art. 39, al. 1^{er}, issu de la loi du 24 juillet 1966. Cette loi fait de surcroît référence au « mandat » reçu par les dirigeants : v. par ex. les art. 52, dernier al., 92, 95, 111, al. 1^{er}, et 115. Cette référence au « mandat » des dirigeants se retrouve aujourd'hui dans le Code de commerce : v. par ex. les art. L. 225-21 et L. 225-25, C. com.

⁶⁹⁴ V. par ex. Cass. crim., 1^{er} févr. 1972, n° 70-92.146 ; *J.C.P.* 1973, II, 17304, relatif au gérant d'une S.A.R.L. et 1^{ère} civ., 27 mai 1986, n° 84-16.420, préc., où les juges affirment que « *la qualité de mandataire (...) attribuée à certains organes dirigeants d'une société n'est pas nécessairement exclusive de celle de préposé* ».

investit le dirigeant social du titre de « *mandataire social* », dénomination qu'il est possible de retrouver à plusieurs reprises au sein du Code de commerce⁶⁹⁵.

Faisant écho aux doubles facettes du contrat de mandat, des auteurs affirment ainsi, au sujet de la gouvernance sociale, qu'elle constitue « *un tout avec une seule source, mais avec deux faces : une externe et une interne* »⁶⁹⁶. Selon ces auteurs, ce qui singularise la gouvernance sociale par rapport au droit commun du mandat, depuis cette réforme, est que la « *facette externe du mandat a un contenu et un effet réglementé par la loi* »⁶⁹⁷. Cette particularité n'aurait donc pas pour effet de transformer la nature juridique du mandat social : celui-ci constituerait tout de même un mandat⁶⁹⁸ – tout au plus serait-il question d'un mandat spécial⁶⁹⁹. Dans le même esprit, plutôt que de ranger les mandataires sociaux dans l'une ou l'autre des catégories de la représentation conventionnelle ou légale, une partie de la doctrine française considère que ces deux qualifications trouvent à s'appliquer en considération du rapport social en cause : en interne, la représentation serait conventionnelle ; à l'égard des tiers, elle serait légale, du fait de la définition légale des pouvoirs externes⁷⁰⁰.

221. Pour les partisans de ces qualifications, le rattachement du mandat social au contrat de mandat et/ou à la technique de la représentation conventionnelle se justifie au regard de la distinction qu'il convient de faire entre l'*origine* des pouvoirs des organes proprement dite, qui repose bien sûr un acte de volonté (celle des membres fondateurs, à l'origine de la constitution de la société et de la nomination des dirigeants aux fonctions sociales), et

⁶⁹⁵ V. les art. L. 225-37-3, L. 225-184, L. 612-5, L. 823-10, D. 225-104-1 et R. 612-6, C. com.

⁶⁹⁶ S. ASECIO, art. préc., n° 19.

⁶⁹⁷ S. ASECIO, *ibid.*

⁶⁹⁸ S. ASECIO, *ibid.* V. égal. H. AUBRY, « La responsabilité des dirigeants dans les sociétés par actions simplifiées », *Rev. soc.* 2005, n° 4, p. 793, n° 18, pour qui, dans l'ordre interne, le président de SAS est le mandataire principal qui peut, en application de l'article 1194 du Code civil, avoir recours à des mandataires substitués (des délégataires) ; B. LE BARS, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Responsabilité civile des dirigeants sociaux », avr. 2004 (actu. : juin. 2021), n° 54, qualifiant le dirigeant de mandataire de la société.

⁶⁹⁹ S. ASECIO, art. préc., n° 8.

⁷⁰⁰ Dans ce sens, G. WICKER, « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », art. préc., n° 9, et, du même auteur, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français », in D. MAZEAUD, *et al., op. cit.*, p. 52. V. égal. au sein de cet ouvrage, B. FAGES, « La représentation en droit des groupements » ; P. DIDIER, « Les origines de la représentation légale de la société », in *Mélanges M. Germain*, LexisNexis, 2015, pp. 273 et s.

la *répartition* de ce pouvoir qui seule, dans leur cas, est impérativement réglementée par le législateur⁷⁰¹.

L'unique conséquence juridique tenant à la définition légale des pouvoirs externes des organes de direction, caractéristique du mandat social, se situerait en définitive sur le plan de leur responsabilité envers la société en cas d'infraction aux restrictions statutaires de leur pouvoir vis-à-vis des tiers⁷⁰².

222. En réalité, le statut et les modalités de l'action d'un organe sont incompatibles avec la technique de la représentation et, plus généralement, du mandat, car dans le cadre de ces *deux instruments*, l'intermédiaire (représentant, mandataire) est, par définition, un tiers par rapport au constituant (représenté, mandant) lorsqu'il accomplit des actes juridiques ou matériels, ce qui n'est pas le cas de l'organe : le « mandataire social » *personnifié* en effet la société dans la réalisation de ces deux catégories d'actes⁷⁰³.

Ce critérium sera vérifié à l'occasion de l'analyse comparée des statuts d'organe et de substitut dans chacun des deux ordres – interne⁷⁰⁴ et externe⁷⁰⁵. Cet examen, qui s'impose en l'absence de frontières clairement établies entre ces deux catégories d'acteurs sociaux en droit français⁷⁰⁶, mettra en évidence cette différence irréductible dont résulte l'inéluctable exclusion de l'organe de ces deux qualifications juridiques bien connues.

223. La théorie moniste se trouve également relayée en jurisprudence.

C'est à l'aune de cette théorie qu'il est par exemple possible d'expliquer, en droit français, les conditions de cumul d'un mandat social avec un second rapport contractuel dans la société où le mandat est exercé, conditions qui se déclinent différemment de celles établies dans le modèle germanique⁷⁰⁷.

224. **Le cumul d'un mandat social et d'un second rapport contractuel dans la société au sein de laquelle le mandat est exercé en droit français.** Contrairement au modèle

⁷⁰¹ N. FERRIER, thèse préc., n° 74, p. 104 ; C. MANGEMATIN, thèse préc., n° 65, p. 64. Rapp. S. ASENSIO, art. préc., n° 18 et 22.

⁷⁰² V. l'art. L. 223-22, C. com. (gérants de S.A.R.L) ; l'art. L. 225-251 (directeur général de SA moniste) ; l'art. L. 227-8 (président et dirigeants de SAS), et l'art. L. 225-256 (membres du directoire de SA dualiste).

⁷⁰³ Cf. *infra*, n° 749 et s.

⁷⁰⁴ Cf. *infra*, Chapitre II, du Titre II, de la 2^{ème} Partie, n° 768 et s.

⁷⁰⁵ Cf. *infra*, Chapitre I, du Titre II, de la 2^{ème} Partie, n° 695 et s.

⁷⁰⁶ Cf. *infra*, n° 693.

⁷⁰⁷ Cf. *supra*, n° 213.

germanique⁷⁰⁸, en France, le cumul d'un mandat social avec un second rapport de nature obligationnel dans la société au sein de laquelle les fonctions sociales sont exercées ne se conçoit qu'avec un contrat de travail et, dans le cas où celui-ci ne serait pas exclu par les textes⁷⁰⁹, il est fondé sur l'exercice de fonctions *distinctes* du mandat social⁷¹⁰. Autrement dit, en droit français, chacun de ces rapports est réputé avoir un objet propre : d'un côté, l'exercice d'une fonction directoriale au titre du mandat social et, de l'autre, l'exercice d'une fonction technique distincte dans un rapport de subordination sur le fondement d'un contrat de travail⁷¹¹. Dans le cas contraire, la jurisprudence considère le cumul irrégulier⁷¹², ce qui aboutira généralement à la suspension⁷¹³, voire à la nullité⁷¹⁴, du contrat de travail.

225. La raison d'être du rapport contractuel interne n'est donc pas la même dans les deux modèles français et germanique : dans ce dernier, il a pour objet de préciser la nature des fonctions exercées par le dirigeant social dans l'ordre interne⁷¹⁵ et, dans le premier, il se justifie par l'exercice de fonctions réputées « étrangères » au mandat social.

226. À l'aune du droit français, de telles fonctions paraissent pourtant difficiles à caractériser au regard de la lettre des textes qui investissent le dirigeant social des pouvoirs « *les plus étendus pour agir en toute circonstance* ».

La logique de cette séparation se trouve également quelque peu mise à mal lorsqu'on la confronte à l'objet de la technique de la délégation de pouvoirs, qui vise précisément à associer son titulaire à l'exercice d'une fonction directoriale (le délégataire peut d'ailleurs être pénalement responsable en lieu et place du chef d'entreprise précisément sur ce fondement⁷¹⁶). Une même fonction serait donc de nature « directoriale »

⁷⁰⁸ Cf. *supra*, n° 213 à 216.

⁷⁰⁹ Ainsi, dans la SA moniste, le cumul n'est admis que dans un sens : les salariés peuvent être nommés administrateurs, mais pas l'inverse (un administrateur ne saurait conclure un contrat de travail avec la société après sa nomination aux fonctions sociales : art. L. 225-22 C. com., *a contrario*).

⁷¹⁰ Le législateur français est demeuré hermétique à l'idée qu'un second rapport juridique puisse venir préciser les contours du mandat social dans l'ordre interne, si ce n'est par la volonté des associés dans les statuts.

⁷¹¹ G. AUZERO et N. FERRIER, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social », avr. 2021, spéc. n° 18.

⁷¹² V. par ex., Cass. soc. 29 avr. 2009, n° 08-41.072. – Soc. 17 oct. 1990, n° 87-43.135. – Soc. 7 juin 1988, n° 86-17.229 : *Bull. civ.* V, n° 191.

⁷¹³ G. AUZERO et N. FERRIER, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social », *op. cit.*, n° 88 et s.

⁷¹⁴ G. AUZERO et N. FERRIER, *ibid.*, n° 80 et s.

⁷¹⁵ Cf. *supra*, n° 213.

⁷¹⁶ Cf. *infra*, n° 771 et s.

lorsque remplie par un délégué, mais « technique et séparée » lorsqu'exercée par un mandataire social au titre d'un contrat de travail (et dans le cadre d'un cumul régulier).

227. Il est enfin possible de relever des exemples d'imbroglio jurisprudentiels entre les rapports en cause dans chacune des deux sphères sociales, sur fond de solutions contradictoires. En témoigne, bien qu'elle soit inédite, une affaire récente du 18 septembre 2019⁷¹⁷, dans laquelle les juges ont conclu 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 [ordre interne]* » au motif que « *le dirigeant social d'une société détient un pouvoir de représentation de la société, d'origine légale [ordre externe]* ». Des auteurs ont souligné que bien que cette espèce concerne un gérant de SNC, la solution devrait trouver à s'appliquer dans toutes les sociétés⁷¹⁸.

La théorie moniste qui fonde ce raisonnement pourrait au contraire se trouver ébranlée dans les décisions à venir, dans la mesure où certaines des règles internes du contrat de mandat sont adaptées pour préciser le contenu des rapports entre la société et

⁷¹⁷ Cass. com., 18 sept. 2019, n° 16-26.962 : RJDA 2019, n° 12, pp. 921-922 ; *Gaz. Pal.* 2019, n° 44, pp. 75-75, note C. BARRILLON ; *Dr. sociétés* 2019, n° 12, pp. 18-20, note R. MORTIER ; J.C.P. éd. E. 2019, n° 50, pp. 29-32, note J. GALLOIS et n° 48, pp. 19-21, note F. DEBOISSY et G. WICKER ; *B.J.S.* 2020, n° 1, pp. 11-14, note D. PORACCHIA ; *D.* 2019, n° 39, pp. 2169-2175, note C. FRANÇOIS, et n° 41, pp. 2257-2258, note F. BUY.

⁷¹⁸ R. MORTIER, « L'impossible report de la responsabilité du dirigeant sur la société », note sous Cass. com., 18 sept. 2019, n° 16-26.962, *Dr. sociétés* 2019, n° 12, pp. 18-20.

son dirigeant⁷¹⁹. Une jurisprudence à contre-pied de la solution exposée⁷²⁰ a d'ailleurs déjà eu l'occasion de puiser, par le passé, dans le contenu de ces règles⁷²¹.

228. Un autre exemple de désordre jurisprudentiel imputable à la prégnance de la théorie moniste se révèle dans le contentieux ayant un temps intéressé le régime applicable aux

⁷¹⁹ Une partie de la doctrine considère d'ailleurs qu'il est possible d'identifier dans la sphère sociale interne un contrat de direction sociale qui correspondrait à la facette interne du contrat de mandat : v. J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 136 et s., pp. 225-231, qui admet toutefois que cette interprétation se heurte, de *lege lata*, à la nature délictuelle de la responsabilité des dirigeants sociaux envers la société. Ce rapport obligationnel interne intéresserait dans tous les cas les rapports mutuels du dirigeant et de la société, et non ce premier et les associés ainsi que le suggère une partie de la doctrine, pour laquelle ces derniers seraient liés par une forme de « contrat de gérance pour les associés ». Cette interprétation achoppe en effet à plusieurs données essentielles. Comme le relève Monsieur QUIEVY, la nature contractuelle des obligations de gestion et de loyauté pesant sur le dirigeant envers les associés s'avère par exemple discutable. En effet, en ce qui concerne l'obligation de gestion, l'inefficacité du *quitus* (c'est-à-dire l'impossibilité pour les associés de renoncer à sanctionner l'exécution défectueuse par le dirigeant de sa mission), des clauses d'avis ou d'autorisation, contreviennent pleinement à la liberté qu'ont les contractants d'aménager les conditions de leur responsabilité contractuelle. Il n'est pas autrement possible de déduire la qualité de cocontractant du dirigeant du seul fait qu'il soit tenu par une obligation de loyauté (obligation consacrée par la jurisprudence dans un arrêt « Vilgrain » de la chambre commerciale du 27 février 1996, n° 94-11.241 : *Bull. civ.* IV, n° 65 ; *D.* 1996. 518, note Ph. MALAURIE ; *J.C.P.* 1996. II. 22665, note GHESTIN) ; de telles obligations sont en effet fréquemment mises à la charge de personnes qui ne sont pas liées par un contrat à celles qui en bénéficient (ainsi du tuteur par exemple, tenu de faire preuve de loyauté vis-à-vis de l'incapable qu'il représente) : *ibid.*, n° 132, p. 222.

⁷²⁰ V. en particulier : CA Reims, 28 déc. 1978 : BRDA 11/79, ayant retenu, à propos d'un gérant de S.A.R.L., que « dans ses rapports avec la société, le gérant n'est qu'un mandataire chargé d'assurer la gestion de la société ». V. égal. Cass. 1^{ère} civ., 27 mai 1986, n° 84-16.420, préc., où les juges relèvent « la qualité de mandataire (...) attribuée à certains organes dirigeants d'une société (...) ».

⁷²¹ V. Cass. com., 15 nov. 2016, n° 15-16.070 (F-P+B) : RJDA 2017, n° 2, p. 129 ; *Dr. sociétés* 2017, n° 2, pp. 59-60, note J.-P. LEGROS ; RJC 2017, n° 3, pp. 359-360, note C. LEBEL ; *BJE* 2017, n° 2, pp. 134-135, note T. FAVARIO ; *B.J.S.* 2017, n° 3, pp. 193-195, note A. SOTIROPOULOU (une action en reddition de comptes de l'article 1993 du Code civil engagée par un liquidateur judiciaire contre le dirigeant d'une société en procédure collective est validée par la Cour). – 1^{ère} civ., 12 nov. 2015, n° 14-23.240 : *Bull. civ.* IV ; RTD civ. 2016.105, obs. H. BARBIER ; *Droit. & patr.* juin 2016, n° 259, p. 80, note. D. PORACCHIA (les juges recourent à l'article 1984 du Code civil pour déterminer la sanction applicable à un acte conclu par une société privée de dirigeant). – Soc., 1^{er} févr. 2011, n° 10-20.953 : *Bull. civ.* I, n° 43 ; *D.* 2011. 440, obs. A. LIENHARD ; RJS 2011, n° 4, pp. 320-321 ; *Dr. sociétés* 2011, n° 4, pp. 15-17, note M.-L. COQUELET ; *B.J.S.* 2011, n° 5, pp. 375-378, note B. DONDERO ; RJDA 2011, n° 4, pp. 267-270, note D. GIBIRILA, appliquant, à propos de la démission d'un dirigeant de société, l'article 2007 du Code civil, relatif à la « renonciation » du mandataire.

pouvoirs des représentants statutaires de SA⁷²² et de SAS⁷²³. L'hermétisme des juges à la césure de l'étendue des pouvoirs de cette catégorie d'acteurs dans les deux sphères sociales n'était pas sans faire écho aux solutions retenues à l'égard des pouvoirs du gérant de S.A.R.L. en application des textes de 1925⁷²⁴. En dépit de la consécration formelle de l'étendue impérative de leur pouvoir d'action dans l'ordre externe, la Cour de cassation a dû, pour chacune de ces deux formes sociales, se réunir en formation solennelle afin de donner pleinement effet à des textes pourtant dénués d'ambiguïté⁷²⁵.

⁷²² L'art. 117, al. 2, de la loi de 1966 a posé le principe selon lequel « [I]es directeurs généraux [devenus les directeurs généraux délégués] disposent, à l'égard des tiers, des mêmes pouvoirs que le président [qui était l'organe légal de représentation de la SA jusqu'à la « loi NRE » de 2001] ». Nonobstant la lettre du texte, la jurisprudence a d'abord opposé une résistance à la reconnaissance du caractère impératif de leurs pouvoirs : v. par ex., Cass. soc., 27 mai 1992, n° 88-42.594 : *Bull.* 1992 V, n° 338, p. 211, J.C.P. éd. E., 1992, PAU, n° 31 (« si l'article 117, alinéa 2, de la loi du 24 juillet 1966, ainsi que l'article 15 des statuts de la société GML attribuent au directeur général de la société, à l'égard des tiers, les pouvoirs conférés au président du conseil d'administration, il n'en résulte pas que le directeur général puisse ester en justice au nom de la société, en l'absence d'une délégation spéciale donnée par le conseil d'administration ou d'une clause particulière des statuts »). V. déjà en ce sens, Crim. 6 mai 1985, n° 84-90.316 : *Rev. soc.* 1985. 580, note B. BOULOC.

⁷²³ La loi du 1^{er} août 2003 a investi les directeurs généraux (et directeurs généraux délégués) de SAS d'un pouvoir d'action dans la sphère externe identique à celui du président dans les rapports avec les tiers (art. L. 227-6, al. 3, C. com.). En dépit de la clarté des textes, une partie de la jurisprudence a subordonné l'application de l'article L. 227-6, al. 3, C. com., à l'existence d'une clause expresse dans les statuts conférant aux représentants statutaires de la SAS des pouvoirs de représentation identiques au président (v. not. Cass. com., 14 déc. 2010, n° 09-71.712 : *Bull.* 2010, IV, n° 205. – CA Versailles, 24 sept. 2009, n° 08-02615 : RJS 2/10, p. 134 ; *B.J.S.* 2010, n° 1, p. 37, note A. COURET ; *Dr. soc.* 2010, comm. 25, note D. GALLOIS-COCHET ; *S.S.L.* 2010, n° 1449 ; *S.S.L.* 14 déc. 2009, n° 1425, note A. RIMARZ. – Paris, 21 mars 2007, n° 06-17919 : *B.J.S.* 2007, n° 10, p. 1083 ; *RJDA* 7/2007, n° 743, confirmé par Com., 3 juin 2008, n° 07-14.457 : *BRDA*, 2008/13, inf. 5 ; *Rev. soc.* 2008, p. 612, note P. LE CANNU), condition à laquelle certaines juridictions ont ajouté l'exigence de publication du contenu de cette habilitation au RCS (en ce sens, v. CA Versailles, 19 janv. 2010, n° 09-00597. – Versailles, 24 sept. 2009, n° 08-02615, préc. – Versailles, 25 juin 2008, n° 08-01978 : *R.T.D. fin.* 2008, n° 4, p. 121, obs. D. PORACCHIA ; *Rev. soc.* 2008, p. 912, note I. URBAIN-PARLEANI, confirmé par Cass. 2^{ème} civ., 4 juin 2009, n° 08-18.256 (inédit) : *B.J.S.* 2010, n° 1, p. 39, note A. COURET ; *Dr. & patr.* 2010, n° 190, p. 102, note D. PORACCHIA. *Contra*, v. p. ex. Versailles, 24 juin 2008, n° 07-02686 : *S.S.L.* 2008, comm. n° 1366, note A. CŒURET, jugeant qu'un directeur général de SAS, qui dispose, sur le fondement des statuts, des mêmes pouvoirs que le président, peut déléguer le pouvoir de licencier (avec faculté de subdélégation), sans avoir à remplir d'autres conditions.

⁷²⁴ Cf. *supra*, n° 202.

⁷²⁵ En ce qui concerne les directeurs généraux délégués de SA, c'est un arrêt d'assemblée plénière du 18 novembre 1994 qui a restitué une lecture fidèle de cet article : Ass. Plén., 18 nov. 1994, n° 90-44.754 : *Bull. civ. ass. plén.* n° 6, D. 1995. 101, concl. M. JEOL, note D. COHEN ; *Rev. soc.* 1995. 296, note Ph. MERLE ; J.C.P. éd. N. 1995. 734, note VIANDIER ; *B.J.S.* 1995, n° 1, p. 61, note P. LE CANNU ; *R.T.D. com.* 1995, p. 127, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET, et 145, obs. B. PETIT et Y. REINHARD ; J.C.P. 1995, éd. E, II. 649, note A. VIANDIER ; *Gaz. Pal.* 1995, 1, p. 348, note Y. CHARTIER ; *Dr. soc.* 1995, n° 32, note D. VIDAL : selon la Cour, « le directeur général d'une société anonyme [devenu depuis la loi NRE le directeur général délégué] tient des dispositions combinées des articles 113, alinéas 1 et 2, et 117, alinéa 2, de la loi du 24 juillet 1966 le pouvoir d'ester en justice au nom de la société, au même titre que le président du conseil d'administration ». En ce qui concerne les représentants statutaires de SAS, ce sont les arrêts de la chambre mixte du 19 novembre 2010 : ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095, P+B+R+I (décision SAS WHIRLPOOL contre CA Versailles, 5 nov. 2009, n° 08-00416) et n° 10-30.215, P+B+R+I (décision SAS ED contre Paris, 3 déc. 2009, n° 09-05422 : *Lexbase Hebdo*, éd. G., avr.

229. **Conclusion de la Section 2.** En conclusion, si la loi de 1966 acte l'existence de deux sphères sociales – sur le modèle du droit allemand, dont elle est d'ailleurs directement inspirée⁷²⁶ – elle n'a pas abouti à une dissociation juridique des rapports de droit susceptibles d'intéresser respectivement chacun de ces deux ordres.

Cela s'explique par le fait que les règles de droit commun soient demeurées induites par la théorie moniste.

230. Le législateur français n'opérant pas de dissociation formelle entre les rapports interne et externe en droit commun, c'est naturellement à l'aune de la théorie moniste que la délégation de pouvoirs a été analysée en droit des sociétés.

2010, n° 391, note V. TECHENE, C. MICHELET-QUINQUIS, et A. LEON-OULIE) : R.T.D. com. 2011, p. 130, note B. DONDERO et P. Le CANNU ; *D.* 2011. 344, obs. A. LIENHARD ; *D.* 2010.123, chron. V. VIGNEAU ; *D.* 2011. 314, note A. OUTIN-ADAM et M. CANAPLE ; *D.* 2011, p. 344, note F. MARMOZ ; avis Avocat gén. D. ALLIX, *RJDA* 1/2011, p. 9 ; *Dr. soc.* 2011, Études 2 et 30, obs. D. GALLOIS-COCHET ; *J.C.P.* éd. E. 2010, p. 2049, obs. A. COURET et B. DONDERO ; *Rev. soc.* 2011, p. 34, note P. Le CANNU ; *B.J.S.* 2010, p. 981, n° 214, note M. GERMAIN et P.-L. PERIN ; S. SCHILLER, *Dr. soc.* 2011, étude n°1, p. 14 ; *RLDA* 2011, n° 57, p. 45, note P.-H. ANTONMATTEI ; *RJC* 2011, n° 1, p. 36, note S. JAMBORT ; *Lexbase Hebdo* – éd. A. 2010, n° 229, note B. SAINTOURENS ; *S.S.L.*, n° 1477, 31 janv. 2011, note P. HENRIOT ; H. MOUBSIT, *LPA* 2011, n° 37, p. 18 ; *RJS* 2011, n° 2, p. 83, note G. AUZERO et N. FERRIER.

⁷²⁶ En effet, la loi de 1966 opère une transposition anticipée en droit interne de la directive du 9 mars 1968 (1^{ère} dir. CEE n° 68/ 151 du Conseil, du 9 mars 1968, abrogée et remplacée par la directive n° 2009/101/CE du 16 septembre 2009, puis par la directive n° 2017/1132/UE du 14 juin 2017) qui a été expressément modelée sur cette législation, en particulier en ce qui concerne « l'élaboration des dispositions du paragraphe 2 de l'article 11 » (devenu l'article 9, § 2, dans la version définitive du texte, d'après lequel « [l]es limitations aux pouvoirs des organes de la société, qui résultent des statuts ou d'une décision des organes compétents, sont toujours inopposables aux tiers, même si elles sont publiées ») : Rapport BERKHOUWER, R.T.D. eur. 1966. 434, n° 64. Adde, R. SINAY, « La proposition de directive européenne en matière de sociétés commerciales et le projet français », *Gaz. Pal.* 1965, 1, doct., p. 38.

Section 3 / Critique de l'analyse unitaire ou moniste de l'institution de la délégation de pouvoirs

231. L'essentiel des définitions doctrinales de la technique de la délégation de pouvoirs – qui ont pour point commun d'adopter une conception unitaire de ce mécanisme –, témoigne de ce que, *de lege lata*, la construction théorique et l'analyse les plus répandues de ce mécanisme, en doctrine, imitent la théorie moniste du contrat de mandat propre au droit civil français.

232. **Les définitions doctrinales de la délégation de pouvoirs.** Les auteurs adoptent, de façon quasi unanime, une conception unitaire de la délégation de pouvoirs en tant que technique habilitant à exercer *le pouvoir directorial* au nom et pour le compte d'une société, qui opère « un transfert »⁷²⁷ de responsabilité pénale du délégant sur le délégataire lorsque les modalités d'exercice du pouvoir délégué sont pénalement sanctionnées. Monsieur GIBIRILA écrit par exemple que la délégation de pouvoirs correspond à « *l'acte juridique par lequel, au sein d'une société, une personne physique, le délégant, se dessaisit [sic] au profit d'une autre personne physique, le délégataire, d'une partie de ses pouvoirs. Ce dernier, exerçant les attributions qui lui ont été transférées [sic], engage sa responsabilité en cas de manquement à une obligation pénalement sanctionnée* »⁷²⁸. De même, Monsieur FERRIER – qui a consacré sa thèse à une analyse systématique de la délégation en tant que technique conventionnelle d'organisation de l'entreprise – définit celle-ci « *comme le mécanisme par lequel une personne, le délégant, habilite une autre, le délégataire, à exercer un pouvoir dont il conserve la maîtrise* »⁷²⁹ ; l'objet de la délégation écrit encore l'auteur est « *d'habiliter une personne à exercer le pouvoir de direction au nom et pour le compte de l'entrepreneur* »⁷³⁰. Un rapport de la Cour de cassation, rendu à propos des arrêts de la chambre mixte du 19 novembre 2010, définit quant à lui la délégation de pouvoirs « *comme l'acte par lequel le titulaire initial d'un pouvoir légitime habilite une autre personne à prendre à sa place certaines décisions afin d'accomplir une fonction déterminée [...]* »⁷³¹.

⁷²⁷ En ce sens, v. la littérature citée *infra*, note 1519.

⁷²⁸ D. GIBIRILA, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 5.

⁷²⁹ N. FERRIER, thèse préc., n° 13, p. 27.

⁷³⁰ N. FERRIER, *ibid.*, n° 5, p. 19.

233. Si les définitions susmentionnées révèlent qu'il existe un désaccord sur la question de savoir si la délégation opère ou non un transfert de pouvoirs⁷³², elles ont en revanche pour point commun d'appréhender cette technique en tant que mécanisme juridique unique, sans égard, notamment, à la nature interne ou externe des pouvoirs délégués⁷³³ et aux rapports en cause (entre le délégataire et la société d'une part (ordre interne), et entre la société et les tiers à raison des actes juridiques conclus en son nom par le délégataire, d'autre part (ordre externe)). En d'autres termes, la délégation de pouvoirs engloberait deux aspects : à la fois l'action *pour le compte* d'autrui (le rapport interne) et *au nom* d'autrui (le rapport externe).

Par comparaison, ces deux versants sont entièrement dissociés dans le modèle germanique, comme en témoigne la prokura : tout en investissant son titulaire de pouvoirs « illimités » vis-à-vis des tiers – comparables à ceux des organes de direction⁷³⁴ –, elle ne confère, en elle-même, aucun pouvoir de gestion dans la sphère sociale interne⁷³⁵.

⁷³¹ V. M. ANDRE, Rapp. ss Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, préc.

⁷³² Ce que nous refutons : cf. *infra*, n° 524 et s.

⁷³³ Sur ce distinguo, v. *infra*, n° 274 et s. (en ce qui concerne la distinction entre le pouvoir de gestion et le pouvoir de représentation), et n° 347 et s. (en ce qui concerne la distinction entre le pouvoir de décision et le pouvoir d'exécution).

⁷³⁴ Cf. *infra*, n° 307.

⁷³⁵ Cf. *infra*, n° 302 et 303.

234. Les analyses doctrinales françaises de la délégation de pouvoirs imitent donc la conception de la structure (unitaire) et de l'objet du mandat (englobant les rapports interne et externe) traditionnelle au droit français. Cette technique aurait donc, suivant cette conception, deux facettes qu'il serait possible de rattacher à un rapport de droit unique. Où l'on pressent déjà qu'il sera possible de dénoncer, à l'endroit de cette interprétation, les mêmes failles que celles qu'il a été possible de déceler en ce qui concerne l'analyse du mandat de droit commun en tant que composé unitaire⁷³⁶, d'autant que c'est précisément à la qualification de mandat (voire de mandat spécial) que la délégation de pouvoirs se trouve le plus souvent rattachée, non seulement en doctrine, mais également par les juges.

235. **L'assimilation de la délégation de pouvoirs au contrat de mandat en jurisprudence.** Bien que la jurisprudence ne se soit jamais prononcée directement sur la nature juridique de la délégation, elle semble conforter l'assimilation entre les deux institutions : les différentes chambres de la Cour de cassation emploient les notions de mandat et de délégation comme des synonymes⁷³⁷ ou vérifient l'existence d'un mandat pour confirmer l'habilitation du délégataire⁷³⁸. Dans les litiges mettant en cause les actes effectués par un prétendu délégataire, les juges s'inspirent du régime du mandat de droit commun ; en attestent les visas des arrêts de cassation, qui se réfèrent d'ordinaire aux articles 1984 et s. du Code civil⁷³⁹.

En doctrine, somme toute, rares sont les auteurs qui nient l'assimilation de la délégation au contrat de mandat⁷⁴⁰ ou qui la mettent en question⁷⁴¹.

236. La théorie moniste se révèle au travers de la dénomination même de cette institution. La notion de « délégation *de pouvoirs* » suggère en effet que l'institution se rapporte, dans toutes ses modalités d'application, à un objet juridique univoque, consistant dans l'exercice de *prérogatives juridiques* (la notion de pouvoir renvoyant incontestablement à cette catégorie juridique). Toujours dans une logique unitaire, cette dénomination permet également d'englober uniformément les différentes prérogatives pouvant faire, en pratique, l'objet d'une délégation, sans égard à leur nature interne ou externe⁷⁴².

⁷³⁶ Cf. *supra*, n° 170.

⁷³⁷ V. par ex., Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.200 (FS-P+B+R) : *Bull. civ.* V, n° 191 ; BS 12/09, n° 946 ; RJS 12/09, n° 898 : « attendu que le directeur des ressources humaines de la société mère (...) peut recevoir

237. **Les « pouvoirs » objet de la délégation.** La délégation de pouvoirs n'est pas, comme c'est le cas de la prokura⁷⁴³, exclusivement un instrument de représentation de

mandat pour procéder à l'entretien préalable et au licenciement d'un salarié employé par ces filiales, sans qu'il soit nécessaire que la délégation de pouvoir soit donnée par écrit ». – Soc., 19 janv. 2005, n° 02-45.675 : *Bull.* 2005 V, n° 10 p. 8 ; R.T.D. com. 2005, p. 553, note P. Le CANNU ; J.C.P. éd E., 2005, n° 29, p. 1235, note A. MARTINON ; *B.J.S.* 2005, n° 6, p. 719, note H. Le NABASQUE ; RJS 3/05, n° 255 ; RJDA 5/05, n° 560. – Crim., 14 déc. 1999, n° 99-80.104 : *Bull. crim.*, n° 306 ; *B.J.S.* 2000, p. 642, obs. J.-F. BARBIERI ; *Dr. pén.* 2000, comm. 56, 2^e arrêt, note M. VERON ; R.S.C. 2000, p. 600, obs. B. BOULOC et p. 851, obs. G. GIUDICELLI-DELAGE. : « *le directeur de chantier (...) a été institué délégataire par chacune des sociétés dont chacun des représentants a signé la délégation ; le mandat ainsi confié ne heurte aucune disposition légale ou tirée des principes généraux du droit et doit être reconnu comme valable* ». V. égal. CA Paris, 25 janv. 2018, n° 17-01.883 : *Revue soc.* 2018, n° 9, p. 500, note Ph. DIDIER : « *la délégation de pouvoirs donnée par l'ancienne direction subsiste jusqu'à preuve contraire dès lors que le directeur général confie, au nom et pour le compte de la société, à une personne investie d'une fonction déterminée, le mandat de représenter la société, personne morale, dans les limites de ses attributions. En effet, le mandat de représentation est reçu de la société (...)* ». – Versailles, 5 mai 2010, n° 09-2869 : « *Les statuts de la SAS (...) rappellent que le président dispose des pouvoirs les plus étendus et qu'il « pourra procéder à toute délégation de pouvoirs, par mandats spéciaux (...). Il n'est pas exigé qu'un tel mandat, dont l'acceptation peut être simplement tacite, soit écrit.* ».

⁷³⁸ V. par ex. Cass. soc., 6 juill. 2004, n° 02-43.322 (inédit) : RJS 2004, n° 127 : « *Attendu que pour faire droit à la demande du salarié, l'arrêt, par motifs propres et adoptés, énonce que le directeur de la société Aspirotechnique [le délégataire], tiers à la société Netex, ne justifiant pas avoir reçu mandat de l'employeur pour licencier M. X. (...)* ». – Soc., 23 nov. 2011, n° 10-20.288 (inédit) : note L. GODON (parmi 3 espèces), *Rev. soc.* 2012. 169, n° 8 ; obs. F.- J. PANSIER, *Bull. du travail* janv. 2012, n° 237, p. 21 : « *(...) le pouvoir de licencier un salarié peut faire l'objet d'un mandat, dès lors qu'il n'est pas confié à une personne extérieure à l'entreprise* ».

⁷³⁹ V. par ex., Cass. soc., 16 janv. 2013, n° 11-26.398 (inédit) : *B.J.S.* 2013, n° 4, p. 275, note P. Le CANNU ; J.C.P. éd. G. 2013, n° 15, p. 727, note D. JACOTOT et V. THOMAS ; RJC 2013, n° 3, p. 240, note S. JAMBORT ; D. 2015. 2301, note S. VERNAC (rendu au visa des art. 1984 et 1998, C. civ.). – Com., 17 janv. 2012, n° 10-24.811 (F- P+B) : *Rev. soc.* 2012. 627, note V. THOMAS ; *Dr. soc.* 2012, n° 5, p. 15, note R. MORTIER ; D. 2012. 371 ; *B.J.S.* 2012, n° 182, p. 293, note D. PORACCHIA (rendu au visa des art. 1984 et 2003, C. civ.). – Soc., 5 juill. 2011, n° 10-21.161 (inédit) : *B.J.S.* 2011, n° 11, p. 870, note G. KESSLER et J. SCHINKEL, *Dr. social* 2011, n° 9/10, p. 1001, note F. DUQUESNE (rendu not. au visa des art. 1984 et 1998, C. civ.). – Com., 15 mars 2005, n° 03-13.032 : *Bull. civ.* IV, n° 64, p. 68, D. 2005. 957, obs. A. LIENHARD ; J.C.P. éd. E. 2005, n° 27-28, p. 1165, *Dr. soc.* 2005, n° 119, *B.J.S.* 2005, n° 8, p. 972, note D. VIDAL (rendu not. au visa des art. 1984 et 2003, C. civ.). – Soc. 23 nov. 2011, n° 10-20.288, préc. (rendu not. au visa des art. 1984 et 1998, C. civ.). – Soc. 15 déc. 2010, n° 09-40.492 (inédit), D. 2011. 314, note A. OUTIN-ADAM et M. CANAPLE (parmi 3 espèces) ; R.J.S. 04/11, n° 4, p. 274 (parmi 2 espèces) ; *Rev. soc.* 2011, n° 2, p. 100, note A. LIENHARD (parmi 2 espèces) (rendu not. au visa de l'art. 1998, C. civ.). – Ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095 et n° 10-30.215, préc., (rendus not. au visa des art. 1984 et 1998, C. civ., pour le premier, et au visa de l'art. 1998, pour le second).

⁷⁴⁰ V. les auteurs cités *infra*, note 81.

⁷⁴¹ V. par ex., P. Le CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, 3^{ème} éd., 2009, n° 503, p. 332, soulevant la question de savoir, à propos de la délégation de pouvoirs, s'il « *s'agit (...) d'un mandat donné par la personne morale, ou d'une partition temporaire du pouvoir légal dont telle personne est investie au sein d'une personne morale ?* ».

⁷⁴² Sur cette distinction, v. *infra*, n° 274 et s. (en ce qui concerne la distinction entre le pouvoir de gestion et le pouvoir de représentation), et n° 347 et s. (en ce qui concerne la distinction entre le pouvoir de décision et le pouvoir d'exécution).

⁷⁴³ *Cf. infra*, n° 295 et s.

l'entrepreneur ou, plus exactement, un instrument au service des relations de la société avec les tiers⁷⁴⁴ (clients, fournisseurs, etc.). Comme l'a jugé la chambre criminelle de la Cour de cassation dans quatre arrêts de principe du 11 mars 1993, elle peut intervenir dans tous les pans de la direction, pourvu qu'elle ne soit pas prohibée par un texte spécial⁷⁴⁵.

S'il est indéniable que la représentation du groupement constitue un « *domaine d'élection de la délégation de pouvoirs* »⁷⁴⁶ – il s'agirait « *même d'un domaine obligé dès lors que la société atteint une certaine dimension* »⁷⁴⁷ –, celle-ci peut en définitive porter sur l'un des trois pouvoirs traditionnellement distingués en droit des sociétés⁷⁴⁸ : aux côtés de la représentation, elle peut viser la gestion des affaires sociales (la direction *stricto sensu*)⁷⁴⁹ et/ou le pouvoir de contrôle⁷⁵⁰.

⁷⁴⁴ Dans ce sens, N. FERRIER, thèse préc., n° 23, p. 38 ; F. MARMOZ, thèse préc., p. 160, qui affirme qu'« *il est acquis que la délégation de pouvoir n'est pas la représentation* ». Remarquons néanmoins que cette technique se trouve généralement étudiée au sein des ouvrages dans les développements consacrés aux organes de représentation : v. par ex., P. Le CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés, op. cit.*, n° 505 (droit commun des sociétés) et n° 987 (représentation de la SAS). Les auteurs retiennent toutefois une acception large de la notion de représentation, qui se décline en deux aspects : un aspect interne (manifestation de la volonté de la société) et un aspect externe (relation de la société avec les tiers).

⁷⁴⁵ Aux termes de ces arrêts, « *sauf si la loi en dispose autrement, le chef d'entreprise qui n'a pas personnellement pris part à la réalisation de l'infraction peut s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il rapporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité, des moyens nécessaires* » : Cass. crim., 11 mars 1993, n° 90-84.931, n° 92-80.773, n° 91-80.958 et n° 91-80.598 : *Bull. crim.*, n° 112, p. 270 ; J.C.P. éd. E. 1994, n° 17, pp. 99-101, note J.-H. ROBERT ; *B.J.S.* 1993, n° 6, pp. 666-671, note M.-A. CARTIER ; BRDA 1993, n° 8, pp. 4-5 ; J.C.P. éd. E. 1993, Pan. n° 594, p. 187 ; *D.* 1993. IR 132. Antérieurement à cet arrêt, la jurisprudence circonscrivait essentiellement le domaine de la délégation au service de l'hygiène et de la sécurité de l'entreprise : F. FRANÇOIS, E. DE FRONDEVILLE et A. MARLANGE, *Dirigeant de société 2015/2016*, 3^{ème} éd., Delmas, coll. Encyclopédie Delmas, 2015, p. 253, n° 161.29. V. par ex. en jurisprudence : Cass. crim., 27 févr. 1979, n° 78-92.381 : *Bull. crim.*, n° 88, p. 251. – Crim., 8 mars 1988, n° 87-83.883 (inédit). – Crim., 26 mai 1994, n° 93-83.180 : *Bull. crim.*, n° 208, *D.* 1995. 110, note Y. REINHARD. Ces différents arrêts se prononcent sur la validité de délégations consenties à des préposés aux fins de diriger un chantier et d'assurer la sécurité des ouvriers.

⁷⁴⁶ F. MASQUELIER, D. VIDAL, « Les délégations de pouvoir dans la société anonyme » in *Droit des sociétés*, L.G.D.J., 1999, p. 8.

⁷⁴⁷ F. MASQUELIER, D. VIDAL, *ibid.*

⁷⁴⁸ H. MOUBSIT, thèse préc., p. 446

⁷⁴⁹ V. par ex. Cass. crim., 17 mars 2009, n° 08-84.518 (inédit) : RJS 2009, n° 6, pp. 481-482 (en l'espèce, un « directeur opérationnel » s'est vu octroyer une délégation tacite afin de réunir et présider les réunions du comité d'entreprise et des délégués du personnel), et Crim., 10 janv. 1963, n° 62-91.111 : *Bull. crim.*, n° 19 (un directeur régional s'est vu octroyer le pouvoir de direction et de surveillance des modalités de recrutement du personnel).

⁷⁵⁰ Ainsi de la délégation conférant à son titulaire le pouvoir de faire respecter la législation en vigueur : v. par ex. Crim., 6 mai 1996, n° 95-83.340 (inédit) : *Dr. pén.* 1996, n° 261, obs. VERON (un « chef du secteur produits frais » s'est vu consentir une « *subdélégation de pouvoirs en matière de réglementation économique, et notamment pour la facturation des produits et services* »). – Crim., 11 mars 1993, n° 92-80.773, préc. (mettant en cause une délégation du pouvoir de veiller au respect des « *règles applicables pour la fixation des prix de vente aux consommateurs* ») ; et plus spécifiquement, les dispositions protectrices relatives à la sécurité des travailleurs (à

Quelle que soit leur nature, l'ensemble des attributions directoriales susvisées constitue des prérogatives finalisées : elles doivent être exercées dans l'intérêt du groupement personnifié⁷⁵¹. En conséquence, les attributions déléguées (qu'elles aient un objet interne ou externe) répondent à la définition du *pouvoir* consacrée en doctrine, entendue, au sein de la *summa divisio* des prérogatives juridiques⁷⁵², comme celle qui est conférée « à son titulaire dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien »⁷⁵³, par opposition au *droit subjectif*, « droit égoïste »⁷⁵⁴ « reconnu à son bénéficiaire dans son intérêt propre »⁷⁵⁵.

238. La contingence tenant aux attributs de la délégation ou du délégataire, qui varient selon les formations de la Cour de cassation ayant à connaître des différentes affaires, ne remettrait donc pas en cause l'unité du mécanisme : « [q]u'il s'agisse du droit pénal ou du droit commercial, c'est évidemment de la même délégation de pouvoirs qu'il s'agit », écrit par exemple Monsieur TRICOT ; d'après l'auteur, elle est « seulement envisagée sous un angle différent »⁷⁵⁶ par les différentes chambres.

Il importe de préciser le contenu des différents « angles » évoqués afin d'éprouver cette conclusion.

travers leur formation, information, et surveillance) : Crim., 27 févr. 1979, n° 78-92.381, préc. – Crim., 8 mars 1988, n° 87-83.883, préc. – Crim., 26 mai 1994, n° 93-83.180, préc.

⁷⁵¹ E. GAILLARD, thèse préc., n° 33, pp. 29-30.

⁷⁵² La doctrine utilise la notion de « "prérogative" pour désigner, dans un sens générique, tous les droits conférés à l'homme par le droit objectif » : E. GAILLARD, *ibid.*, n° 2, p. 9, et la doctrine citée, note 17.

⁷⁵³ E. GAILLARD, *ibid.*, n° 20, p. 21.

⁷⁵⁴ E. GAILLARD, *Ibid.*, n° 33, p. 30.

⁷⁵⁵ E. GAILLARD, *Ibid.*, n° 20, p. 21.

⁷⁵⁶ D. TRICOT, « La délégation de pouvoir est-elle soumise aux règles du mandat ? », in Colloque Dijon, préc., p. 2 (éd. élec.).

239. **Identification du domaine d'application de la délégation de pouvoirs en jurisprudence.** Les arrêts des chambres civile⁷⁵⁷, sociale⁷⁵⁸ et commerciale⁷⁵⁹ mettent en cause la validité d'actes juridiques réalisés au nom de la société par des personnes munies d'une « délégation de pouvoir(s) ». La chambre sociale traite également des contentieux intéressant la « *délégation écrite d'autorité permettant [d'] assimiler [son titulaire] au chef d'entreprise* »⁷⁶⁰. Quant à la chambre criminelle, elle apprécie les effets de la délégation de pouvoirs en considération « *de la compétence, de l'autorité et des moyens* » du délégataire⁷⁶¹.

240. Le premier « angle » relevé se rapporte indéniablement aux relations nouées par la personne morale dans l'ordre externe. En ce qui concerne cette sphère sociale, dans deux fameuses décisions rendues en chambre mixte le 19 novembre 2010⁷⁶² à propos d'une SAS, la Cour de cassation a expressément érigé le principe selon lequel les règles légales et statutaires organisant les rapports de la société avec les tiers ne faisaient pas obstacle à la possibilité, pour ses organes, « *de déléguer le pouvoir d'effectuer des actes déterminés tel que celui d'engager ou de licencier les salariés de l'entreprise* ».

Ce pouvoir – consistant dans la mise en œuvre volontaire des droits du groupement – évoque de façon manifeste celui d'agir au nom d'autrui dans la conclusion d'actes juridiques (donc le pouvoir de représentation *stricto sensu*), qualification que la présente étude permettra de confirmer⁷⁶³.

⁷⁵⁷ V. par ex., Cass. 2^{ème} civ., 22 oct. 1997, n° 94-13.225 : *Bull. civ.* II, n° 258 ; RJDA 1/1998, n° 49 ; *Rev. soc.* 1998.76, note CHARTIER ; *B.J.S.* 1998, n° 4, p. 360, note P. Le CANNU ; D. 1998. 391, obs. HALLOUIN (traitant d'une « *délégation spéciale en vue d'exercer au nom de la société une action en justice déterminée* »).

⁷⁵⁸ V. par ex., Cass. soc., 7 juin 2011, n° 10-30.860 (inédit) (reprenant les termes des arrêts rendus par la chambre mixte le 19 novembre 2010, (pourvois n° 10-10.095 et n° 10-30.215, préc.), les juges relèvent la possibilité, « *pour [l]es représentants légaux [de SAS], de déléguer le pouvoir d'effectuer des actes déterminés tel que celui d'engager ou de licencier les salariés de l'entreprise* »).

⁷⁵⁹ V. par ex., Cass. com., 9 mai 1995, n° 93-16.976 : *Bull. civ.* IV, n° 124 (traitant de la faculté pour le directeur général de SA de « *de donner à toute personne de son choix un pouvoir spécial aux fins de représentation de la société en justice* »).

⁷⁶⁰ V. par ex., Cass. soc., 4 avr. 2007, n° 06-60.124 : J.C.P. éd. E. 2007. I. 203, n° 7, obs. MARTINON.

⁷⁶¹ V. par ex., Cass. crim., 26 juin 2001, n° 00-83.466 : *Bull.* n° 161 ; *Dr. pén.* 2002, comm. 8, J.- H. ROBERT ; D. 2002, p. 1802, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; RSC 2002, p.99, obs. B. BOULOC ; R.T.D. com. 2002, p. 178, obs. B. BOULOC ; J.C.P. éd. E 2002, p. 375, note OHL ; *Gaz. Pal.* 2002. 1. Somm. 549, note MONNET ; *Rev. soc.* 2004, p. 283, note H. MATSOPOULOU ; RJDA 2001, n° 42. – Crim., 11 mars 1993, n° 90-84.931, préc.

⁷⁶² Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095 et n° 10-30.215, préc.

⁷⁶³ *Cf. infra*, n° 375 et s.

241. Au contraire, il semblerait, dans les deux dernières hypothèses, que ce soit le statut du délégataire dans la hiérarchie sociale interne (au vu de l'exigence tenant à son « autorité ») et la teneur de ses fonctions qui soient visés par les juges : la compétence et les moyens du substitut sont en effet mesurés par les juges en considération de la charge ou mission dont ce dernier a été investi – notion qui, elle-aussi, n'a de sens que dans les rapports mutuels des parties⁷⁶⁴.

242. En outre, en ce qui concerne plus spécifiquement la jurisprudence de la chambre criminelle, la technique est déployée dans le domaine des faits juridiques⁷⁶⁵ (puisqu'il s'agit de reprocher au délégataire la survenance d'une infraction à la réglementation qu'il était tenu de faire respecter), catégorie d'actes qui – à moins de déformer les contours de la théorie générale de la représentation – se trouve par définition exclue de celle-ci⁷⁶⁶.

243. L'imputation à la personne morale des faits délictueux commis par le délégataire⁷⁶⁷, de même que la mise en cause de sa responsabilité pénale en lieu et place du chef d'entreprise⁷⁶⁸, sont d'ailleurs, pour cette raison, invoquées par plusieurs auteurs comme des arguments fondant le rejet de l'assimilation de la délégation de pouvoirs au contrat de mandat⁷⁶⁹, au profit de la catégorie des institutions *sui generis*. On relèvera que l'exclusion de la qualification de mandat sur ce fondement ne se justifie véritablement qu'à l'aune de la compréhension moniste de ce contrat : le mandat investissant le mandataire du pouvoir de le représenter, le délégataire ne saurait être tenu pénalement responsable en lieu et place du chef d'entreprise sur le fondement de cette technique, qui n'opère pas dans le domaine des actes matériels et des faits juridiques⁷⁷⁰. Qui plus est, comme le remarque Monsieur DIDIER, dans cette hypothèse, l'objet du mécanisme est que ce « soit le “représentant” qui supporte seul les conséquences juridiques (...) [de cette catégorie d'actes] »⁷⁷¹.

⁷⁶⁴ Cf. *supra*, n° 267.

⁷⁶⁵ Notion définie à l'article 1100-2 du Code civil comme un « [agissement ou un évènement] auquel la loi attache des effets de droit ».

⁷⁶⁶ Cf. *supra*, n° 119.

⁷⁶⁷ Cf. *infra*, n° 799 et s.

⁷⁶⁸ Cf. *infra*, n° 771 et s.

⁷⁶⁹ V. not. L. GODON, *La société par actions simplifiée*, *op. cit.*, n° 585, pour qui ces phénomènes sont contraires aux règles du mandat civil ; V. THOMAS, « La délégation de pouvoirs peut être permanente », note préc., n° 4.

⁷⁷⁰ Cf. *supra*, n° 119.

⁷⁷¹ Ph. DIDIER, « L'évolution de la représentation de la société depuis la loi de 1966 », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CORNAC (dir.), *op. cit.*, n° 13, p. 76.

244. D'autres auteurs considèrent au contraire que ces éléments ne font pas obstacle au rattachement de la délégation de pouvoirs à la figure traditionnelle (donc moniste) du mandat : il s'agirait simplement d'effets inhabituels⁷⁷², qui participeraient de la singularité de cette technique par rapport au mandat de droit commun⁷⁷³. Cette interprétation est par exemple justifiée par Monsieur FERRIER, dans la mesure où « *la qualification de mandat suppose seulement une représentation du mandant dans l'accomplissement d'actes juridiques* »⁷⁷⁴ ; les suites des faits matériels imputables au délégataire-mandataire ne relèveraient pas, quant à elles, de la définition analytique de ce contrat⁷⁷⁵. Les effets de la délégation de pouvoirs en matière pénale seraient tout bonnement fondés sur « *l'exercice par le second [délégataire] des pouvoirs du premier [chef d'entreprise], indépendamment du mécanisme juridique en vertu duquel le pouvoir est exercé* »⁷⁷⁶.

245. **La démonstration de Monsieur FERRIER : analyse critique.** L'interprétation de Monsieur FERRIER permet de préserver l'approche unitaire du mécanisme.

Elle suppose néanmoins, en premier lieu, que la délégation de pouvoirs puisse être effectivement identifiée, dans les différents domaines où elle produit des effets, comme une technique de représentation dans l'accomplissement d'actes juridiques, ce qui est contestable au vu de son champ d'application (qui s'étend aux actes matériels et faits juridiques⁷⁷⁷). En outre, la gouvernance sociale ne se réduit pas à la représentation de l'entrepreneur, mais s'étend à la gestion interne des affaires sociales : or, comme l'étude permettra de le démontrer, c'est cette facette qui forme en vérité le cœur de la fonction directoriale⁷⁷⁸.

⁷⁷² V. en particulier, N. FERRIER, thèse préc., n° 62-71, pp. 89-99.

⁷⁷³ Une seconde spécificité de la délégation de pouvoirs par rapport au mandat de droit commun, habituellement relevée, réside dans l'indifférence de la cessation des fonctions du constituant pour le maintien de l'habilitation du délégataire : cf. *infra*, n° 535.

⁷⁷⁴ N. FERRIER, thèse préc., n° 70, p. 97.

⁷⁷⁵ N. FERRIER, *ibid.*, n° 71, p. 99.

⁷⁷⁶ N. FERRIER, *ibid.*, n° 70, p. 98, en ce qui concerne la responsabilité pénale du délégataire en lieu et place du chef d'entreprise à raison des infractions à la réglementation dont il devait assurer le respect et *ibid.* ; p. 97, en ce qui concerne le phénomène d'imputation des faits matériels du délégataire à la personne morale pour le compte de laquelle le pouvoir est exercé.

⁷⁷⁷ Cf. *supra*, n° 242.

⁷⁷⁸ Cf. *infra*, n° 347 et s.

La circonstance selon laquelle l'article 121-2 du Code pénal de 1992 impute à la personne morale les infractions commises aussi bien par ses organes que par « ses *représentants* » ne remet nullement en cause ce constat. En effet, la jurisprudence n'identifie pas le représentant visé par ce texte au titulaire du pouvoir d'agir au nom d'autrui (seule catégorie de représentant relevant de la théorie de la représentation), mais à la personne dotée de l'autorité, de la compétence et de l'autorité nécessaire⁷⁷⁹ pour exercer une fonction incombant initialement au chef d'entreprise dans l'*ordre interne*. Ce ne peut donc être qu'à une acception large de la notion de représentant que se réfère le texte⁷⁸⁰, le législateur français s'étant gardé d'adopter, à l'instar des droits allemand et polonais, une terminologie spécifique pour désigner le représentant au sens strict⁷⁸¹.

En second lieu, l'interprétation de l'auteur suppose que la responsabilité pénale du délégataire (et l'imputation à la personne morale de ses faits matériels) soit effectivement fondée sur « *l'exercice d'un pouvoir* ». Cette interprétation achoppe là encore à une faille théorique. En effet : le délégataire habilité à déclarer les créances sociales en vertu d'un *pouvoir* ne s'est-il pas vu également octroyer la charge ou mission d'accomplir ce type d'opérations ? De même, le titulaire d'une délégation de pouvoirs condamné en lieu et place du chef d'entreprise en raison d'une infraction aux règles d'hygiène et de sécurité ne s'est-il pas vu octroyer plus fondamentalement, aux côtés de certaines prérogatives, une tâche de prévention du risque pénal ?

246. Ces deux exemples mettent en évidence que l'interprétation selon laquelle la délégation porte uniquement sur l'exercice de *prérogatives juridiques* (conformément à l'acception bien établie de la notion de pouvoir) repose manifestement sur une ellipse conceptuelle similaire à celle qu'il a été possible de mettre en évidence à propos du mandat de droit commun⁷⁸² : la charge ou mission octroyée au délégataire a « disparu » pour se fondre dans son instrument de mise en œuvre (le pouvoir délégué).

247. En raison de ses méandres juridiques, la conception unitaire de la délégation ne fait pas, en même temps, l'objet d'un consensus doctrinal. Plusieurs auteurs conviennent en effet que chacun des différents « angles » de l'institution renvoie en réalité à un mécanisme juridique distinct.

⁷⁷⁹ Cf. *infra*, n° 774.

⁷⁸⁰ Cf. *supra*, n° 142 et s.

⁷⁸¹ Cf. *supra*, n° 135.

⁷⁸² Cf. *supra*, n° 154 et s.

L'analyse de deux auteurs sera examinée en particulier, car elle témoigne de la difficulté de discerner l'objet exact de la délégation de pouvoirs à l'aune des figures et catégories juridiques traditionnelles que sont la représentation, le contrat de mandat et les pouvoirs.

248. La remise en cause de la prétendue unité de la délégation de pouvoirs en doctrine : l'analyse de M. DALMASSO et Mme BOURCEREAU. Une doctrine, minoritaire, a remis en cause la prétendue unité juridique de la délégation de pouvoirs. M. DALMASSO et Mme BOURCEREAU, en particulier⁷⁸³, ont mis en évidence que ce que l'on appelle délégation renvoie en premier lieu à un mécanisme de représentation,⁷⁸⁴ dont « *l'intérêt [est] avant tout de permettre à d'autres que ceux que la loi désigne d'engager la société auprès des tiers* »⁷⁸⁵. Les deux auteurs distinguent ce mécanisme de ce qu'ils estiment, en second lieu, constituer réellement une délégation de pouvoirs⁷⁸⁶, à savoir « *un véritable transfert des pouvoirs (...) [entraînant] de facto un transfert des responsabilités qui y sont attachées* »⁷⁸⁷, et qui vaut « *substitution de la qualité d'employeur ou de chef d'entreprise [en la personne du délégataire]* »⁷⁸⁸.

Cette analyse a le mérite de mettre en évidence la dualité d'objets de la délégation : la représentation *stricto sensu* d'un côté et, de l'autre, un phénomène de remplacement⁷⁸⁹ – que les auteurs rattachent à l'exercice de « pouvoirs » – qui permet d'assimiler le délégataire au chef d'entreprise ou à l'employeur, fondement de son éventuelle

⁷⁸³ En ce sens, v. égal. Y. PAGNERRE, art. préc., pour qui « [l]a délégation en droit privé ne saurait être évaluée seule ; dès lors qu'elle opère un "transfert" [sic], son analyse est dépendante de l'objet transféré [sic] qui en dessine les conditions et les effets » ; B. BEDARIDE et S. PLA BUSIRIS, « Conséquences de l'absence de délégations de pouvoirs dans les sociétés commerciales et nécessité de les établir par acte notarié », *BMIS* vol. 4, avr. 2013, pp. 283-95, qui étudie d'un côté ce qu'il appelle « la délégation de responsabilité » (n° 13 et s.), et de l'autre, « la délégation de pouvoirs sans transfert de responsabilité » (n° 23 et s.) ; F. KEREBEK, « Modèle de délégation de pouvoirs ("pénale") - Cadre développé au sein d'une société », *Droit des sociétés*, vol. 1, janv. 2018, pp. 43-48, et, du même auteur, « Modèle de pouvoir spécial dans le cadre d'une opération sociétaire. "Délégation civile" », *Droit des sociétés*, vol. 2, févr. 2018, pp. 41-44 ; Ph. DIDIER, « L'évolution de la représentation de la société depuis la loi de 1966 », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CORNAC (dir.), *op. cit.*, n° 13 (l'analyse de cet auteur sera analysée *infra*, n° 372)

⁷⁸⁴ T. DALMASSO et A. BOURCEREAU, « Mandats de gestion et délégations de pouvoirs, une nécessaire distinction », note sous CA Versailles, 24 sept. 2009, J.C.P. éd. E. n° 24, 17 juin 2010, étude n° 1590, spéc. n° 6.

⁷⁸⁵ T. DALMASSO et A. BOURCEREAU, *ibid.*, n° 7.

⁷⁸⁶ T. DALMASSO et A. BOURCEREAU, *ibid.*, spéc. n° 14.

⁷⁸⁷ T. DALMASSO et A. BOURCEREAU, *ibid.*, n° 16.

⁷⁸⁸ T. DALMASSO et A. BOURCEREAU, *ibid.*, n° 9.

⁷⁸⁹ Dans ce sens égal., v. Ph. DIDIER, « L'évolution de la représentation de la société depuis la loi de 1966 », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CORNAC (dir.), *op. cit.*, n° 13 (v. égal. *infra*, n° 372, sur l'analyse de cet auteur).

responsabilité pénale en lieu et place du chef d'entreprise⁷⁹⁰, mais également de son exclusion de l'exercice de fonctions syndicales⁷⁹¹.

Toutefois, les contours de chacun de ces mécanismes – dressés à l'aune des catégories juridiques traditionnelles – ne sont, à notre sens, pas suffisamment établis par les auteurs.

249. M. DALMASSO et Mme BOURCEREAU considèrent que le premier mécanisme constitue un « mandat de gestion »⁷⁹² et que la qualification de délégation de pouvoirs doit être réservée au second rouage. S'il convient de saluer l'adoption d'une terminologie propre à chacun des mécanismes relevés, la qualification de mandat de gestion doit à notre sens être écartée, car elle a précisément pour effet de créer une confusion sur la nature du pouvoir exercé par le délégataire : le terme mandat est d'abord utilisé par les auteurs pour désigner le pouvoir de représentation. Or, il a été démontré que cet objet pouvait dorénavant être appréhendé en dehors de son support causal de référence (le mandat)⁷⁹³. Quant à la notion de gestion, celle-ci permet précisément d'individualiser, au sein des différentes ramifications du pouvoir directorial, celle de conduire la marche des affaires sociales dans l'ordre interne⁷⁹⁴. La notion de « mandat de gestion » a donc pour effet de confondre le pouvoir de représentation proprement dit avec sa cause : l'exercice d'une fonction de gestion dans l'ordre interne.

250. En ce qui concerne le second mécanisme, la qualification de mandat est au contraire écartée par les auteurs, dans la mesure où ces derniers identifient un transfert de pouvoirs incompatible avec ce contrat, qui permet au contraire « *une intervention concurrente du mandant et du mandataire dans un domaine délégué* »⁷⁹⁵. S'il est indéniable que la délégation peut avoir pour effet de mettre à la charge du délégataire certaines des responsabilités incombant au chef d'entreprise, l'idée selon laquelle ce phénomène

⁷⁹⁰ Cf. *infra*, n° 771 et s.

⁷⁹¹ Cf. *infra*, n° 805.

⁷⁹² Comp. B. BEDARIDE et S. PLA BUSIRIS, art. préc., n° 23, pour qui ce mécanisme correspond à une « *procuracion donnée par un dirigeant à un préposé pour assurer la gestion de l'entreprise dans des limites définies* ».

⁷⁹³ Cf. *supra*, n° 186 et s.

⁷⁹⁴ Cf. *infra*, n° 274.

⁷⁹⁵ T. DALMASSO et A. BOURCEREAU, note préc., n° 10.

procède ou s'accompagne d'un transfert des pouvoirs corrélatif est toutefois, comme nous le verrons⁷⁹⁶, contestable.

251. En sus du prétendu effet translatif de la délégation, un autre élément invoqué par les auteurs pour distinguer le « mandat de gestion » (pouvoir de représentation) d'un côté et, de l'autre, « la délégation de pouvoirs » (contrat translatif de « pouvoirs et de responsabilités ») serait que, dans cette deuxième hypothèse, le « *déléataire devient de facto*⁷⁹⁷ le représentant de la personne morale » et que cette représentation, « *à l'inverse du mandat (...) ne constitue pas une fin en soi de la délégation, mais une conséquence liée au jeu des dispositions de l'article 121-2 du Code pénal* ».

L'article en question dispose que « [l]es personnes morales (...) sont responsables pénalement (...) des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ». Or, comme on l'a déjà relevé⁷⁹⁸, la jurisprudence n'identifie pas le représentant visé par le Code pénal au titulaire du pouvoir d'agir *au nom* d'autrui ; elle retient cette qualification – selon une formule bien établie – en considération des moyens, de la compétence et de l'autorité du déléataire⁷⁹⁹. Cette acception de la notion de représentant est bien plus large que celle retenue au sujet du titulaire du pouvoir de représentation *stricto sensu*, telle que précédemment définie⁸⁰⁰, et ne se vérifie, en vérité, qu'en relation avec la *fonction* exercée par le pseudo « représentant » dans l'ordre interne⁸⁰¹.

Contrairement à ce que sous-tendent les auteurs, il n'est donc pas convaincant de distinguer les deux mécanismes selon que la représentation constitue ou non une fin de la délégation, puisque l'acception de cette notion ne se recoupe pas dans les deux hypothèses.

252. L'objet et les contours exacts de chacun des mécanismes relevés par les auteurs ne sont dès lors pas assez bien identifiés. Les points d'achoppements de la démonstration proposée témoignent aussi, plus fondamentalement, de ce que, à l'aune de la théorie moniste, les contours exacts des notions de mandat, de représentation et de délégation de pouvoir(s) ne sont pas clairement établis en doctrine. Or, comme il a déjà été dénoncé à propos de la technique qui

⁷⁹⁶ Cf. *infra*, n° 524 et s.

⁷⁹⁷ (En italique par l'auteur).

⁷⁹⁸ Cf. *infra*, n° 245.

⁷⁹⁹ Cf. *infra*, n° 774.

⁸⁰⁰ Cf. *supra*, n° 119.

⁸⁰¹ Cf. *supra*, n° 241 et *infra*, n° 368.

intéresse notre étude, « [r]ien n'est plus trompeur que l'utilisation d'une même expression pour définir des réalités multiples »⁸⁰².

Ce désordre résulte, à notre sens, de l'absence de différenciation des rapports en cause dans la mise en œuvre de la délégation (dans la hiérarchie interne, d'une part, et vis-à-vis des tiers, d'autre part), conséquemment à la théorie moniste consacrée en droit français. Cette absence de distinction entraîne corrélativement des difficultés à établir correctement l'objet et la nature de l'institution.

Si la conception selon laquelle la délégation de pouvoirs recouvre en réalité deux phénomènes irréductibles est juste, leurs contours respectifs demeurent à préciser.

⁸⁰² Y. PAGNERRE, art. préc., n° 3.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

253. La doctrine fait traditionnellement remonter les origines de l'institution française de la délégation de pouvoirs, en tant que mécanisme d'association d'un tiers à l'exercice du pouvoir directorial, à une pratique née au sein des sociétés anonymes au début du XX^{ème} siècle⁸⁰³, soit à une époque où la théorie moniste – caractéristique de la conception française du mandat – déteint pleinement sur la réglementation des pouvoirs des organes de direction.

Si le législateur a finalement atténué, à leur endroit, la portée de cette théorie avec la loi de 1966 – qui a formellement reconnu l'existence de deux sphères sociales au sein des sociétés commerciales –, une démarche analogue n'a pas été entreprise vis-à-vis du mécanisme de délégation qui permet aux dirigeants de se substituer un tiers dans l'exercice de leurs pouvoirs (il s'agit là, en tout cas, de l'un des objets incontestables du mécanisme).

254. En l'absence d'intervention législative d'ensemble relative à l'application de cette technique en droit des sociétés – à l'image de la prokura, qui remplit un rôle en partie analogue dans le système germanique⁸⁰⁴ – celle-ci a donc évolué, depuis son apparition, dans le cadre du modèle moniste de droit commun. La qualification de mandat, au sujet de la délégation de pouvoirs – dans la compréhension moniste de cet instrument –, est du reste majoritaire en doctrine et relayée par la jurisprudence ainsi que par les rares textes qui y renvoient.

255. La théorie moniste – qui seule justifie l'appréhension de cette institution sous un angle unique (du fait de l'indivisibilité des rapports interne et externe) – s'avère pourtant inapte à saisir correctement ce mécanisme dans son ensemble. À l'aune de cette théorie, la charge ou mission assignée au délégataire dans les rapports internes disparaît sous la trappe d'une ellipse, comme dans l'analyse traditionnelle du mandat de droit commun. L'appréhension de la délégation en tant que composé unitaire conduit également à

⁸⁰³ V. not. A. CHARVERIAT, « Conditions d'efficacité de la délégation de pouvoirs exonératoire de responsabilité pénale », RJDA vol. 6, 2015, pp. 419-22, pt. 25, n° 1 ; S. COLLIOT et J.-M. MOULIN, art. préc., p. 1 (éd. élec.) ; H. MOUBSIT, thèse préc., pp. 20-21 ; M. GERMAIN ET P.-L. PERIN, « Mandat social et délégation de pouvoirs dans les SAS », note préc., n° II ; Rép. min. Justice à M. LEBAS : JOAN Q, 2 déc. 1970, p. 6095.

⁸⁰⁴ Puisqu'elle n'intéresse, par définition, que la facette externe de la gouvernance sociale : *cf. infra*, n° 295 et s.

déformer les contours de catégories juridiques pourtant bien établies : en particulier, du pouvoir et de la représentation.

CONCLUSION DU TITRE 1^{ER}

256. Étant donné l'interpénétration de la représentation dans le contrat de mandat en droit français, ainsi que l'explication originelle de l'action de la personne morale par le biais de ses organes sur le fondement de cette technique, la théorie moniste a irrigué le droit des sociétés et, corrélativement, l'appréhension de la technique de la délégation de pouvoirs.

257. L'analyse de l'institution sous le prisme de la théorie moniste – dont la portée en droit interne est susceptible d'être remise en cause, au vu de l'introduction récente de dispositions dédiées au *pouvoir* de représentation – s'est toutefois révélée réductrice et repose, en particulier, sur une ellipse similaire à celle relevée au sujet du mandat de droit commun : la charge ou mission confiée au délégataire a – comme en ce qui concerne la mission octroyée au mandataire – disparu sous la trappe d'une ellipse pour se fondre dans son moyen de mise en œuvre (le *pouvoir* délégué).

L'explication de la délégation au moyen des catégories traditionnelles – en particulier du pouvoir et de la représentation – conduit en outre à déformer les contours pourtant bien dessinés de ces institutions au cours du XX^{ème} siècle.

258. Si la conception selon laquelle la délégation de pouvoirs recouvre en réalité deux mécanismes irréductibles est juste, il reste à déterminer leur objet et contenu respectifs.

Pareille démarche semble également devoir se détacher – du moins en partie – des catégories juridiques traditionnelles à l'aune desquelles elle est traditionnellement analysée.

TITRE II – LE CARACTERE INADAPTE DE LA THEORIE MONISTE EN DROIT DES SOCIETES

259. La théorie moniste, qui prétend réduire à un support juridique unique les rapports interne et externe (entre l'intermédiaire et le maître de l'affaire d'une part, et entre ce dernier et les tiers d'autre part) est inadaptée au fonctionnement des personnes morales. Les failles de cette théorie en droit commun – déjà dénoncées en doctrine⁸⁰⁵, et que la présente étude a permis de confirmer⁸⁰⁶ – s'accusent avec d'autant plus de force en droit des sociétés, en raison de la structure abstraite et complexe de celles-ci (ainsi de la dualité d'ordres inhérente au groupement personnifié)⁸⁰⁷.

260. La différence pourra être mise en évidence en partant du droit commun. Chez les personnes physiques, la mise en œuvre de la technique de la représentation suppose le concours de deux volontés distinctes : celle du représenté, lorsqu'il octroie au représentant la mission d'agir en son nom, et celle du représentant, au moment où il exerce son pouvoir de représentation. La volonté *initiale*, soit celle du représenté, ne fait pas partie du mécanisme, il le sous-tend « seulement ».

Lorsque l'on décompose le processus de réalisation d'un acte au moyen de la représentation, on voit en effet que ce qu'on appelle « rapport externe » (donc la représentation proprement dite), n'apparaît qu'au moment où la volonté du représentant est déclarée dans le monde sensible. Il ne peut d'ailleurs pas en être autrement, car il est impossible de transplanter un processus psychique d'un sujet de droit à un autre. Le processus, en lui-même, ne peut être que propre à un sujet de droit ; l'imputation *dérogatoire* (à autrui) est impossible. Pour cause, le droit ne peut que « saisir le consentement exprimé, c'est-à-dire le produit extériorisé d'un **vouloir dont il ignore tous**

⁸⁰⁵ Cf. *supra*, n° 170 et s.

⁸⁰⁶ Cf. *supra*, n° 173.

⁸⁰⁷ Distinction fréquemment appliquée à l'étude des personnes morales : v. not. G. WICKER et J. PAGNUCCO, *Rép. civ.*, *Dalloz*, v° « Personne morale », sept. 2016 (actu : mai 2018), n° 63 et s., pour qui il importe « de distinguer entre leur activité externe et celle interne », du fait de la « nature particulière » de la personne morale ; C. MANGEMATIN, thèse préc., n° 38 pour qui le lien organique revêt une nature duale, interne et externe, dont l'auteur analyse séparément le contenu (v. n° 39 et s. pour l'étude du lien interne, et n° 52 et s. en ce qui concerne le lien externe) ; S. ASENCIO, art. préc., n° 12, opposant les relations internes et les relations externes de la société. En doctrine allemande et polonaise, v. les auteurs cités *infra*, note 842.

les ressorts profonds »⁸⁰⁸. Ainsi, on ne *décide* (on ne « veut ») jamais "au nom" d'autrui, mais toujours "pour autrui". C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le représentant a la qualité d'auteur de l'acte (c'est lui qui *veut*), et le représenté "seulement" la qualité de partie à l'acte.

261. L'accomplissement d'un acte juridique par une personne physique présuppose donc une volonté *interne* (une décision intellectuelle) et une volonté *déclarée* (extériorisation de cette décision), et l'on vient de voir que la notion de représentation ne pouvait trouver à s'appliquer qu'au moment de cette déclaration.

Les mêmes étapes se retrouvent lorsque l'on analyse le processus d'expression de l'être moral. Comme l'écrit Samuel FRANÇOIS, « [l]e consentement de la personne morale (...) résulte d'un processus au cours duquel les organes sociaux *élaborent et déterminent la volonté sociale* [volonté « interne »] puis *l'extériorisent* [volonté « externe »] »⁸⁰⁹. L'auteur qualifie ce processus de « *processus organique* ».

Cependant, là où, chez les personnes physiques, ces « deux volontés » (ou ces deux sphères : la sphère « intellectuelle et psychique » (interne) d'une part, et la sphère « déclarée », extériorisée, donc externe, d'autre part) se « *confondent en un tout indissociable* »⁸¹⁰, la personnalité morale opère entre ces deux versants une césure résultant de sa structure duale et complexe : le droit encadre son fonctionnement intérieur et les conditions d'élaboration de sa volonté interne (en écho au processus intellectuel décisionnel interne de la personne physique) ainsi que les conditions d'expression de cette volonté dans l'ordre externe. C'est aussi la raison pour laquelle le rôle joué par la volonté interne (donc, plus généralement, par l'aspect « gestionnaire » attaché aux fonctions du mandataire social) est plus complexe et plus important pour les personnes morales que chez les personnes physiques.

262. Ainsi, le mandataire social remplit une fonction d'engendrement (il prête une volonté décisionnelle interne à la personne morale) qu'on ne retrouve pas chez le mandataire et autres intermédiaires. Cette notion n'a de sens que dans la sphère sociale interne, en ce qu'elle vise strictement la *charge* de former et d'exécuter la volonté sociale, sans se confondre avec les prérogatives dont elle est le support.

⁸⁰⁸ S. FRANÇOIS, thèse préc., n° 13, p. 10.

⁸⁰⁹ S. FRANÇOIS, thèse préc., n° 81, p. 59.

⁸¹⁰ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury, op. cit.*, p. 72 (trad. libre).

263. Le mandat social a d'ailleurs, en vérité, un double objet qui épouse cette dualité : il est d'abord un titre auquel correspond une *fonction* spécifique : la fonction de mandataire social, notion qui appréhende le rapport entre le dirigeant et la société (donc la sphère sociale interne). Il constitue ensuite le fondement des *pouvoirs* (prérogatives juridiques) afférentes à l'exercice de cette fonction, qui, lorsqu'ils s'exercent à l'égard des tiers, concernent uniquement la sphère sociale externe (**Chapitre I**).

Notre intuition est que la source de la controverse relative à la nature et au régime juridique de la délégation de pouvoirs se trouve précisément dans l'analyse de cette institution à l'aune de la théorie moniste. La structure de ce mécanisme épouse en définitive, pour être correctement appréhendée, la dichotomie révélée (**Chapitre II**).

CHAPITRE I – LA DUALITE D’ORDRES INHERENTE

AU GROUPEMENT PERSONNIFIE

264. La structure sociétaire se caractérise par une dualité de sphères sociales : interne et externe. La gouvernance n’a pas le même objet dans chacune de ces deux sphères : dans l’ordre interne, elle se manifeste dans l’exercice d’une *fonction* directoriale, et dans l’ordre externe, dans la mise en œuvre d’un *pouvoir*.

Bien que ce soit l’exercice de pouvoirs qui rende efficiente, en droit, la fonction qui leur sert de support, celle-ci n’en constitue pas moins une catégorie juridique à part entière (**Section 1**).

Parce qu’ils permettent d’appréhender la fonction sous un aspect dynamique, l’analyse de la nature et de l’étendue des pouvoirs de direction permettra de dessiner les contours de cet objet interne (**Section 2**), généralement éludé dans l’analyse du mécanisme de « délégation de *pouvoirs* »⁸¹¹.

Section 1/ L’irréductible individualité de la fonction par rapport au pouvoir

265. **Le contenu bidimensionnel du mandat social.** Une partie de la doctrine a déjà mis en évidence que le mandat social – cadre primaire de l’exercice du pouvoir directorial – revêt une double dimension : d’un côté, il constitue un titre ou un statut qui confère une mission ou charge spécifique (celle de diriger l’activité sociale) ; de l’autre, il confère les prérogatives permettant sa réalisation⁸¹². Dans le contexte sociétaire, les deux premiers éléments se rattachent à la *fonction* [de mandataire social], tandis que le dernier renvoie au *pouvoir* [directorial] proprement dit.

⁸¹¹ Cf. *infra*, n° 257 et 257.

⁸¹² V. en particulier, C. MANGEMATIN, thèse préc., spéc. n° 81 et 183.

266. **Identification de la catégorie juridique de la fonction.** Si la catégorie juridique du *pouvoir* est depuis longtemps établie en doctrine (il s'agit de *prérogatives* finalisées⁸¹³), ce n'est que récemment qu'un auteur a démontré que la notion de fonction renvoie en vérité à une catégorie juridique à part entière. Plus spécifiquement, comme l'a mis en évidence l'instigatrice de cette démonstration, Madame MANGEMATIN⁸¹⁴, la fonction constitue « *une catégorie juridique sui generis, qui, envisagée du point de vue de celui pour lequel la fonction est exercée (le bénéficiaire de la fonction), correspond à un **poste de service** et envisagée du point de vue de celui qui l'exerce (le titulaire de la fonction), correspond à une **qualité ou un titre*** »⁸¹⁵. Le rapport fonctionnel met donc en présence deux agents : le titulaire de la fonction d'un côté (ou chargé de fonction), et de l'autre, son bénéficiaire, soit « *“l'autrui” pour le compte duquel le premier agit* »⁸¹⁶.

267. **La nature interne irréductible de la fonction.** La fonction relève des rapports internes aux parties de par sa nature strictement « endogène » : en effet, la fonction « *donne lieu à une situation juridique spécifique [entre deux agents] [qui] doit être distinguée des prérogatives dont elle est le support* »⁸¹⁷. Ainsi, la fonction de gérer les affaires comptables, fiscales, juridiques (ect.) de la société se distingue du pouvoir de diriger ces différents services.

Appréhendé indépendamment des prérogatives qui permettent sa mise en œuvre, le lien fonctionnel revêt un aspect purement statique du point de vue des deux agents qu'elle met en présence – titulaire et bénéficiaire de la fonction.

⁸¹³ Cf. *supra*, n° 237.

⁸¹⁴ V. C. MANGEMATIN, thèse préc., spéc. n° 88 et s. Préalablement aux travaux de cet auteur, la distinction entre le pouvoir et la fonction était tâtonnante en doctrine. Par exemple, Monsieur VEAUX écrit à ce sujet que « *les pouvoirs désignent (...) des prérogatives particulières, relativement précises et spécifiées (...) alors que les fonctions évoquent plutôt **une tâche globale, générale, permanente**. (...) Les fonctions représentent une mission à remplir, un rôle à jouer, un objectif à atteindre, alors que les pouvoirs sont les moyens d'y parvenir* » : D. VEAUX, « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil français », in *L'abus de fonction ou de pouvoir*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXVIII, Economica, 1980, p. 77, cité par C. MANGEMATIN, *ibid.*, n° 88, p. 93. De même, Monsieur GAILLARD, qui a consacré sa thèse à la systématisation du pouvoir en tant que prérogative juridique, considère qu'une personne exerce une fonction dès lors qu'elle « *exerce une activité sans en être le bénéficiaire direct ou exclusif (...) [et qu'elle] se voit confier une charge qu'[elle] exerce dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien propre* » : thèse préc., n° 3, p. 9.

⁸¹⁵ C. MANGEMATIN, thèse préc., n° 92, p. 96. V. égal. la littérature citée p. 96, notes 537 à 549.

⁸¹⁶ C. MANGEMATIN, *ibid.*, n° 118, p. 118.

⁸¹⁷ C. MANGEMATIN, *ibid.*, n° 89, p. 93.

Même si la fonction de l'agent vise l'action dans la sphère sociale externe, elle renvoie alors seulement à la *mission* de nouer des relations avec les tiers, objet qui se distingue de sa modalité de mise œuvre⁸¹⁸.

C'est la raison pour laquelle la fonction est toujours exercée pour le compte de la personne morale⁸¹⁹ (et non en son nom), car elle est matérialisée dans le cadre du rapport liant la personne morale et le chargé de fonction.

268. Ce *distinguo* transpose partiellement au droit des sociétés celui opéré au sein du mandat représentatif de droit commun entre, d'une part, la charge ou mission octroyée au mandataire (qui ne peut se concevoir que dans le rapport bipartite interne)⁸²⁰ et, d'autre part, l'instrument qui permet de la réaliser (le pouvoir de représentation).

Dans le contexte sociétaire, la mission de l'agent prend en réalité une coloration particulière : fonctionnelle⁸²¹.

269. **Les attributs spécifiques de la fonction par rapport à la charge ou mission d'intermédiation identifiée dans le cadre du mandat de droit commun.** La fonction revêt un certain nombre d'attributs qui distinguent le chargé de fonction du chargé de mission (simple mandataire ou commissionnaire de droit commun, par exemple⁸²²). La fonction partage avec la mission un caractère altruiste⁸²³ : elle est le « *théâtre d'une activité exercée en considération des intérêts d'autrui* »⁸²⁴. Ce critère est par définition vérifié au sein des groupements personnifiés, la personnalité juridique supposant l'existence d'un intérêt propre au groupement.

⁸¹⁸ Cf. *supra*, n° 73.

⁸¹⁹ Comme l'écrit Madame MANGEMATIN, « *la fonction est un poste de service et une qualité permanente impliquant que son titulaire exerce une activité pour le compte, c'est-à-dire dans l'intérêt, d'un autre* » : thèse préc., n° 121, p. 122. V. égal. les développements de l'auteur, *ibid.*, n° 97 et s.

⁸²⁰ Cf. *supra*, n° 73 et 155.

⁸²¹ Parmi d'autres types de situations fonctionnelles, telles que la fonction parentale, tutélaire, syndicale : C. MANGEMATIN, thèse préc., n° 106 et s.

⁸²² Leur appartenance ou non à la catégorie des chargés de fonction sera subordonnée à la possibilité de caractériser à leur endroit une situation fonctionnelle, ce qui implique notamment l'existence d'une activité durable : C. MANGEMATIN, *ibid.*, n° 116, pp. 115-116.

⁸²³ Comme le relève Madame MANGEMATIN, « *commissionnaire et mandataire semblent également chargés d'une activité à caractère altruiste puisqu'ils doivent agir pour le compte de leur commettant ou mandant (en leur nom propre, ou au nom du mandant)* » : *ibid.*, n° 110, p. 112.

⁸²⁴ C. MANGEMATIN, *ibid.*, n° 96, p. 99 et la doctrine citée p. 98, notes 559 et 560, not. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, rééd. Dalloz, 2005, p. 185 s. et p. 190 s.

À la différence de la mission⁸²⁵, la fonction revêt toutefois un caractère permanent⁸²⁶, du moins en ce qui concerne son existence (plutôt que son exercice⁸²⁷) : celle-ci « *perdure même si elle ne donne pas lieu au déploiement de l'activité dont elle est le support* »⁸²⁸ ; autrement dit, « *même non mise en mouvement elle continue d'exister abstraitement, virtuellement* »⁸²⁹.

La fonction revêt enfin, en principe, un caractère légitime, c'est-à-dire que la création du poste de service ainsi que son attribution à un agent reposent sur un titre juridique, qu'il soit légal, judiciaire ou conventionnel. Les textes et la jurisprudence reconnaissent également, il est vrai, l'existence de certaines fonctions de fait⁸³⁰, au sujet desquelles Madame MANGEMATIN suggère plutôt de parler de « quasi-fonctions » dans la mesure où l'agent fonctionnel, de fait, ne possède en réalité aucun pouvoir, l'assimilation entre les situations fondées en droit et les situations factuelles « [opérant] *systématiquement au détriment du titulaire de la fonction, jamais à son bénéfice* »⁸³¹.

270. Deux différents chargés de fonction sont traditionnellement identifiés dans le cadre fonctionnel étudié : les dirigeants⁸³² et les (simples) préposés⁸³³. Les premiers sont les titulaires légaux de l'ensemble des fonctions inhérentes au mandat social. Les seconds sont investis d'une fonction d'exécution purement matérielle, qui consiste à mettre à disposition de l'employeur leur force de travail⁸³⁴.

À ce stade de l'étude, la qualification de chargé de fonction paraît déjà devoir s'imposer, également, en ce qui concerne le délégataire : d'abord parce qu'il correspond à

⁸²⁵ C. MANGEMATIN, *ibid.*, n° 115, p. 115.

⁸²⁶ C. MANGEMATIN, *ibid.*, n° 113 et s.

⁸²⁷ C. MANGEMATIN, *ibid.*, n° 114, p. 114.

⁸²⁸ C. MANGEMATIN, *ibid.*

⁸²⁹ C. MANGEMATIN, *ibid.*

⁸³⁰ L'exemple topique étant la gestion de fait, qui engendre des effets similaires à la gestion de droit en ce qui concerne les sanctions attachées au mauvais exercice de la fonction : v. par ex. l'article L. 246-2 du Code de commerce.

⁸³¹ C. MANGEMATIN, thèse préc., n° 120, p. 122.

⁸³² C. MANGEMATIN, *ibid.*, n° 109, p. 109.

⁸³³ C. MANGEMATIN, *ibid.*, n° 110, pp. 111-112.

⁸³⁴ M. FABRE-MAGNANT, « Le contrat de travail défini par son objet », in *Le travail en perspectives*, sous la dir. d'A. Supiot, L.G.D.J., 1998, p. 101, spéc. p. 107.

un statut hybride entre ces deux agents, ensuite parce que le délégataire peut très bien, *de lege lata*, avoir la qualité de préposé⁸³⁵.

271. Identification du champ matériel du mandat social susceptible d’être délégué.

Le mandat social envisagé en tant que titre ou statut (par exemple de directeur général ou de président du directoire dans les SA) ne peut jamais être conventionnellement attribué (« délégué ») à un tiers. De plus, sauf disposition légale contraire⁸³⁶, la délégation ne constitue en aucun cas un mode alternatif d’accession au mandat social⁸³⁷.

Tout autrement, et ce dans l’ensemble des législations étudiées, il résulte des textes et de la jurisprudence que l’exercice de certaines fonctions directoriales⁸³⁸ et des prérogatives correspondantes peuvent, quant à elles, être conventionnellement confiées à un tiers. La notion de fonction est ici envisagée du point de vue de son bénéficiaire – le groupement personnifié –, en tant que « poste de service », ce dernier désignant plus spécifiquement un « *“emplacement” réel et/ ou virtuel consacré à une activité nécessaire à la poursuite d’une fin qui la dépasse* »⁸³⁹.

272. L’analyse du contenu de la *fonction* directoriale permettra de jeter une lumière supplémentaire sur la nature exacte de l’objet de la délégation dans ses différentes modalités d’application, puisqu’elle constitue une technique d’association à la gouvernance sociale.

La teneur exacte de la fonction directoriale pourra être définie au moyen de l’analyse de la nature et de l’étendue des prérogatives juridiques afférentes au mandat

⁸³⁵ La délégation vient le plus souvent compléter le contrat de travail : *cf. infra*, n° 520. V. égal. *infra*, n° 378 et s. 0 (sur la compatibilité entre le statut de représentant et de préposé).

⁸³⁶ Ainsi en ce qui concerne l’institution de représentants statutaires, qui correspond à une application particulière de la délégation : *cf. infra*, n° 334 et s., spéc. n° 340.

⁸³⁷ D. GIBIRILA, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 6. En jurisprudence, v. CA Paris, 1^{er} févr. 2012, n° 10-19173, BRDA 8/2012, n° 3 (le directeur salarié et administrateur d’une SA a tenté d’établir sans succès l’existence à son profit d’un mandat de directeur général au motif qu’il avait reçu du P-DG de la société une délégation comprenant le pouvoir de gérer le personnel (recrutement, rémunération, licenciement), d’organiser et de diriger les différents services de l’entreprise (administratifs, financiers, commerciaux, techniques), de signer la correspondance et de passer et accepter tous traités, marchés ou contrats). En outre, l’existence d’une délégation n’a aucune incidence sur l’existence du mandat social de son bénéficiaire : Paris, 23 sept. 2016, n° 15/14118, BRDA 19/2016, n° 4 ; RJDA 12/2016, n° 864 ; *Bull. Joly* 2017.32, note GERMAIN et PERIN, jugeant qu’une délégation portant sur la gestion du personnel, consentie par le président d’une SAS au profit du directeur général de la société, à la supposer redondante, n’était pas exclusive de son mandat social.

⁸³⁸ Sont exclues les fonctions dites réservées, dont l’exercice incombe personnellement à leur titulaire légal : *cf. infra*, n° 791 et s.

⁸³⁹ C. MANGEMATIN, thèse préc., n° 93, p. 96.

social, puisqu'elles en constituent le pendant logique et nécessaire : elles permettent sa « mise en mouvement »⁸⁴⁰.

Section 2/ La détermination des contours de la fonction directoriale au travers des prérogatives afférentes à son exercice

273. Il est possible de déterminer les contours de la fonction directoriale par référence à la nature et l'étendue des prérogatives qu'elle confère.

Deux groupes de prérogatives pourront être identifiés : le pouvoir de gérer les affaires sociales, d'une part, le pouvoir de matérialiser la volonté sociale auprès des tiers, d'autre part. Le mandat social confère donc, d'un côté, une fonction de gestion interne et, de l'autre, une fonction externe, dite de représentation (**Sous-section 1**).

Pour rendre compte de la teneur de la fonction dirigeante, cette *summa divisio* légale doit être complétée par une seconde distinction qui résulte des textes : le processus de formation de la volonté sociale met effectivement en œuvre deux pouvoirs distincts : un pouvoir *interne de décision* et un pouvoir *externe d'exécution* (de représentation). À l'aune de cette seconde distinction, il sera possible de mettre en évidence que le cœur de la fonction directoriale est incontestablement constitué par le pouvoir de décision ; la fonction externe, appréhendée seule, n'apparaît au contraire que comme un simple pouvoir d'exécution (**Sous-section 2**).

L'analyse du contenu du mandat social dans cette double dimension – en tant que fonction, ou en considération des prérogatives qu'il confère – participe parallèlement de l'identification de la nature de l'objet de la délégation de pouvoirs dans ses différentes modalités d'application.

⁸⁴⁰ C. MANGEMATIN, *ibid.*, n° 121, p. 122.

Sous-section 1 / La double facette interne et externe du pouvoir directorial : la distinction entre le pouvoir de gestion et le pouvoir d'action dans la sphère externe

274. **La notion de fonction directoriale et la distinction entre la direction *stricto sensu* (ou gestion) (sphère interne) et la représentation (sphère externe).** « Représenter n'est pas gérer »⁸⁴¹ : la représentation intéresse le pouvoir d'engager juridiquement la société dans ses rapports avec les tiers, tandis que la direction *stricto sensu*, renvoie à la gestion quotidienne de la marche interne de l'activité sociale : l'organe directorial doit superviser et gérer le capital humain et financier de la société ; il doit veiller à la sécurité des salariés et à l'hygiène de leurs conditions de travail, parmi d'autres exemples. La représentation intéresse donc la sphère sociale externe, et la gestion, la sphère interne⁸⁴².

275. La fonction directoriale, définie comme celle « consistant à conduire une affaire ou les affaires d'un groupe (société, établissement, etc.), en assumant, au plus haut niveau, les responsabilités de cette charge »⁸⁴³, revêt ainsi deux facettes, interne et externe. Ces facettes sont-elles complémentaires ou autonomes ? En d'autres termes, faut-il voir dans les pouvoirs de gestion et de représentation l'expression de deux fonctions directoriales distinctes ou, au contraire, est-ce leur réunion entre les mains d'un seul agent qui donne à la fonction une coloration directoriale ?

Comme nous le verrons, le *pouvoir de représentation* en tant que tel (c'est-à-dire, sans fonction décisionnelle interne) ne correspond qu'à un pouvoir *d'exécution*⁸⁴⁴. Il ne saurait dès lors constituer à lui seul un pouvoir (et donc une fonction) directorial(e).

Nous verrons également que le *pouvoir de gestion* – qui consiste à prendre des *décisions* en ce qui concerne la marche interne de l'activité sociale⁸⁴⁵ – se trouve vidé de sa substance s'il n'est pas couplé d'un pouvoir coercitif (de mise en œuvre). L'exercice d'une fonction de gestion suppose en effet que son titulaire soit en mesure de mettre en œuvre ou de faire mettre en œuvre les décisions qu'il a prises, et donc qu'il soit également investi d'un pouvoir de représentation.

C'est donc la réunion des deux pouvoirs de gestion et de représentation qui permet d'identifier une fonction de nature directoriale.

⁸⁴¹ Cl. BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales : gérance et administration des sociétés commerciales*, Sirey, 1961, Paris : Sirey, coll. Bibl. de droit commercial, t. 3, 1961, n° 19.

276. On remarquera, à cet égard, que la notion de « dirigeant », au sens strict, ne vise que les personnes investies d'une telle fonction⁸⁴⁶. Le législateur retient toutefois, dans les textes, une acception plus large de cette notion, qui englobe l'ensemble des mandataires sociaux, soit également ceux investis uniquement d'une fonction de représentation, de contrôle ou de conseil⁸⁴⁷, le but étant de leur appliquer uniformément les règles relatives aux conventions réglementées ou interdites⁸⁴⁸ et celles relatives à leur responsabilité civile⁸⁴⁹.

277. Suivant la taille de l'entreprise, la gestion de l'activité sociale sera divisée et organisée en services distincts : services comptable, financier, juridique, ressources humaines, etc.

La gouvernance sociale, considérée dans son ensemble, se trouve dans cette hypothèse morcelée et son exercice réparti entre différents chargés de fonction.

278. Dans tous les cas, il est matériellement impossible de réduire l'activité générée par ces différents domaines à la seule réalisation d'actes juridiques au nom de la société, puisque cette catégorie d'actes intéresse exclusivement la sphère sociale externe. L'exercice de ces activités implique la réalisation d'actes tant matériels que juridiques, et il ne fait d'ailleurs aucun doute que l'organe social accomplit ces deux catégories d'actes⁸⁵⁰.

⁸⁴² En doctrine polonaise, v. J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 72, et la littérature citée, notes 2 et 3 ; J. P. NAWORSKI, « Skutki przekroczenia przez zarządy spółek kapitałowych ograniczeń do dokonywania czynności prawnych (próba wykładni art. 17 Kodeksu spółek handlowych) », P.P.H. 2001, n° 1, p. 53 ; A. SZUMAŃSKI, « Czynności prawne spółki kapitałowej podjęte przez jej zarząd bez zgody rady nadzorczej lub zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia) », P.P.H. 1997, n° 7, pp. 2 et s. ; A. ŚLĄZAK, « Konieczność uzyskania zgody na dokonanie określonych czynności prawnych w świetle art. 17 § 1 i 2 K.S.H. », *Pr. Sp.* 2004, n° 9, p. 28. V. égal. en jurisprudence, SN. 11.10.2001 r., II CKN 327/99 (inédit). En doctrine allemande, v. K. HOFMANN, *Der Prokurist : Seine Rechtsstellung und seine Rechtsbeziehungen*, 7^{ème} éd., Heidelberg, 1996, p. 33.

⁸⁴³ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « direction ».

⁸⁴⁴ *Cf. infra*, n° 347.

⁸⁴⁵ *Ibid.*

⁸⁴⁶ Comp. Ph. DIDIER, « La flexibilité de la gouvernance de la SAS », in I. URBAIN-PARLEANI et P-H. CONAC (dir.), *La société par actions simplifiée (SAS)*, Dalloz, 1^{ère} éd., coll. Thèmes et commentaires, 2016, n° 2, p. 123.

⁸⁴⁷ Comp. Ph. DIDIER, *ibid.*, n° 3, p. 124.

⁸⁴⁸ V. par ex. l'art. L. 227-12, C. com., en ce qui concerne la SAS.

⁸⁴⁹ V. par ex. l'art. L. 227-8, C. com., en ce qui concerne la SAS. En doctrine, v. P. Le CANNU, J. HEINICH, J. DEVALEE, *Rép. soc.*, *Dalloz*, v° « Société par actions simplifiée », oct. 2020 (actu : juin 2021), n° 157.

⁸⁵⁰ H. Le NABASQUE, *Le pouvoir dans l'entreprise*, Thèse, Rennes I, 1986, n° 236.

Il convient alors d'isoler, dans le cadre d'une fonction donnée, les actes qui, de par leur nature, intéressent les tiers et relèvent à ce titre de l'aspect externe de la vie sociale⁸⁵¹. Dans le cadre d'une fonction comptable, on pense par exemple aux différentes déclarations relatives aux comptes sociaux qui doivent être effectuées au nom de l'entreprise ; dans le cadre du service financier, aux opérations de crédit conclues auprès d'établissements agréés ; dans le cadre du service juridique, à la défense des intérêts de l'entreprise en justice ; dans le cadre de la gestion du capital humain, à l'embauche et au licenciement du personnel.

Ces différents actes et contrats passés avec les tiers participent du capital humain, financier et matériel nécessaire à toute activité sociale⁸⁵². En outre, la réalisation de l'objet social (comme la vente de produits ou la fourniture de services), de même que le développement de l'activité sociale, sont tournés vers les tiers, les clients⁸⁵³.

279. Certes, la notion de représentation est parfois indifféremment employée pour désigner ces deux volets de la direction. Dans une telle hypothèse cependant, elle est comprise dans un sens large : ainsi, « *dans les rapports internes, tous les organes sociaux "représentent" la société, en ce sens qu'ils manifestent sa volonté. Tel sera le cas aussi bien d'une assemblée d'associés, que d'un gérant ou d'un directeur général ; – dans les rapports de la société avec l'extérieur, seuls les "représentants légaux" sont en principe à même d'agir au nom de la société* »⁸⁵⁴.

280. À la différence des droits allemand et polonais, la distinction entre les deux facettes du pouvoir directorial – interne et externe – n'a pas été effectuée immédiatement en droit français⁸⁵⁵. Surtout, elle n'est pas toujours aussi nette, comme on le constate à travers certaines dispositions maladroites relatives à l'organisation de la société, qui semblent porter en même temps sur les deux volets de la direction sociale (§ 1). Il en va différemment dans le modèle germanique, le législateur distinguant nettement, dans les textes, d'un côté

⁸⁵¹ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 74.

⁸⁵² En effet, « *la société (...) est créée en général dans le but d'avoir des relations juridiques avec des tiers (notamment, fournisseurs, clients, bailleurs de fonds, collaborateurs), c'est-à-dire dans le but de devenir titulaire de droits et d'obligations à leur égard* » : R. RUEDIN, *op. cit.*, p. 308, n° 1709.

⁸⁵³ R. RUEDIN, *ibid.*

⁸⁵⁴ P. Le CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 500, p. 319.

⁸⁵⁵ *Cf. infra*, n° 199 et s.

la compétence consistant à « *conduire les affaires générales de la société* »⁸⁵⁶ (pouvoir de direction *stricto sensu*) et, de l'autre, le pouvoir dit de « représentation » du groupement à l'égard des tiers⁸⁵⁷ (pouvoir externe)⁸⁵⁸.

Cette césure, scellée dans les projets européens de droit des sociétés par le biais de la réglementation de la technique de la délégation de pouvoirs (§ 2) est mise en exergue dans le modèle germanique avec l'institution de la prokura, qui n'intéresse que cette seconde facette. Elle se retrouve également en droit français à travers la figure des représentants statutaires, qui remplissent un rôle analogue à celui du fondé de pouvoir (§ 3).

§ 1 – Une distinction ponctuellement malmenée dans les textes français

281. **La distinction entre les pouvoirs internes et externes dans la réglementation des deux formes de SA.** En France, la doctrine relève une confusion entre les deux domaines interne et externe du pouvoir directorial dans la réglementation, notamment, des deux formes de sociétés anonymes. En ce qui concerne les SA à conseil d'administration, le législateur prévoit, au premier alinéa de l'article L. 225-56, I, du Code de commerce, que le directeur général est investi des « *pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société* » (nous soulignons) et, au second, qu'il « *représente la société dans ses rapports avec les tiers* ». La formule « *au nom de la société* », utilisée au premier alinéa par le législateur, est ambiguë ; en effet, il est communément admis que l'action *au nom* d'autrui constitue le signe distinctif du pouvoir de représentation⁸⁵⁹. Le second alinéa de l'article, qui prévoit que le directeur général représente la société à l'égard des tiers, serait donc redondant.

⁸⁵⁶ Art. 371, § 1 K.S.H. (SA polonaise) ; art. 208, § 2, K.S.H. (S.A.R.L. polonaise) ; § 77, pt. 1, AktG (SA allemande). Le pouvoir de conduire les affaires de la société s'interprète de manière négative : il 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. La conduite des affaires de la société s'exerce collégalement dans le cadre d'un directoire pluripersonnel.

⁸⁵⁷ Le pouvoir de représentation consiste dans la mise en œuvre, dans l'ordre externe, des décisions adoptées par l'organe de direction dans l'ordre interne. Il permet de représenter la société dans « *tous les actes judiciaires et extra-judiciaires* » (art. 372, § 1, K.S.H. pour la SA polonaise ; art. 204, § 1, pour la S.A.R.L. polonaise ; § 78, pt. 1, AktG pour la SA allemande ; § 35, pt. 1, G.m.b.H.G. pour la S.A.R.L. allemande).

⁸⁵⁸ Cf. la doctrine citée *supra*, note 842.

⁸⁵⁹ Cf. *infra*, n° 547.

La doctrine s'accorde toutefois pour écarter une telle interprétation de ces deux dispositions, qui suppose de considérer l'alinéa 2 comme une simple réitération de l'alinéa 1^{er}. Au contraire, il convient bien de distinguer, au sein de l'article L. 225-56, I, du Code de commerce, la consécration de deux pouvoirs distincts⁸⁶⁰. L'alinéa 1^{er} vise en réalité 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* »⁸⁶¹. La formule selon laquelle le directeur général dispose des « *pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances* » concerne alors, en vérité, uniquement le pouvoir de gestion de cet organe (c'est-à-dire le pouvoir d'assurer et de superviser la marche des affaires sociales, ce qui implique, comme on le verra⁸⁶², un pouvoir décisionnel dans les services d'activité concernés).

Le pouvoir interne de gestion est exercé, en principe, de manière autonome et indépendante. En effet, sauf limitation interne de ce pouvoir – et sous réserve des pouvoirs attribués aux autres organes sociaux –, le directeur général (ou P-DG) peut adopter seul toutes les décisions relatives 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 produits), ainsi que le sous-tend l'expression « *agir en toute circonstance* » employée par l'article L. 225-56, I, du Code de commerce.

282. Cette interprétation est conforme à la répartition des pouvoirs interne et externe dans la société anonyme nouvelle en France. Pour cette forme sociale, l'article L. 225-64, alinéa 1^{er}, du Code de commerce reprend à l'identique la formule consacrée à l'article L. 225-56, I, alinéa 1^{er}, dudit Code (« [l]e directoire est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société », nous soulignons), tandis que l'article L. 225-66, alinéa 1^{er}, attribue au président du directoire, ou le cas échéant au directeur général unique, le pouvoir de représenter la société dans ses rapports avec les tiers. La loi attribue donc un pouvoir externe au seul président du directoire (ou directeur général unique), ce qui exclut à nouveau l'interprétation selon laquelle le directoire serait

⁸⁶⁰ H. MOUBSIT, thèse préc., p. 117.

⁸⁶¹ H. MOUBSIT, *ibid.*, p. 118.

⁸⁶² Cf. *infra*, n° 347 et 355.

investi d'un quelconque pouvoir de représentation⁸⁶³ du fait qu'il soit habilité à agir « *en toute circonstance au nom de la société* ».

283. Le pouvoir d'action dans la sphère externe, dans les deux formes de sociétés anonymes, est donc concentré – en principe⁸⁶⁴ – sur une seule tête ; il s'agit d'une compétence individuelle et propre du président du directoire⁸⁶⁵ (ou du directeur général unique) dans la société anonyme dualiste, et du directeur général (ou du P-DG⁸⁶⁶) dans la société anonyme classique.

La différence entre ces deux formes de sociétés anonymes réside dans la répartition légale des pouvoirs interne et externe : leur exercice est cumulé par un organe unique dans la structure moniste, et séparé entre deux organes dans la structure dualiste. Ainsi que le fait remarquer la doctrine, « [l]e nouvel homme fort de la S.A [classique] 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 »⁸⁶⁷. 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 de type dual, dont les actes de représentation reposent sur les décisions du directoire, organe collégial.

284. **La distinction des pouvoirs interne et externe dans la réglementation de la SAS.**

La séparation entre les deux facettes de la gouvernance sociale apparaît beaucoup plus distinctement dans la réglementation de la SAS. En effet, le législateur invite les associés

⁸⁶³ P. LE CANNU, *Rép. soc. Dalloz*, v° « Directoire et conseil de surveillance », mars 2003 (actu : févr. 2020), n° 106 ; J.-J. CAUSSAIN et H. AZARIAN, in J.-Cl. *Sociétés*, v° « Directoire », fasc. 133-50, sept. 2014 (actu. : oct. 2015), n° 126-127.

⁸⁶⁴ Le cercle restreint des personnes habilitées, en droit français, à représenter la société à l'égard des tiers peut être élargi dans les deux formes de sociétés anonymes, grâce à la technique de la délégation statutaire du pouvoir de représentation : cf. *infra*, n° 332 et s.

⁸⁶⁵ Par comparaison, le président du directoire en Pologne n'exerce, 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. Il est *primus inter pares*. Il n'y a pas de lien hiérarchique entre lui et les autres membres. Cependant, son pouvoir est susceptible d'être consolidé dans les statuts, 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).

⁸⁶⁶ Depuis lors, le président a perdu ce pouvoir de représentation de la société à l'égard des tiers, dont il était investi par la loi 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.

⁸⁶⁷ S. VENDEUIL, « Nouvelles régulations économiques et dissociation des fonctions de président du conseil et de directeur général », J.C.P. éd. E. 2001, p. 1315.

à définir dans les statuts « *les conditions dans lesquelles la société est dirigée* » (article L. 227-5 du Code de commerce)⁸⁶⁸, tandis que l'article L. 227-6 du Code de commerce investit son président du pouvoir général d'action dans la sphère externe.

On remarquera que cet article reprend, pour définir le contenu du pouvoir d'action dans la sphère externe du président de SAS, la formule selon laquelle ce dernier dispose des « *pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société dans la limite de l'objet social* », formulation que nous avons identifiée comme correspondant au pouvoir de gestion dans les deux formes de SA⁸⁶⁹. Le contenu de cette formule pour décrire les pouvoirs externes du président de SAS s'explique en vérité par des considérations historiques. En raison de la conception moniste du contrat de mandat à l'aune de laquelle la réglementation des pouvoirs des dirigeants s'est construite (la formule en cause est issue, en des termes voisins, de la loi de 1925⁸⁷⁰), les pouvoirs externes des mandataires sociaux sont apparus en France comme formant la substance ou l'essence de la gouvernance sociale⁸⁷¹.

285. Sans doute aucun, ce manque de clarté dans la formulation des pouvoirs internes de direction et externes de représentation résulte de la prépondérance traditionnellement conférée, en France, à la technique de la représentation dans la vie sociétariale.

Or, si la *prokura* intéresse par définition la sphère sociale externe⁸⁷², tel n'est pas le cas de la délégation de pouvoirs qui intéresse ces deux aspects de la direction sociale. Le pouvoir de représentation est un objet possible – et le plus fréquemment rencontré – mais non exclusif de la délégation⁸⁷³.

286. Prenant acte de la dualité d'ordres de la personne morale et d'objets du pouvoir – et donc de la fonction – directorial(e), les rédacteurs des différents projets européens de droit des sociétés ont pris le parti de distinguer la délégation du pouvoir de gestion d'une part, et la délégation du pouvoir de représentation d'autre part.

⁸⁶⁸ V. égal. l'art. L. 227-1, 3^{ème} al., C. com. qui dispose que pour les règles de la SA autres que celles qui ne s'appliquent à la SAS, « *les attributions du conseil d'administration ou de son président sont exercées par le président de la société par actions simplifiée ou celui ou ceux de ses dirigeants que les statuts désignent à cet effet* ».

⁸⁶⁹ Cf. *infra*, n° 281 et 282

⁸⁷⁰ Cf. *supra*, n° 201 et s.

⁸⁷¹ V. égal. *infra*, n° **Erreur ! Source du renvoi introuvable.**

⁸⁷² Cf. *infra*, n° 302.

⁸⁷³ Cf. *supra*, n° 237, et les références citées, note 744.

§ 2 – Une distinction scellée dans les projets européens de droit des sociétés au sujet du mécanisme de délégation de pouvoirs

287. **La distinction entre la délégation du pouvoir de gestion et de représentation dans les projets européens de droit des sociétés.** Aucun des projets européens de droit des sociétés⁸⁷⁴ ne propose un acteur comparable au fondé de pouvoir, et ce malgré l'hégémonie de la *prokura* en droit continental⁸⁷⁵. Au contraire, la technique de la délégation est visée dans le projet de règlement relatif au statut de la société privée européenne⁸⁷⁶ (ci-après SPE pour « *Societas privata Europaea* ») ainsi que dans le projet de directive sur la société unipersonnelle à responsabilité limitée (ci-après SUP pour « *Societas Unius Personae* »)⁸⁷⁷.

Dans les deux projets, les textes distinguent en revanche selon que le mécanisme de délégation porte sur le pouvoir de gestion ou de représentation.

288. **Dans le projet de société privée européenne (SPE).** L'article 33 du projet de règlement relatif au statut de la SPE, portant sur la « Représentation de la SPE vis-à-vis des tiers », dispose, dans son 3^{ème} alinéa, que « [l]es dirigeants peuvent déléguer le droit de représenter la SPE conformément aux statuts » (nous soulignons).

L'annexe I du projet, relatif aux mentions obligatoires que doivent contenir les statuts de la SPE, mentionne encore le mécanisme de la délégation en son Chapitre V, dédié à l'« *Organisation de la SPE* », au sujet de la représentation de la SPE d'une part, et de sa gestion d'autre part. Selon cette annexe, les statuts doivent préciser « *les règles de représentation de la SPE par l'organe de direction, notamment (...) les possibilités de*

⁸⁷⁴ L'unique société de capitaux supranationale en vigueur à l'heure actuelle, la société européenne (ci-après SE pour « *Societas europaea* »), issue du Règlement communautaire n° 2157/2001, du 8 octobre 2001, entré en vigueur le 8 octobre 2004, ne contient, sans surprise, aucune disposition relative à l'association d'un préposé ou d'un tiers à l'exercice du pouvoir de représentation. Le règlement instituant la SE opère des renvois constants à l'application du droit national du pays dans lequel la société a son siège statutaire. Aussi, le législateur européen laisse notamment à la législation des pays membres le soin de déterminer l'organisation et le fonctionnement de la direction interne et externe.

⁸⁷⁵ Cf. *supra*, note 28.

⁸⁷⁶ Proposition de règlement du Conseil relatif au statut de la société privée européenne du 25 juin 2008, {SEC(2008) 2098} {SEC(2008) 2099} /* COM/2008/0396 final - CNS 2008/0130, disponible en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1500140082138&uri=CELEX:52008PC0396> .

⁸⁷⁷ Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative aux sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée du 9 avril 2014, COM(2014) 212 final 2014/0120 (COD), disponible en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=COM:2014:212:FIN> .

délégation de ce droit » ainsi que « les règles régissant la délégation des pouvoirs de gestion à une autre personne ».

289. Ce projet de règlement, présenté par la Commission de l'Union européenne (anciennement Commission des Communautés européennes) au Conseil le 25 juin 2008, se donnait pour but de conférer aux petites et moyennes entreprises (ci-après PME) un cadre juridique adapté à leurs besoins spécifiques, qui permettrait leur développement au sein de l'Union. En l'absence de consensus, ce projet n'a finalement pas abouti⁸⁷⁸.

290. Plus récemment, il convient de mentionner un autre projet de « société européenne », qui se présente comme un substitut à l'échec de l'adoption de la SPE : la société unipersonnelle à responsabilité limitée.

291. **Dans le projet relatif aux sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée (ci-après SUP).** En son article 21, alinéa 2, le projet de directive du 9 avril 2014 relatif à la création de SUP interdit à l'associé unique de déléguer à l'organe de direction les décisions visées au premier alinéa. L'ensemble des décisions concernées relève de la gestion interne de la société⁸⁷⁹. La délégation du pouvoir de représentation est quant à elle réglementée à l'article 24 dudit projet, qui prévoit, en son alinéa 3, que « [l]'organe de direction peut déléguer le droit de représenter la SUP dans la mesure où les statuts l'y autorisent ». Et cet article de préciser que « [l]e devoir de l'organe de direction de déposer le bilan ou d'engager une procédure d'insolvabilité analogue ne peut être délégué ».

292. Il convient de saluer l'initiative des rédacteurs des projets européens de droit des sociétés de consacrer textuellement la possibilité d'associer une personne à la gouvernance sociale et de distinguer selon que cette association concerne la sphère sociale interne ou externe.

Cette présentation est en nette harmonie avec le modèle germanique d'association d'un tiers à l'exercice du pouvoir directorial. À l'aune de ce modèle, la « délégation du

⁸⁷⁸ La proposition de règlement relatif à la SUP n'est plus en vigueur depuis le 21 mai 2014.

⁸⁷⁹ Ainsi : « (a) l'approbation des comptes annuels ; (b) les distributions à l'associé ; (c) l'augmentation du capital social ; (d) la réduction du capital social ; (e) la nomination et la révocation des dirigeants ; (f) la rémunération, le cas échéant, des dirigeants, y compris lorsque l'associé unique est un dirigeant ; (g) le changement du siège statutaire ; (h) la nomination et la révocation du commissaire aux comptes, le cas échéant ; (i) la transformation de la SUP en une autre forme de société ; (j) la dissolution de la SUP ; (k) toute modification des statuts » : article 21, alinéa 1^{er}, du projet de Directive relatif à la SUP.

pouvoir de gestion » équivaut à la conclusion d'un contrat destiné à régir les rapports internes aux parties, dont l'objet porte sur l'exercice d'une fonction directoriale pour le compte de la société (mécanisme que l'étude proposera d'appréhender sous la notion de délégation fonctionnelle⁸⁸⁰). La « délégation du pouvoir de représentation » correspond quant à elle à l'institution germanique de la procuration – ce qui englobe la prokura, qui en constitue une variété⁸⁸¹.

293. En revanche, on constate, à la lecture de ces projets, que la faculté de déléguer doit avoir été prévue dans les statuts. C'est donc les associés qui, en amont, ont le pouvoir de décider si un dirigeant aura ou non la faculté d'associer un tiers à la gouvernance sociale.

Cette solution s'écarte de celles retenues par les différentes législations qui font l'objet de cette étude. En effet, le recours à la délégation, tant dans l'ordre interne⁸⁸² que dans l'ordre externe, ainsi qu'à la prokura⁸⁸³, relève de la décision discrétionnaire du dirigeant.

À notre sens, la faculté de recourir à ces substituts doit rester à la discrétion du dirigeant et non relever de la compétence des associés. En effet, leur institution participe de l'organisation de l'activité sociale : le chef d'entreprise – dans son rôle et sa fonction de stratège⁸⁸⁴ – doit être en mesure de mettre en place les outils indispensables à la bonne conduite des affaires sociales.

294. La césure entre le pouvoir de gestion et le pouvoir de représentation, scellée dans les projets européens de droit des sociétés, est mise en exergue dans le modèle germanique avec l'institution de la prokura, qui intéresse exclusivement cette seconde prérogative. On la retrouve en vérité également en droit français, dans la figure de la délégation statutaire.

⁸⁸⁰ Cf. *infra*, n° 373.

⁸⁸¹ Cf. *infra*, n° 296 et s.

⁸⁸² La mise en place de ce que l'étude appréhende sous la notion de délégation fonctionnelle (cf. *infra*, n° 361 et s.) s'analyse comme un acte de gestion. Bien que l'étendue du pouvoir de gestion du chef d'entreprise puisse être modulé par les associés, cette faculté ne saurait concerner, à notre sens, les fonctions dites réservées (soit celles qui relèvent du noyau irréductible de la fonction de chef d'entreprise : cf. *infra*, n° 791 et s.). Or, l'organisation de l'activité sociale participe incontestablement de ce noyau.

⁸⁸³ L'institution d'un représentant constitue en effet un acte de représentation, qui relève du pouvoir légal du chef d'entreprise : cf. *infra*, n° 663 et s., spéc. n° 673. Il en va toutefois différemment en ce qui concerne les représentants statutaires, délégués de droit spécial (cf. *supra*, spéc. n° 340), plusieurs organes concourant à leur institution en application des textes : cf. *supra*, n° 723.

⁸⁸⁴ Cf. *infra*, n° 793.

§ 3 – Une distinction mise en exergue par l’institution germanique de la prokura

295. L’institution germanique de la prokura met en exergue la césure inhérente à l’existence de deux sphères sociales ayant chacune un objet propre.

En effet, cette institution, qui n’est rien d’autre qu’un genre spécial de procuration⁸⁸⁵, n’est par définition qu’un pouvoir de représentation qui n’intéresse pas la sphère sociale interne, et donc le pouvoir et la fonction de gérer les affaires sociales (A). Vis-à-vis des tiers, le fondé de pouvoir n’en est pas moins investi de pouvoirs pratiquement aussi étendus que ceux dévolus aux organes de représentation (B). Une construction analogue apparaît en droit français à travers la figure des représentants statutaires (C).

A) *La prokura, un pouvoir de représentation exclusif de tout rapport et objet fonctionnel interne*

296. **La nature juridique univoque de la prokura.** Tandis qu’en l’absence de définition légale, la nature de la délégation de pouvoirs en droit français n’a pas fini d’être discutée en doctrine, la nature juridique de la prokura, constitutive d’une *variété*⁸⁸⁶ de procuration, est unanimement reconnue dans la doctrine ainsi que par le droit positif en Allemagne et en Pologne⁸⁸⁷.

297. Si la prokura est une institution aujourd’hui largement répandue en Europe⁸⁸⁸, remarquons qu’il n’existe pas pour autant de définition unique ou commune à l’ensemble des législations l’ayant intégrée dans leur système juridique.

⁸⁸⁵ Cf. *infra*, n° 296 et s.

⁸⁸⁶ Nous reprenons pour cette étude la nomenclature formulée par Monsieur BENABENT qui, pour clarifier la superposition des règles générales et spéciales, distingue, au sein de ce qu’il décrit comme une « hiérarchie verticale », le genre, l’espèce et la variété : A. BENABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 7, p. 22-23. Reprenant à notre compte cette classification, la représentation constitue le *genre* dont la procuration est une *espèce* (en tant que pouvoir de représentation de nature volontaire : cf. *infra*, n° 569), au sein de laquelle la prokura constitue une *variété* (en tant que pouvoir de représentation volontaire réservé à une certaine catégorie de personnes : cf. *infra*, n° 652 et s.). Comme nous le verrons, et pour reprendre les termes de cet auteur en les transposant à notre étude, « les lois du genre [propres à la représentation] s’appliquent à l’espèce [procuration], sauf dérogation ; et les lois de l’espèce s’appliquent à la variété [prokura] sauf dérogation » : A. BENABENT, *ibid.*, p. 22.

⁸⁸⁷ V. égal. en doctrine française, J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 8, pour qui la prokura allemande « trouve sa base dans le droit commun [de la représentation] », soit dans les §§ 164 à 181 du B.G.B.

⁸⁸⁸ Cf. *supra*, n° 5, et les références citées.

L'opportunité d'une définition univoque de la prokura, à vocation universelle, n'est somme toute pas démontrée. Au contraire, plusieurs éléments de définition de ce mécanisme révèlent des choix de politique législative propres à chaque pays⁸⁸⁹. De même, il n'existe pas un catalogue fermé et universel énonçant les caractéristiques de la prokura, qui permettrait de rendre compte d'un modèle unique, indépendamment du système juridique dans lequel elle fonctionne⁸⁹⁰. La plupart des législations ayant réceptionné cette technique n'ont pas consacré de définition légale de la prokura⁸⁹¹. Tel est le cas du droit allemand qui est pourtant à l'origine de ce mécanisme.

Depuis une réforme de 2003, le droit polonais propose au contraire une définition de cette institution.

298. **L'expression législative de la prokura en tant que procuration.** Le droit polonais se prononce expressément sur la nature juridique de la prokura pour la première fois à l'occasion d'une refonte du Code civil polonais par une loi du 14 février 2003, entrée en vigueur le 25 septembre de la même année⁸⁹². Le législateur polonais introduit⁸⁹³ en même temps une définition légale de cette technique. Il s'agit d'une *procuration*, aux termes de l'article 109¹ § 1 du Code civil polonais : « *La prokura est une procuration conférée par un entrepreneur soumis à l'obligation d'immatriculation au Registre central d'information relatif à l'Activité Commerciale ou au registre des entrepreneurs du*

⁸⁸⁹ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 7.

⁸⁹⁰ À titre d'exemple, le législateur suisse a adopté un modèle relatif de la prokura (*cf. infra*, n° 619 et s.), qui s'oppose au modèle absolu, connu des droits allemand et polonais (*cf. infra*, n° 610 et s.).

⁸⁹¹ La prokura connaît une définition légale en Pologne, en Lituanie, Lettonie, Estonie et Bulgarie. Elle n'est pas définie par le législateur en Allemagne, en Autriche, en Suisse, en Slovénie ainsi qu'au Lichtenstein. Dans ces pays, la définition de la prokura est le fait de la doctrine ou de la jurisprudence : J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 5.

⁸⁹² Loi du 14 février 2003 o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej (Journal officiel de la République de Pologne, ci-après Dz.U.), n° 49, poz 409.

Cette réforme a notamment eu pour objet de transposer les règles sur la prokura contenues dans le Code de commerce polonais de 1934 dans le Code civil (v. les anciens articles 60 à 65 dudit Code). Le Code de commerce, abrogé en Pologne depuis le 1^{er} septembre 2001, est remplacé par un Code des sociétés commerciales (*Kodeks spółek handlowych*, ci-après K.S.H.) du 15 septembre 2000, entré en vigueur le 1^{er} septembre 2001 (Dz. U. 2000, n° 94, poz. 1037).

⁸⁹³ Avant la réforme intervenue en 2003, la prokura se trouvait réglementée dans le Code de commerce dans une section intitulée « *Des fondés de procuration commerciaux* » (nous soulignons). Avec la réforme de 2003, le législateur polonais s'est contenté de recodifier certains principes sur lesquels cette institution repose, et qui la distinguent de la procuration générale : M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 30.

Registre National Judiciaire, qui habilite à accomplir tous les actes judiciaires et extra-judiciaires liés à l'exploitation d'une entreprise »⁸⁹⁴.

299. L'expression législative de la nature juridique de la prokura – constitutive d'une procuration – reprend l'interprétation doctrinale⁸⁹⁵ et jurisprudentielle⁸⁹⁶ de cette technique, depuis son introduction formelle⁸⁹⁷ dans le système juridique polonais en 1919⁸⁹⁸. Cette réception est expressément modelée sur la réglementation allemande de la prokura⁸⁹⁹.

300. La prokura est déjà désignée comme une variété de procuration (donc une institution autonome du mandat) au sein de la première réglementation de cette institution, contenue dans le Code de commerce général allemand de 1861⁹⁰⁰. Cette qualification n'est

⁸⁹⁴ Traduction libre de l'art. 109¹, § 1, K.C.

⁸⁹⁵ V. not. Madame KASPRZYK, qui affirme que la prokura est « *une procuration spéciale liée à l'exploitation d'une entreprise quelconque au nom et pour le compte d'une société commerciale* » (traduction libre) : M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 39 ; J. GRYKIEL, *Powstanie prokury, op. cit.*, p. 6 ; T. SIEMIATKOWSKI, *Prokura w spółkach prawa handlowego*, Warszawa, Wydawnictwo Prawnicze, 1999, p. 10. V. égal., dans la doctrine polonaise d'avant-guerre : J. NAMITKIEWICZ, *Kodeks handlowy. Komentarz*, t. I, Warszawa, 1934, p. 114 ; S. RUTKOWSKI, « Przepisy o prokurze », *Notariat-Hipoteka* 1934, n° 24, p. 224 ; H. RITTERMAN, *Zarys prawa handlowego*, Warszawa, Związek kupców-centrala, 1936, pp. 27-28. Pour plus de références sur la nature de la prokura au sein de la doctrine polonaise antérieurement à la réforme de 2003 : v. J. GRYKIEL, *ibid.*, note 1.

⁸⁹⁶ En l'absence de définition légale, plusieurs définitions jurisprudentielles de la prokura se sont succédé au cours du XX^{ème} siècle en Pologne. Bien qu'elles aient sensiblement évolué, ces différentes définitions sont unanimes sur la nature de cette technique. À titre d'exemple, et par ordre chronologique, la prokura fut successivement définie par la Cour Suprême polonaise comme « *une procuration commerciale formelle et illimitée* » (traduction libre) : S.N. 23.01.1936, C 2083/35, OSP 1937, poz. 351, p. 323 ; « *une procuration conférée par écrit habilitant le fondé de pouvoir à agir au nom et pour le compte d'une entreprise lucrative* » (traduction libre) : S.N. 30.04.1997, II UNK 82/97, OSNP 1998, n° 7, poz. 217, ainsi que comme « *une espèce particulière de procuration* » (traduction libre) : N.S.A. 15.07.2000, I SA/Kr 967/98.

⁸⁹⁷ Au XIX^{ème} siècle, la Pologne est partiellement occupée par la Prusse et l'Autriche. Aussi, l'institution de la « *Vollmacht* » et de la prokura allemande s'appliquent de fait sur son territoire, avant son indépendance, retrouvée en 1919 : *cf. supra*, n° 11.

⁸⁹⁸ Le droit polonais est l'une des premières législations à avoir réceptionné cette institution du droit commercial germanique dans son système juridique interne. Cela fait près d'un siècle qu'elle est intégrée, depuis un décret du 7 février 1919 relatif au registre du commerce (*Dekret Naczelnika Państwa o rejestrze handlowym* du 7 fév. 1919, Dz.U. n° 14, poz. 164 ze zm.) : v. les articles 36 à 43 du chapitre III intitulé « Prokura », disponibles en ligne : <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19190140164> .

⁸⁹⁹ La réglementation polonaise de la prokura ainsi que les solutions jurisprudentielles relatives à ce mécanisme sont, depuis son entrée en vigueur dans le système interne, largement inspirées du droit allemand : v. not. L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 27.

⁹⁰⁰ Le § 41, alinéa 2, de l'A.D.H.G.B., relatif aux conditions d'octroi d'une prokura, dispose que « [l]e fondé de pouvoir peut être institué soit par la remise d'une procuration spéciale pour agir expressément comme tel, soit

pas reprise dans les dispositions du nouveau Code de commerce allemand de 1897, tant, semble-t-il, elle est évidente⁹⁰¹. Rappelons, à cette occasion, que le législateur allemand n'a jamais consacré de définition légale de la prokura ; la réglementation allemande définit plutôt le « *Prokurist* » – soit le titulaire d'une prokura –, habilité à accomplir « *tous les actes judiciaires et extrajudiciaires, ainsi que toutes les opérations juridiques qu'implique l'exercice d'une activité commerciale.* » (§ 49, alinéa 1^{er}, H.G.B.).

301. **La prokura, une procuration spéciale.** La réglementation contemporaine de la prokura constitue une réglementation spéciale qui, en Pologne et en Allemagne, repose sur les règles générales de la procuration de droit commun⁹⁰². Comme l'indique la doctrine polonaise, il existe une *hiérarchie* entre la notion de procuration et celle de prokura, la première englobant la seconde⁹⁰³. En même temps, puisqu'elle est une *variété* de procuration, la prokura contient les caractéristiques communes à toutes les procurations de droit commun, aux côtés des caractéristiques qui lui sont propres⁹⁰⁴. Les règles de droit commun de la procuration s'appliquent donc à la prokura, en l'absence de dispositions

par un acte authentique, soit enfin par l'autorisation de signer la raison sociale par procuration ». L'article suivant précise encore en son premier alinéa que « [l]es pouvoirs [conférés par la prokura] tiennent lieu de toute procuration spéciale requise par les lois du pays (...) » : traduction de V. FOUCHER et L.-C.-J. TOLHAUSEN, *op. cit.*, p. 13.

⁹⁰¹ V. notre sélection d'analyses doctrinales depuis le début du siècle dernier : P. JUNG, *Handelsrecht*, München, 2005, p. 158 ; E. KLUNZINGER, *Grundzüge des Handelsrechts*, München, 2003, p. 63 ; J. SONNENSCHNEIN, B. WEITEMEYER, in N. HORN (réd.), *Handelsgesetzbuch Kommentar*, Berlin - New York, 1995, pp. 402 et 404 ; W. HILDEBRANDT, in F. SCHLEGELBERGER (réd.), *Handelsgesetzbuch*, vol. I, Berlin, 1939, p. 234 ; K. LEHMANN, *Lehrbuch des Handelsrechts*, Leipzig, 1908, p. 215 ; S. GOLDMANN, *Das Handelsgesetzbuch*, t. I, Berlin, 1901, pp. 209 et 211. Pour une bibliographie exhaustive, v. J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 41, et les références citées, note 5.

⁹⁰² J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 15.

⁹⁰³ C'est la raison pour laquelle la doctrine polonaise critique la nouvelle disposition des règles sur la procuration et la prokura, issue de la réforme de 2003. Le législateur a consacré à chacun de ces mécanismes deux sections (respectivement, les sections 2 et 3). Cette nouvelle architecture éclipse non seulement la hiérarchie entre les deux institutions, mais aussi les présente à tort sur un pied d'égalité : J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 28, et, du même auteur, « Glosa do wyroku NSA z 22.12.2004 », FSK 787/04, *Glosa* 2007, n° 2, p. 81.

⁹⁰⁴ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 7.

contraires et dans le silence des textes, aussi bien en droit allemand⁹⁰⁵ qu'en droit polonais⁹⁰⁶.

302. Comme la procuration consiste strictement en un pouvoir de représentation (d'origine volontaire⁹⁰⁷) et que la prokura en constitue un genre spécial, cette institution ne confère, en elle-même, aucune prérogative dans l'ordre interne et n'intéresse pas les rapports mutuels entre le fondé de pouvoir et la personne morale qui l'a institué.

303. **La représentation de l'entrepreneur constituant, objet exclusif de la prokura.** À la différence de la délégation de pouvoirs, qui peut porter sur une fonction directoriale interne et/ou externe⁹⁰⁸, le premier domaine est exclu du champ de compétence du fondé de pouvoir. En effet, la prokura n'est qu'une variété de procuration⁹⁰⁹ et ne concerne donc que la sphère externe de l'entreprise⁹¹⁰. Monsieur KIDYBA confirme cette analyse, en

⁹⁰⁵ M. FROMONT, A. RIEG (dir.), *Introduction au droit allemand*, *op. cit.*, p. 380 ; J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 22. En doctrine allemande, v. S. GOLDMANN, *Das Handelsgesetzbuch*, t. I, *op. cit.*, pp. 211-212 ; H. BROX, *Handel und Wertpapierrecht*, München, 2003, p. 83 ; F. LITTHAUER, U. MOSSE, *Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht)*, Berlin und Leipzig, 1920, p. 50 ; P. BÜLOW, *Handelsrecht*, Heidelberg, 2001, p. 84 ; P. JUNG, *Handelsrecht*, *op. cit.*, p. 158 ; H. OETKER, *Handelsrecht*, Berlin-Heidelberg, 2005, p. 112 ; W. RUSS, in P. GLANEGGER, G. GRAFF, C. KIRNBERGER, *et al.*, *Heidelberger Kommentar zur Handelsgesetzbuch*, Heidelberg, 2002, p. 228, et, dans la littérature polonaise : L. MOSKWA, « Prokura w prawie niemieckim », art. préc., p. 87 ; J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 41.

⁹⁰⁶ J. GRYKIEL, *ibid.*, pp. 22 et 29 ; P. ANTOSZEK, « Prokura łączna niewłaściwa oraz reprezentacja mieszana w spółce kapitałowej », P.P.H. 2010, n° 5, p. 26 ; M. BIELECKI, « Ograniczenia prokury », MoP 2007, n° 1, p. 12 ; A. WILKOWSKA-PŁÓCIENNIK, « Firma i prokura w kodeksie cywilnym », *Prokuratura i Prawo*, 2004, n° 3, p. 150. Dans ce sens égal., antérieurement à la réforme de 2003, v. L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 28. Il s'agit en vérité d'une solution constante en droit polonais, depuis la réception de cette technique dans son système juridique interne. L'applicabilité des règles de droit commun à la prokura était expressément prévue par l'article 43 du décret de 1919, et, par la suite, par le Code de commerce polonais de 1934, en son article premier. Aucune disposition n'impose dorénavant le renvoi aux règles de droit commun. Au regard de la nouvelle présentation des textes sur la prokura et la procuration (qui semblent placer ces deux institutions sur un pied d'égalité : cf. *supra*, note 903), la doctrine juge utile d'insérer dans la réglementation de la prokura un nouvel article consacrant ce renvoi : v. J. GRYKIEL, *ibid.*, *op. cit.*, p. 29, ainsi que la littérature citée, note 2.

⁹⁰⁷ Cf. *infra*, n° 551.

⁹⁰⁸ Cf. *supra*, n° 232 (définitions doctrinales de la délégation de pouvoirs), et n° 237 et s.

⁹⁰⁹ Cf. *supra*, n° 296 et s.

⁹¹⁰ L. MOSKWA, « Zakres prokury – próba oceny propozycji Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego (cz. 2) », P.P.H. 2017, p. 14 ; K. GRZEGORZ, *op. cit.*, III, p. 3.9 ; U. PROMIŃSKA in *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, réd. M. PYZIAK-SZAFNICKA, Warszawa, 2014, p. 1133. V. en doctrine allemande, W.-H. ROTH in *Handelsgesetzbuch. Kommentar*, I. KOLLER, W.-H. ROTH, W. MORCK, 5^{ème} éd., München, 2005, p. 172 ; P. SCHINKO in *Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch*, t. 1, M. STRAUBE, Wien, 2011, § 49, nb 3 ; K. SCHMIDT, *Handelsrecht. Unternehmensrecht I*, 6^{ème} éd., Köln, 2014, pp. 573–574 (cités par L. MOSKWA, *ibid.*, note 16).

écrivain que sont « *exclus de l'habilitation du fondé de pouvoir, les actes qui ne rentrent pas dans la catégorie des actes de représentation, soit les actes qui relèvent des rapports internes de l'entreprise, liés à la conduite des affaires de la société ou à sa direction, et qui consistent à prendre des décisions relatives à son activité* »⁹¹¹, tel que le fait de convoquer l'assemblée générale des associés⁹¹² ou de signer le bilan social⁹¹³.

La prokura habilite donc son titulaire à agir *au nom* d'autrui – en l'espèce, une certaine catégorie d'entrepreneur, légalement déterminée⁹¹⁴ –, et les actes accomplis dans les conditions régulières par le fondé de pouvoir, comme par tout représentant, engendrent leurs effets juridiques directement dans la sphère de l'entrepreneur représenté.

304. Si la prokura ne confère aucun pouvoir de gestion dans l'ordre interne, le *Prokurist* n'en bénéficie pas moins de pouvoirs pratiquement aussi étendus que ceux dévolus aux dirigeants au titre de leur mandat social dans les rapports externes.

⁹¹¹ A. KIDYBA (réd.), K. KOPACZYŃSKA-PIECZNIAK, E. NIEZBECKA, Z. GAWLIK, *et al.*, *Kodeks cywilny. Komentarz. t., Część ogólna*, Lex, 2009, p. 207 (traduction libre). V. égal. M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 84, pour qui la notion « *d'étendue du champ de compétences du fondé de pouvoir équivaut au contenu du rapport externe* ». Dans le même sens, v. not. L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 28, et U. PROMIŃSKA, *loc. cit.*, et, en doctrine allemande, K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, 5^{ème} éd., Köln-Berlin-Bonn-München, 1999, p. 465 (cité par L. MOSKWA, *ibid.*) et, du même auteur, *Handelsrecht. Unternehmensrecht, op. cit.*, p. 573 (cité par L. MOSKWA, « Zakres prokury – próba oceny propozycji Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego (cz. 2) », art. préc., p. 15, note 17).

⁹¹² K. OSAJDA (réd.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, 25^{ème} éd., 2020, v^o art. 109¹, pt. 63 ; L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 28, ainsi que les références citées, note 4, et, du même auteur, « Zakres prokury – próba oceny propozycji Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego (cz. 2) », art. préc., p. 14 ; U. PROMIŃSKA, *loc. cit.*

⁹¹³ M. FROMONT, A. RIEG (dir.), *Introduction au droit allemand, op. cit.*, p. 388, note 7. Il s'agit en outre, en droit allemand, d'une compétence réservée : v. le § 245 H.G.B.

⁹¹⁴ *Cf. infra*, n^o 652 et s.

B) *Le pouvoir de représentation « illimité » du fondé de pouvoir, comparable à celui des dirigeants sociaux*

305. L'objet de la prokura – qui consiste à attribuer à un représentant volontaire (conventionnel) le rôle « d'alter ego » du chef d'entreprise⁹¹⁵ – justifie qu'elle emprunte certaines caractéristiques propres à la réglementation des pouvoirs des organes de représentation : l'habilitation du fondé de pouvoir, aux contours légalement circonscrits, est pratiquement « illimitée ».

306. **L'étendue légale de la prokura.** À la différence de la délégation et des procurations de droit commun – aux contours conventionnellement définis et opposables aux tiers –, le contenu de la prokura fait l'objet d'une définition légale impérative. En ce qui la concerne, « *l'étendue de la Vollmacht [procurator] est déterminée impérativement par la loi* »⁹¹⁶. L'autonomie de la volonté des parties s'arrête donc à la confection de ce pouvoir⁹¹⁷ : ses contours sont insusceptibles d'être modifiés dans l'ordre externe – hors exception légale⁹¹⁸ –, les droits allemand et polonais ayant adopté le modèle intangible de la prokura⁹¹⁹.

Outre la définition légale de son contenu, la prokura se distingue également des autres formes de procurator par son étendue : il s'agit du pouvoir de représentation volontaire (conventionnel) le plus large connu de ces deux législations.

307. **La prokura, « procurator illimitée », constitue le pouvoir de représentation volontaire le plus large dans les deux législations.** L'étendue de la prokura – comparable à l'habilitation des organes de représentation⁹²⁰ – est définie dans des termes similaires en droits allemand et polonais. Dans la première législation, en application du § 49, alinéa 1^{er}, H.G.B., la prokura habilite à réaliser « *tous les actes judiciaires et extrajudiciaires ainsi [que] toutes les opérations juridiques qu'implique l'exercice d'une activité commerciale* »⁹²¹. En droit polonais, la prokura investit son titulaire du pouvoir

⁹¹⁵ Cf. *supra*, n° 8, et la littérature citée, notes 43 (doctrine polonaise et française) et 44 (doctrine allemande).

⁹¹⁶ Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, n° 512, p. 396.

⁹¹⁷ L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 28.

⁹¹⁸ Cf. *infra*, n° 614 et s.

⁹¹⁹ Cf. *supra*, n° 610 et s.

⁹²⁰ Cf. *supra*, note 660.

⁹²¹ Traduction de Cl. WITZ, *Le droit allemand*, *op. cit.*, p. 95. Cette définition de l'habilitation du fondé de pouvoir était déjà consacrée dans l'A.D.H.G.B. de 1861 qui, dans son § 42, disposait que « [l]es pouvoirs pour

d'« accomplir tous les actes judiciaires et extra-judiciaires liés à l'exploitation d'une entreprise » (art. 109¹ § 1 K.C.⁹²²). Le fondé de pouvoir dispose, à l'instar des représentants légaux, du pouvoir d'accomplir tous les actes relevant de la « vie quotidienne » de la société, ainsi que les actes de nature exceptionnelle⁹²³. Il peut en particulier accomplir l'ensemble des actes qu'un auteur, en France, a estimé relever du « noyau irréductible » du pouvoir directorial⁹²⁴. Madame MONSALLIER écrit en effet, en prenant comme exemple le directeur général de SA, que ce dernier dispose d' « *un minimum de pouvoirs légaux lui appartenant en propre impérativement et dont il ne peut être dépouillé (...)* [tels que] *la signature et l'endossement des effets de commerce, l'engagement et la révocation du personnel, la signature de la correspondance (...)* »⁹²⁵ (nous soulignons).

L'habilitation du fondé de pouvoir a donc une « *étendue incomparable* »⁹²⁶ à celle des représentants de droit commun, même dotés d'une procuration générale⁹²⁷. C'est la raison pour laquelle la doctrine et la jurisprudence qualifient volontiers la prokura de « *procuration illimitée* »⁹²⁸.

308. La prokura est également plus étendue que la procuration commerciale générale de droit allemand : en sus des limitations que cette dernière partage avec la prokura (l'interdiction d'aliéner et d'hypothéquer les immeubles de l'entrepreneur représenté⁹²⁹), un certain nombre d'actes supplémentaires sont exclus de son champ.

signer [du fondé de pouvoir] entraînent le droit de faire toutes les opérations et tous les actes judiciaires et extra-judiciaires que comporte l'exercice du commerce (...) » : traduction de V. FOUCHER et L.-C.-J. TOLHAUSEN, *op. cit.*, p. 13.

⁹²² Traduction libre.

⁹²³ M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 20.

⁹²⁴ Sur cette notion, v. *infra*, n° 791 et s.

⁹²⁵ M.-Ch. MONSALLIER, thèse préc., n° 201.

⁹²⁶ R. MARTIN, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, sous la direction de René ROBLOT, thèse Nancy, 1977, p. 310.

⁹²⁷ En droit polonais, le législateur prévoit que son champ est limité aux actes d'administration ordinaires (art. 98 K.C.).

⁹²⁸ Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, p. 396, n° 512. Au sein de la jurisprudence polonaise, v. S.N., 23.01.1936, arrêt préc., p. 323. V. égal. L. CREMIEUX, « De la gérance d'une entreprise commerciale », in M. E. THALER, *op. cit.*, p. 467, écrivant que « [l]a prokura (...) est le plein pouvoir qui embrasse l'ensemble d'une exploitation commerciale ».

⁹²⁹ § 54, 2^{ème} al., H.G.B. (pour la procuration commerciale) et § 49, 2^{ème} al., H.G.B. (pour la prokura).

Le titulaire d'une *handlungsvollmacht* ne peut, à la différence du fondé de pouvoir, émettre des lettres de change, contracter d'emprunts ni ester en justice⁹³⁰. Ces actes commandent l'institution d'une procuration spéciale expresse⁹³¹. En outre, les actes du fondé de procuration commerciale doivent impérativement se rattacher à l'objet social de la société⁹³², à la différence de la prokura dont le contenu est apprécié de manière abstraite, sans égard à l'activité particulière de l'entrepreneur constituant.

309. **Le principe tenant à l'indifférence de l'objet social dans la délimitation du champ de la prokura.** Le fondé de pouvoir n'est pas concerné par la limitation tirée de l'objet social de la société⁹³³. Sauf hypothèse de collusion frauduleuse⁹³⁴, le comportement du tiers (sa bonne ou mauvaise foi) est indifférent dans l'appréciation de la validité d'un acte passé en contrariété de l'objet social. En effet, en droit allemand, ce dernier dispose, en application des textes, du pouvoir d'accomplir « *tous les actes judiciaires et extra-judiciaires qu'implique l'exploitation d'une entreprise commerciale* » (§ 49, alinéa 1, H.G.B.). On comprend, par cette disposition, qu'il s'agit d'une entreprise *quelconque* (sous la réserve qu'elle soit habilitée à instituer une prokura en application des textes⁹³⁵), et non seulement de l'entreprise qui se trouve à son origine.

310. Telle était la solution également retenue traditionnellement en droit polonais : l'ancien article 61, § 1, du Code de commerce polonais de 1934⁹³⁶ prévoyait expressément que la prokura habilite à réaliser « *tous les actes judiciaires et extra-judiciaires liés à la conduite d'une entreprise quelconque* ». Toutefois, la suppression par le législateur polonais du terme « quelconque », dans la nouvelle définition de la prokura issue de la réforme du 14 février 2003 à l'article 109¹, § 1, K.C., a été perçue, par une partie de la

⁹³⁰ § 54, al. 2 H.G.B.

⁹³¹ *Ibid.*

⁹³² L. BRAEGGER, thèse préc., p. 22, note 2.

⁹³³ L. BRAEGGER, *ibid.*

⁹³⁴ *Cf. infra*, n° 613.

⁹³⁵ *Cf. infra*, n° 654.

⁹³⁶ Code de commerce du 27 juin 1934, introduit par l'Ordonnance du Président de la République polonaise du 27.10.1933, « *Kodeks handlowy* » (Dz. U. poz. 600 ze zm.), entré en vigueur le 1^{er} juillet de cette même année (Dz.U. 1934 n° 57 poz. 502), et abrogé le 1^{er} janvier 2001.

doctrine, comme une remise en cause de ce principe⁹³⁷ : l'habilitation du fondé de pouvoir n'engloberait désormais que les actes liés à une entreprise concrète, celle du constituant⁹³⁸.

Contre cette interprétation, il est possible de remarquer qu'elle telle solution serait susceptible de remettre gravement en cause la sécurité des transactions. La définition légale de l'étendue de la prokura a pour objet de permettre aux tiers de contracter avec des représentants d'entreprises sans avoir à systématiquement vérifier si l'acte en cause rentre ou non dans le champ de leur pouvoir⁹³⁹. Cet objectif serait remis en cause si l'on admettait que l'étendue de la prokura dépendait de l'activité concrète de la société qui l'a instituée, puisque le tiers devrait alors vérifier la conformité de l'acte à l'objet social, au risque de se voir opposer la nullité de l'acte. En outre, la question de savoir si un acte rentre ou non dans l'objet social d'une société donnée peut, dans certaines hypothèses, soulever des difficultés, auquel cas la validité d'un acte dépendrait *in fine* de l'appréciation souveraine des juges du fond⁹⁴⁰.

311. Une solution intermédiaire – qui viserait à assurer la sécurité des transactions tout en protégeant la société contre des engagements sans lien avec son activité – consisterait à adopter la conception concrète de l'habilitation du fondé de pouvoir, tout en réservant l'hypothèse dans laquelle le tiers est de bonne foi, autrement dit, de faire jouer la théorie de l'apparence (« *teoria pozoru prawnego* » en polonais) lorsque le tiers pouvait légitimement croire que son cocontractant avait les pouvoirs d'agir. Cette théorie a été développée dans certaines législations – comme en droit allemand (« *Rechtsscheintheorie* »)⁹⁴¹ ou en droit français⁹⁴² – afin de sauver les actes passés par des

⁹³⁷ Dans ce sens, un auteur a écrit que « [l]’une des limitations clefs de la prokura résultant de sa [nouvelle] définition consiste dans la délimitation catégorique de l’habilitation du fondé de pouvoir aux actes liés à la conduite des affaires sociales de l’entrepreneur constituant » puisque le législateur a spécialement délaissé la formule « d’une entreprise quelconque » : M. BIELECKI, « Ograniczenia prokury », art. préc., p. 11.

⁹³⁸ Dans ce sens, M. BIELECKI, *ibid.* ; M. PAZDAN, « O rolach, w jakich może występować prokurent przy dokonywaniu czynności prawnych », *Rej.* 2003 n° 12, p. 11. *Contra*, K. OSAJDA (réd.), *Kodeks cywilny, op. cit.*, v° art. 109¹, pt. 62.1 ; T. SIEMIĄTKOWSKI, « Instytucja prokury w projekcie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego », *Pr. Sp.* 2002, n° 5, p. 103 ; L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 33.

⁹³⁹ *Cf. supra*, n° 449, spéc. note 1325.

⁹⁴⁰ K. OSAJDA (réd.), *Kodeks cywilny, op. cit.*, v° art. 109¹ K.C., pt. 62.1.

⁹⁴¹ G. REINER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand », in D. MAZEAUD, *et al.*, *op. cit.*, p. 31. La procuration apparente se nomme « *Anscheinsvollmacht* » : *ibid.*

⁹⁴² Consacrée par réforme du droit des contrats de 2016 à l'article 1156 du Code civil, cette théorie n'apparaît que de manière exceptionnelle sous l'Ancien droit, en application de l'adage « *error communis facit jus* » avant d'être développée et généralisée au cours des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles : Ch.-W. CHEN, thèse préc., n° 98, p. 56, ainsi que les références citées.

personnes dénuées de pouvoir ou outrepassant leur pouvoir, au nom de la sécurité des transactions. Toutefois, *de lege lata*, le droit polonais ne reconnaît pas cette théorie⁹⁴³. La seule issue⁹⁴⁴ offerte par le droit commun pour sauver un acte passé par une personne dénuée de pouvoir ou outrepassant ses pouvoirs consiste donc dans sa ratification par le représenté (article 103 K.C.).

Les effets de la thèse de l'habilitation concrète du fondé de pouvoir (la nullité de l'acte passé en contrariété de l'objet social) ne pouvant *de lege lata* être tempérés en droit polonais, celle-ci doit donc être rejetée : l'insécurité juridique qui découlerait d'une telle interprétation est en effet contraire à la finalité du modèle intangible et immuable de la *prokura* adopté en droit polonais⁹⁴⁵. Son contenu doit donc continuer à être apprécié de manière abstraite, malgré la suppression par le législateur de l'adjectif « *quelconque* » au sujet de l'activité du constituant.

312. L'indifférence portée à l'objet social dans l'appréciation de l'étendue de la *prokura* – pourtant simple technique d'organisation volontaire (conventionnelle) de l'entreprise – contraste avec le régime applicable à l'étendue des pouvoirs des organes de représentation en France puisque, dans l'ensemble des sociétés à risque limité, le législateur français subordonne la validité des actes passés en dehors de l'objet social à la bonne foi du tiers. En effet, la société n'est pas engagée si celui-ci a connaissance du dépassement (il est de mauvaise foi), ou que ce dépassement est manifeste (il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances)⁹⁴⁶.

Ce régime est une application de la doctrine *ultra vires* en droit des sociétés⁹⁴⁷, qui considère nuls les actes passés par les dirigeants en dehors de l'objet social. Au contraire, cette doctrine n'a pas été retenue par les législateurs allemand et polonais⁹⁴⁸. Par conséquent, les organes de représentation, dans ces deux législations, ne connaissent pas

⁹⁴³ M. SMYK, thèse préc., II, III, § 1.

⁹⁴⁴ Toutefois, si la personne démunie de pouvoirs accomplit des actes de manière répétée au nom d'autrui et sans opposition de sa part (le pseudo représenté tolère les agissements du pseudo représentant), il sera possible de chercher à caractériser l'existence d'une procuration tacite : M. SMYK, *ibid.*

⁹⁴⁵ Cf. *infra*, n° 610 et s. Modèle qui s'oppose au système « mixte » ou « relatif » de la *prokura* : v. *infra*, n° 619 et s.

⁹⁴⁶ V. par ex. les art. L. 223-18, al. 5 (S.A.R.L.), et L. 227-6, al. 2 (SAS).

⁹⁴⁷ Z. JARA (réd), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, C.H. Beck, 3^{ème} éd., 2020., v° art. 204 K.S.H., II, pt. 2.

⁹⁴⁸ Z. JARA (réd), *ibid.*

de limitations similaires à celles applicables à leurs homologues en droit français : le législateur ne conditionne pas leur action à leur conformité à l'objet social⁹⁴⁹.

313. Le droit français ayant consacré la doctrine *ultra vires* en ce qui concerne la représentation organique, il va de soi que la consécration, *de lege feranda*, d'un pouvoir de représentation spécialement façonné pour les besoins de l'activité commerciale devrait s'accompagner d'une limitation analogue. En effet, un simple représentant conventionnel ne saurait disposer de pouvoirs théoriquement plus étendus que ceux des organes de représentation, la société constituant un ensemble hiérarchiquement ordonné de manière impérative⁹⁵⁰.

314. La définition de l'habilitation du fondé de pouvoir – « alter ego » du chef d'entreprise⁹⁵¹ – est en vérité identique à celle des organes de représentation, sous réserve des actes limitativement énumérés qui sont exclus du champ de la prokura⁹⁵². C'est pourquoi il n'est possible de dresser qu'une liste d'exemples d'actes que le fondé de pouvoir est habilité à accomplir⁹⁵³ (1) et de délimiter le champ de son habilitation de manière négative⁹⁵⁴, le législateur ayant expressément exclu certaines catégories d'actes de celui-ci (2). À cet égard, une particularité du droit allemand concerne la possibilité d'élargir le champ matériel de la prokura à cette catégorie d'actes (3).

⁹⁴⁹ Z. JARA (réd), *ibid.*

⁹⁵⁰ Cf. *infra*, n° 528, spéc. note 1531.

⁹⁵¹ Cf. *supra*, n° 8, et la littérature citée, notes 43 (doctrine polonaise et française) et 44 (doctrine allemande).

⁹⁵² Cf. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, n° 512, p. 396 ; M. KASPRZYK, *op. cit.*, pp. 91 et 93. Dans les différentes législations étudiées, les représentants légaux sont habilités à effectuer tous les actes judiciaires et extrajudiciaires de la société : v. par ex. en droit polonais l'art. 372, § 1, K.S.H. (S.A.) et l'art.204 § 1 K.S.H. (S.A.R.L.) et, en droit allemand, v. le § 78, al. 1 AktG (S.A.) et le § 35, pt. 1, GmbH-Gesetz (S.A.R.L.).

⁹⁵³ L. BRAEGGER, thèse préc., p. 32 ; M. PAZDAN, « O rolach, w jakich może występować prokurent przy dokonywaniu czynności prawnych », art. préc., p. 12.

⁹⁵⁴ L. BRAEGGER, thèse préc., p. 33 ; M. KASPRZYK *op. cit.*, p. 86.

1) Exemples d'actes contenus dans le champ de la prokura

315. **Actes de vente, d'achat, de fourniture de service.** Le fondé de pouvoir est habilité à acquérir tous les biens mobiliers corporels (outils, machines, matières premières, marchandises) et incorporels (droits de propriété intellectuelle) ainsi que les biens immobiliers ou les droits réels mobiliers ou immobiliers, et ce sans limitation de montant⁹⁵⁵ ; il a le pouvoir de disposer (vendre ou louer) des biens meubles sur lesquels il peut consentir toute forme de garantie ou sûreté pour garantir l'engagement d'un tiers⁹⁵⁶ ; accepter⁹⁵⁷ et concéder des libéralités⁹⁵⁸, étant entendu que toute forme d'aliénation portant sur les biens immobiliers sort quant à elle de son champ de compétence⁹⁵⁹ ; le fondé de pouvoir peut conclure au nom de la société tous contrats de livraison, d'assurance⁹⁶⁰, de service, d'entreprise, de travail, de bail, de transport, et instituer toute procuration de droit commun⁹⁶¹, que ce soit en tant que client ou prestataire, acheteur ou vendeur, bailleur ou locataire, etc.⁹⁶². Il peut valablement conclure un contrat contenant une clause compromissoire⁹⁶³.

316. **Droit du travail.** Le fondé de pouvoir est compétent pour employer des salariés ainsi que pour les licencier⁹⁶⁴, c'est-à-dire qu'il n'a pas besoin de procuration spéciale (expresse) pour effectuer ces actes.

⁹⁵⁵ M. PAZDAN, « O rolach, w jakich może występować prokurent przy dokonywaniu czynności prawnych » art. préc. ; M. KASPRZYK, *op. cit.*, pp. 91 et 92 ; L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 33.

⁹⁵⁶ L. BRAEGGER, thèse préc., p. 32 ; M. KASPRZYK, *ibid.*, p. 91 ; L. MOSKWA, *ibid.* En jurisprudence polonaise, v. SA Poznan 28.04.1992, I Acr 111/92, OG 1992 z.r. poz. 73 (cité par M. KASPRZYK, *ibid.*, p. 92)

⁹⁵⁷ L. MOSKWA, *loc. cit.*

⁹⁵⁸ L. BRAEGGER, thèse préc., p. 33.

⁹⁵⁹ L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 34. V. égal. *infra*, n° 322.

⁹⁶⁰ L. BRAEGGER, thèse préc., p. 32.

⁹⁶¹ À l'exclusion d'une procuration générale en droit polonais : v. l'art. 109⁶ K.C. et *infra*, n° 677, spéc. note 2050.

⁹⁶² M. KASPRZYK, *op. cit.*, pp. 91 et 92 ; L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 33.

⁹⁶³ En droit polonais, v. avis SN., 30 oct. 2008, [II CSK 263/08](#).

⁹⁶⁴ L. BRAEGGER, thèse préc., pp. 32-33 ; M. PAZDAN, « O rolach, w jakich może występować prokurent przy dokonywaniu czynności prawnych » art. préc. ; M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 92.

317. **Finance sociale.** Sur le plan financier, le fondé de pouvoir est habilité à prêter ou contracter un emprunt au nom de la société sans limitation de montant⁹⁶⁵, le taux et les conditions de l'emprunt étant à sa discrétion⁹⁶⁶ ; il peut signer et accepter les lettres de change, chèques ou autres effets de commerce⁹⁶⁷ ; il peut concéder des garanties au nom de la société, tel un cautionnement⁹⁶⁸.

318. **L'accomplissement « d'actes judiciaires ».** En droits allemand et polonais, il est acquis que la prokura, de par son étendue, englobe la procuration processuelle⁹⁶⁹ (homologue du mandat *ad litem* français). Le fondé de pouvoir n'a donc pas besoin de recevoir une habilitation spéciale et expresse pour réaliser des actes de procédure.

Cette solution repose sur la définition de la prokura, qui confère le pouvoir d'accomplir « *tous les actes judiciaires* » (article 109¹, § 1, K.C. et § 49, alinéa 1, H.G.B). Cette formule englobe les actes procéduraux accomplis devant les organes étatiques⁹⁷⁰ (les juridictions civiles⁹⁷¹, du travail⁹⁷², commerciales⁹⁷³, administratives⁹⁷⁴, pénales⁹⁷⁵ ou

⁹⁶⁵ M. KASPRZYK, *op. cit.*, pp. 91 et 92 ; L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 33.

⁹⁶⁶ L. BRAEGGER, thèse préc., p. 32.

⁹⁶⁷ L. BRAEGGER, *ibid.* ; M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 91 ; L. MOSKWA, *loc. cit.* En jurisprudence polonaise, v. par ex. SN., 10 mai 1935, C II 354/35.

⁹⁶⁸ V. par. ex. au sein de la jurisprudence polonaise : SA Poznań, 28 avril 1992, I ACr 111/92, *Orzecznictwo Gospodarcze* 1992, n° 4, poz. 73.

⁹⁶⁹ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 9 ; M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 87 ; S. MACHALSKI « Stanowisko prokurenta według KPC z uwzględnieniem prawa upadłościowego », P.P.H 1936, n° 1-3, pp. 7 et s.

⁹⁷⁰ L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 33 ; M. KASPRZYK, *ibid.* En Pologne, seules sont concernées les juridictions du 1^{er} et du 2nd degré, l'article 393², § 1, du Code de procédure civile polonais imposant la qualité d'avocat ou de conseiller juridique aux personnes formant un pourvoi devant la Cour Suprême polonaise (*a contrario*, le fondé de pouvoir remplissant ces conditions peut agir devant la Haute juridiction) : M. KASPRZYK, *ibid.*, p. 91, et la littérature citée, note 190. Comp. en droit français, où la jurisprudence décide qu'un directeur peut recevoir un pouvoir spécial du gérant aux fins de former un pourvoi en cassation dans la mesure où la matière litigieuse le dispensait de la présence d'un avocat : Cass. soc., 23 mai 1979 : *Bull. civ.* V, n° 445.

⁹⁷¹ L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 33 ; M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 88.

⁹⁷² L. MOSKWA, *ibid.*

⁹⁷³ L. MOSKWA, *ibid.*

⁹⁷⁴ L. MOSKWA, *ibid.* ; M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 88. Par exemple, dans le cadre d'une procédure fiscale : L. BIELECKI, P. MALINOWSKI, « Instytucja pełnomocnictwa w praktyce organu podatkowego », CASUS 2007, n° 1, p. 22.

⁹⁷⁵ M. KASPRZYK, *ibid.* En droit polonais, v. dans ce sens l'avis SN., 26 nov. 2003, I KZP 28/03, OSNKW 2004, n° 1, poz. 2.

autres autorités de l'État, comme l'Autorité de Protection de la Concurrence et des consommateurs⁹⁷⁶), ou extra-étatiques (les instances arbitrales)⁹⁷⁷.

Ainsi, le fondé de pouvoir est habilité à ester en justice au nom de l'entreprise représentée⁹⁷⁸, par exemple afin de faire obstacle à la violation d'un droit de la société ou de sanctionner une telle violation (tel un droit de propriété intellectuelle), d'engager des poursuites ou d'y mettre fin⁹⁷⁹, décider de faire ou non appel d'une décision⁹⁸⁰. Le fondé de pouvoir est compétent pour conférer des procurations processuelles à d'autres représentants afin d'agir devant les tribunaux étatiques, arbitraux, ou d'autres organes⁹⁸¹ (par exemple devant un office de propriété intellectuelle). En outre, il est acquis que le fondé de pouvoir est compétent pour transiger et compromettre sur toutes les affaires liées à l'activité de la société qu'il représente⁹⁸². Il est également compétent pour prendre des décisions relatives à la procédure arbitrale (lieu de l'arbitrage, langue dans laquelle se déroule la procédure, etc.)⁹⁸³.

319. Toute une série d'actes, qui rentrent dans le champ de la prokura, sont par comparaison exclus pour le délégataire qui ne justifie pas d'un pouvoir spécial exprès. Ainsi pour les actions en justice⁹⁸⁴, pour accorder un emprunt ou une garantie, obtenir un crédit⁹⁸⁵, aliéner les biens de la société : tous ces actes s'apparentant à des actes de disposition, le délégataire doit, conformément au droit commun, justifier d'un pouvoir de représentation exprès pour les accomplir⁹⁸⁶.

⁹⁷⁶ « *Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów* » : L. MOSKWA, « *Nowe przepisy o prokurze* », art. préc., p. 33.

⁹⁷⁷ M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 88.

⁹⁷⁸ L. BRAEGGER, thèse préc., p. 33 ; M. KASPRZYK, *ibid.* ; L. MOSKWA, *loc. cit.*

⁹⁷⁹ M. KASPRZYK, *ibid.*

⁹⁸⁰ M. KASPRZYK, *ibid.*

⁹⁸¹ M. KASPRZYK, *ibid.*

⁹⁸² L. BRAEGGER, thèse préc., p. 32 ; M. KASPRZYK, *ibid.* ; L. MOSKWA, « *Nowe przepisy o prokurze* », art. préc., p. 33.

⁹⁸³ M. PAZDAN, « *O rolach, w jakich może występować prokurent przy dokonywaniu czynności prawnych* », art. préc.

⁹⁸⁴ Du moins, lorsque le délégataire est un tiers à la société : *cf. infra*, n° 430.

⁹⁸⁵ CA Paris, 4 oct. 1968 : *D.* 1969. Somm. 41. – Orléans [aud. sol.], 15 juin 1973 : *J.C.P.* 1974. IV. 56. – Paris 8 oct. 1990, *D.* 1990. IR 247.

⁹⁸⁶ *Cf. infra*, n° 428.

320. Il est encore possible de définir l'étendue de l'habilitation du fondé de pouvoir de façon négative, le législateur ayant expressément exclu certaines catégories d'actes du champ de la prokura.

2) *Les actes exclus de la prokura*

321. Parmi les actes exclus du champ de la prokura, il convient de distinguer ceux qui sont expressément visés par le législateur de ceux qui découlent de la nature de cette institution.

Les actes expressément exclus de la prokura concernent les actes de disposition sur les biens immobiliers de la société.

322. **Les actes de disposition sur les biens immobiliers de la société expressément exclus du champ de la prokura.** En droit allemand, le § 49 H.G.B. dispose, en son 2^{ème} alinéa, que le « *fondé de pouvoir ne peut aliéner ni grever de charges réelles des immeubles que lorsque des pouvoirs lui ont été spécialement concédés* »⁹⁸⁷. Une disposition similaire se trouve dans le Code civil polonais, où il est indiqué qu'une « *procuracion pour l'accomplissement d'un acte déterminé* » est nécessaire afin de procéder à la « *cession du fonds de commerce, à sa location-gérance, à l'aliénation ou au nantissement de biens immobiliers* » (art. 109³ K.C.)⁹⁸⁸. Conformément aux textes de ces deux législations, le fondé de pouvoir n'a pas le pouvoir de vendre ni de louer un bien immobilier de l'entrepreneur représenté, ou d'en disposer d'une tout autre manière⁹⁸⁹. Il ne peut pas non plus grever ses immeubles d'un quelconque droit immobilier (par exemple constituer une hypothèque, un usufruit ou une servitude⁹⁹⁰). Ces matières relèvent en principe du monopole des représentants légaux, à moins que le fondé de pouvoir puisse justifier d'un pouvoir (procuracion) spécial(e)⁹⁹¹.

⁹⁸⁷ Traduction de L. BRAEGGER, thèse préc., p. 34.

⁹⁸⁸ Traduction libre.

⁹⁸⁹ L. BRAEGGER, thèse préc., p. 35.

⁹⁹⁰ L. BRAEGGER, *ibid.*

⁹⁹¹ L. BRAEGGER, *ibid.*, p. 34 et J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 43 (droit allemand) ; M. PAZDAN, « O rolach, w jakich może występować prokurent przy dokonywaniu czynności prawnych », art. préc., n° 12, p. 14 ; J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 9 (droit polonais).

323. L'exclusion des actes les plus graves du champ des techniques de représentation volontaire (conventionnelle) les plus étendues est traditionnelle. On retrouvait cette limitation de la prokura (procurator « illimitée »⁹⁹²) dans l'A.D.H.G.B.⁹⁹³ ainsi que dans la figure romaine de la *procuratio cum libera administratione*, qui habilitait son porteur à administrer toutes les affaires du constituant sans avoir à requérir de pouvoir spécial, à l'exclusion des libéralités et de l'aliénation des biens immobiliers⁹⁹⁴.

Il reste à déterminer les limites intrinsèques à l'institution étudiée.

324. **Les limites intrinsèques à la prokura.** En droit polonais, le législateur précise que la prokura habilite son titulaire à effectuer des actes « liés à l'exploitation d'une entreprise » (article 109¹, § 1, K.C.) et, en droit allemand, qu'elle habilite à réaliser ceux « qu'implique l'exercice d'une activité commerciale » (§ 49, alinéa 1, H.G.B.). Sont ainsi exclus du champ de la prokura, dans ces deux législations, les actes de nature privée⁹⁹⁵, par exemple en matière de succession (rédaction d'un testament⁹⁹⁶) ou de droit de la famille (ainsi du contrat de mariage⁹⁹⁷). Il existe par ailleurs des actes dont la nature personnelle exclut qu'ils soient accomplis par un fondé de pouvoir, bien qu'ils puissent être rattachés à l'exploitation d'une entreprise. Notamment, le fondé de pouvoir ne saurait représenter le maître de l'affaire dans un procès pénal intenté à son encontre (par exemple pour cause de spéculation illicite⁹⁹⁸) ou prêter serment aux lieu et place de ce dernier⁹⁹⁹. En ce qui concerne plus spécifiquement le droit polonais, comme le législateur polonais lie expressément l'institution de la prokura à la *conduite des affaires sociales* de l'entreprise, une partie de la doctrine en déduit que sont également exclus de son champ les actes qui

⁹⁹² Cf. *supra*, n° 307 et s., ainsi que les auteurs cités, note 928.

⁹⁹³ V. dans la première réglementation de la prokura, le § 42, 2^{ème} alinéa, de l'A.D.H.G.B., en vertu duquel « le fondé de pouvoirs ne peut aliéner ni hypothéquer des immeubles, que lorsqu'il y a été formellement autorisé » : traduction de V. FOUCHER et L.-C.-J. TOLHAUSEN, *op. cit.*, p. 13. En doctrine allemande, v. C. CALMON, *op. cit.*, p. 11.

⁹⁹⁴ F. CAGNINACCI, thèse préc., p. 215, et les références citées, notes 91 et 92. La construction de la procurator *cum liberia* n'a reçu qu'un faible écho au sein de la doctrine de l'Ancien Régime (v. les auteurs en faveur et contre cette institution, cités par F. CAGNINACCI, *ibid.*, pp. 215-219), et se trouve condamnée dans des arrêts rendus au XVIII^{ème} siècle (*ibid.*, pp. 219-220). Elle n'a pas été reprise par les rédacteurs du Code civil.

⁹⁹⁵ M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 180 ; K. GRZEGORZ, *op. cit.*, III, pt. 3.9.

⁹⁹⁶ M. FROMONT, A. RIEG (dir.), *Introduction au droit allemand*, *op. cit.*, p. 380 ; L. BRAEGGER, thèse préc., p. 34.

⁹⁹⁷ M. FROMONT, A. RIEG (dir.), *ibid.* ; L. BRAEGGER, *ibid.*

⁹⁹⁸ L. BRAEGGER, *loc. cit.*

⁹⁹⁹ L. BRAEGGER, *loc. cit.*

conduisent à la fin de son exploitation (ainsi de la déclaration de la cessation de paiement de l'entreprise ou de la demande tendant à sa dissolution-liquidation)¹⁰⁰⁰.

325. L'exclusion de cette catégorie d'actes du champ de compétence du fondé de pouvoir peut en vérité également s'expliquer sur un autre fondement. Leur caractère « stratégique » – car intimement liés à la vie de l'entreprise – indique que leur accomplissement devrait relever de la compétence exclusive du chef d'entreprise¹⁰⁰¹. En élargissant cet exemple et cette conclusion à l'ensemble des décisions et obligations qu'il est possible de rattacher à la définition de la stratégie (à la « vie ») de l'entreprise, il sera possible de constater une nouvelle distorsion entre l'objet de la fonction et celui du pouvoir à travers l'institution de la prokura. En effet, en raison de l'étendue quasi-« illimitée » de son habilitation, le fondé de pouvoir a matériellement le *pouvoir* d'accomplir des actes relevant de ce domaine (par exemple signer un marché crucial pour l'entreprise, contracter un emprunt¹⁰⁰²), mais que tel n'est pas sa *fonction* ou, plus exactement, que sa fonction, dans ces domaines, se limite nécessairement à une fonction « d'exécutant » et non de « décideur ». S'il en allait autrement, le fondé de pouvoir perdrait sa « casquette » de simple substitut pour être traité comme un gérant de fait¹⁰⁰³.

Cet exemple met en évidence que ce n'est pas l'exercice du pouvoir de représentation qui légitimerait pareille requalification, mais l'exercice, en fait, par le *Prokurist*, d'un pouvoir de *décision* dans des matières réservées au chef d'entreprise, circonstance rendue possible à la fois en raison de l'étendue « illimitée » et « abstraite » de son habilitation (absence de *numerus clausus* de ses attributions) et du contenu impératif de celle-ci dans les rapports externes.

Il invite également à se réinterroger sur le bien-fondé de l'exclusion traditionnelle de l'accomplissement d'une certaine catégories d'actes par des personnes autres que le chef d'entreprise. Nous prendrons l'exemple de la déclaration de la cessation de paiement de l'entreprise dans la mesure où, en dépit de son caractère « essentiellement personnel »,

¹⁰⁰⁰ U. PROMIŃSKA in *Kodeks cywilny, op. cit.*, p. 1133.

¹⁰⁰¹ Puisque c'est ce rôle de stratège du chef d'entreprise qui participe du « noyau irréductible » de la fonction directoriale : *cf. infra*, n° 793.

¹⁰⁰² Plus fondamentalement, la caractère stratégique ou non d'un acte donné dépend dans une large mesure du secteur d'activité de l'entreprise.

¹⁰⁰³ *Cf. infra*, n° 819 et s.

réserver la qualité de déclarant au seul chef d'entreprise peut prêter à discussion¹⁰⁰⁴. Cet acte ne se résume pas à la mise en œuvre d'une prérogative, mais constitue avant tout une obligation légale pour les entreprises qui se trouvent dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec leur actif disponible, et dont l'inexécution ou la mauvaise exécution se trouve sanctionnée par le droit. Il existe donc deux manières d'appréhender cet acte : en tant que pouvoir d'une part, et en tant qu'obligation – ou fonction – d'autre part.

Au bénéfice de cette distinction, il devient possible d'accepter qu'une personne autre que le chef d'entreprise soit seulement *matériellement* en mesure d'accomplir des actes inhérents à l'exercice d'un mandat social (sur le fondement d'un *pouvoir*), sans pour autant conclure que leur accomplissement relèveraient de sa *fonction*, et donc de sa responsabilité.

326. Reste à envisager la question de l'accroissement des pouvoirs du titulaire d'une prokura, qui est subordonnée à une habilitation spéciale du fondé de pouvoir pour l'accomplissement des actes expressément exclus du champ de la prokura. Cette habilitation n'a pas des contours strictement identiques dans les deux législations : elle trouve son fondement dans une procuration distincte en droit polonais¹⁰⁰⁵, conformément à la lettre de l'article 109³ K.C., tandis qu'elle peut également résulter d'un élargissement matériel de la prokura en droit allemand.

¹⁰⁰⁴ En droit français, en application des articles L. 631-4 et L. 640-4 du Code de commerce, le débiteur a l'obligation de solliciter l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire dans les quarante-cinq jours de la cessation des paiements.

¹⁰⁰⁵ M. PAZDAN, « O rolach, w jakich może występować prokurent przy dokonywaniu czynności prawnych », art. préc., p. 14.

3) *La possibilité reconnue par le droit allemand d'élargir le champ de la prokura*

327. **L'établissement d'une procuration autonome et l'élargissement matériel de la prokura.** L'habilitation spéciale requise par le § 49, alinéa 2, du H.G.B. pour l'accomplissement des actes exclus du champ de la prokura peut procéder – outre l'établissement d'une procuration spéciale distincte¹⁰⁰⁶ – d'un élargissement matériel de la prokura¹⁰⁰⁷, grâce à une clause spécifique (communément qualifiée de *Immobiliarklausel* ou de *Grundstücksklausel*)¹⁰⁰⁸. L'étendue de l'élargissement de la prokura dépend de la volonté du constituant : il peut comprendre l'habilitation à disposer et à nantir les immeubles ou une seule catégorie de ces actes¹⁰⁰⁹.

328. L'élargissement matériel de la prokura en droit allemand est subordonné au respect des conditions de validité de la prokura (notamment l'établissement d'un pouvoir exprès¹⁰¹⁰ et écrit¹⁰¹¹) et se voit appliquer son régime (en ce qui concerne par exemple l'extinction de l'habilitation, la limitation de l'élargissement à une filiale ou à une succursale (prokura divisionnelle¹⁰¹²) ou l'interdiction de substitution¹⁰¹³). En particulier,

¹⁰⁰⁶ BayObLG, 15 févr. 1971, Az.: 2 Z 83/70, DB 1971, 522–523 ; S. BIELFELDT, « *Die Prokura (Teil 2)* », *Rechtspflege Studienhefte* 2010/5, p. 170 ; D. JOOST in *Handelsgesetzbuch. Großkommentar. Zweit er Band*, §§ 48–104, C.W. CANARIS, M. HABERSACK, C. SCHÄFER, Berlin, 2008, pp. 69–70 ; P. KREBS in *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, t. I, *Erstes Buch. Handelsstand*, §§ 1–104 a, K. SCHMIDT, München, 2016, § 49, nb 56, 57 ; A. STEINBECK, *Handelsrecht*, Baden-Baden, 2017, p. 135 ; C. WAGNER in *HGB. Kommentar zu Handelsstand, Handelsgesellschaften, Handelsgeschäften und besonderen Handelsverträgen (ohne Bilanz-, Transport- und Seerecht)*, V. RÖHRICHT, F. GRAF VON WESTPHALEN, U. HAAS, Köln, 2014, § 49, nb 21, 22 (cité par L. Moskwa, « *Zakres prokury – próba oceny propozycji Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego (cz. 2)* », art. préc., p. 15, note 24.

¹⁰⁰⁷ L. MOSKWA, « *Zakres prokury – próba oceny propozycji Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego (cz. 2)* », art. préc., p. 15 ; K. GRZEGORZ, *op. cit.*, II, pt. 2.2, et la littérature allemande citée par l'auteur, note 40 : K. HOFMANN, *Der Prokurist – Seine Rechtsstellung und seine Rechtsbeziehungen*, 5^{ème} éd., Heidelberg 1986, p. 79.

¹⁰⁰⁸ L. MOSKWA, *ibid.*

¹⁰⁰⁹ L. MOSKWA, *ibid.*

¹⁰¹⁰ *Cf. supra*, n° 414.

¹⁰¹¹ *Cf. infra*, n° 412.

¹⁰¹² *Cf. infra*, n° 616.

¹⁰¹³ L. MOSKWA, « *Zakres prokury – próba oceny propozycji Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego (cz. 2)* », art. préc., p. 15.

l'élargissement de la prokura doit faire l'objet d'une publicité au registre du commerce¹⁰¹⁴ (celle-ci revêtant toutefois un caractère purement déclaratif¹⁰¹⁵).

329. En droit polonais, il n'est possible d'investir le fondé de pouvoir du pouvoir de réaliser les actes exclus du champ de la prokura que pour des actes individuels¹⁰¹⁶, l'article 109³ K.C. exigeant expressément une « *procuracion pour l'accomplissement d'un acte déterminé* ». Le droit allemand permet au contraire d'investir le fondé de pouvoir du pouvoir d'effectuer de manière générale les actes (ou une catégorie d'actes) exclus de son champ, construction qui est particulièrement opportune pour les sociétés dont l'objet social consiste dans l'exercice d'une activité immobilière. On remarquera à cet égard qu'en Pologne, l'une des propositions du Projet de modification du Code civil en matière de représentation (prokura)¹⁰¹⁷ visait précisément à introduire la possibilité d'élargir la prokura sur le modèle du droit allemand pour les sociétés exerçant ce type d'activité. Cette proposition de modification n'a toutefois pas été consacrée par la loi du 16 décembre 2016¹⁰¹⁸ qui a refondu les textes sur la prokura en Pologne.

330. Une analogie peut être proposée entre la figure du fondé de pouvoir et celles des représentants statutaires en droit français. Il apparaîtra en effet que la délégation statutaire ne concerne, à l'instar de la prokura, que la sphère sociale externe, donc qu'elle ne confère, en tant que telle, qu'un pouvoir de représentation. L'institution de ces deux catégories d'agents est également facultative. On déduit également de l'étendue de leurs pouvoirs respectifs qu'ils ont vocation à remplir le rôle d'alter ego de l'entrepreneur dans la sphère externe (grâce à l'exercice du « pouvoir général de représentation »). Les directeurs généraux et directeurs généraux délégués ont néanmoins un statut et un rôle plus importants, dans la mesure où ils ont la qualité de mandataire social et que leurs pouvoirs sont le reflet exact de ceux du chef d'entreprise dans la sphère externe.

¹⁰¹⁴ L. MOSKWA, *ibid.* Cf. *égal infra*, n° 450, sur les modalités de la publicité de la prokura.

¹⁰¹⁵ L. MOSKWA, *ibid.* V. *égal. infra*, n° 451, sur les effets de la publicité de la prokura.

¹⁰¹⁶ L. MOSKWA, *ibid.*

¹⁰¹⁷ Projekt zmian Kodeksu cywilnego w zakresie przedstawicielstwa (prokury) wraz z uzasadnieniem, „Przegląd Legislacyjny” 2000/1(23), p. 168.

¹⁰¹⁸ Ustawa z dnia 16 grudnia 2016 r. o zmianie niektórych ustaw w celu poprawy otoczenia prawnego przedsiębiorców (Dz.U. 2016 poz. 2255), disponible en ligne sur le site internet du Parlement polonais : <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20160002255> (consulté le 31.08.2021).

C) *Une analogie entre la prokura et l'institution française de la délégation statutaire*

331. **Le caractère monopolistique du pouvoir *légal* d'action dans la sphère externe en droit français.** Une caractéristique propre au droit français¹⁰¹⁹ consiste dans la dévolution du pouvoir d'action dans la sphère externe entre les mains d'une seule personne, celle-ci ayant la qualité d'organe légal de représentation ou de « représentant légal ». C'est le cas dans les deux formes de SA ainsi que dans les SAS pour lesquelles il n'est possible d'instituer qu'un seul organe légal de représentation¹⁰²⁰. Seule la S.A.R.L. offre, en droit français, la faculté d'instituer plusieurs de ces organes, puisqu'il est possible de nommer plusieurs gérants – dont le nombre est librement fixé par les statuts (article L. 223-18, alinéa 1, du Code de commerce) –, qui disposeront chacun d'un pouvoir individuel d'action dans la sphère externe (*ibid.*, alinéa 5 et 7). Autrement dit, dans cette forme sociale, chaque gérant dispose séparément des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances sous la dénomination sociale¹⁰²¹.

332. Une telle concentration du pouvoir d'action dans la sphère externe au sein des sociétés par actions, manifestement incompatible avec les besoins de la pratique, a amené

¹⁰¹⁹ Par comparaison, en droits allemand et polonais, le nombre d'organes légaux habilités à engager la société dépend de deux facteurs. Premièrement, il dépend du nombre de personnes composant l'organe de direction – qui n'est pas limité. En droit allemand, le législateur prévoit que l'organe de direction d'une SA et d'une S.A.R.L. peut se composer d'une ou plusieurs personnes (§ 76, pt. 2, 1^{ère} phrase, AktG concernant la SA, et § 6, pt. 1 GmbH-Gesetz concernant la S.A.R.L.). En droit polonais, l'article 304, § 1, pt. 8, K.S.H. sur la SA prévoit que les statuts déterminent le nombre de membres du directoire ou le nombre minimum ou maximum de personnes composant cet organe. Quant à la S.A.R.L., l'article 201, § 2, K.S.H. prévoit simplement que l'organe de direction est composé d'un ou plusieurs membres. Ensuite, il dépend des modalités d'exercice du pouvoir d'action dans la sphère externe choisies par les associés. En présence d'un directoire pluripersonnel, la société anonyme et la S.A.R.L. allemandes sont représentées par le directoire agissant *in corpore*, à moins que les statuts en disposent autrement (§ 78, pt. 2, 1^{ère} phrase, AktG, concernant la SA, et § 35, pt. 2, 1^{ère} phrase, G.m.b.H.G. concernant la S.A.R.L.). En droit polonais, en cas d'organe de direction pluripersonnel, le mode d'exercice de ce pouvoir est défini par les statuts de la société, et dans le silence des statuts, celui-ci s'exerce conjointement, entre deux membres de l'organe de direction ou entre un de ses membres avec un fondé de pouvoir (article 205, § 1, K.S.H. pour la S.A.R.L., 373, § 1, K.S.H., pour la SA, article 300⁶⁶, § 1, K.S.H. concernant les PSA à directoire, et article 300⁷⁸, § 1, K.S.H. pour la PSA à conseil d'administration). La déconcentration du pouvoir légal d'action dans la sphère externe en droits allemand et polonais suppose donc, d'une part, l'existence d'un organe de direction pluripersonnel et, d'autre part, qu'un pouvoir individuel d'action dans la sphère externe ait été consacré par le biais des statuts au profit de certains de ses membres ou de leur ensemble.

¹⁰²⁰ Il n'est possible d'instituer qu'un seul directeur général dans la SA moniste (art. L. 225-51-1, C. com.) et qu'un seul président dans la SA dualiste (art. L. 225-59, C. com.) et dans la SAS (art. L. 227-6, C. com.).

¹⁰²¹ En cas de pluralité de gérants, la restriction des pouvoirs de l'un des gérants n'est opposable aux tiers que s'ils avaient connaissance des limitations de son pouvoir. Aussi, l'opposition formée par un gérant contre un acte conclu par un second gérant est également opposable si le tiers en a connaissance : CA Paris, 14e ch. C, 13 juill. 1989 : J.C.P. éd. E. 1990, II, 15784, n° 13, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

le législateur français à introduire dans ces sociétés la faculté d'instituer une seconde catégorie d'acteurs sociaux, les représentants statutaires, dans des conditions qui leur sont propres. La S.A.R.L. française n'offre pas de possibilité d'aménagement similaire – mais il s'agit dans le même temps de la seule forme sociale (visée par l'étude) qui permette d'instituer un nombre illimité d'organes légaux de représentation.

Seule connue du droit français, cette forme de déconcentration du pouvoir d'action dans la sphère externe est encadrée par le législateur ; elle consiste dans l'institution de directeurs généraux délégués dans la SA moniste¹⁰²², de directeurs généraux dans la SA dualiste¹⁰²³, et de directeurs généraux ou directeurs généraux délégués dans la SAS¹⁰²⁴.

333. La question se pose de la nature juridique de cette déconcentration statutaire et de ses relations avec l'institution de la délégation de pouvoirs.

De l'analyse des textes et de la jurisprudence, il est possible de déduire que la déconcentration statutaire correspond ni plus ni moins à une délégation (1) du seul pouvoir de représentation (2).

1) La déconcentration statutaire, une forme particulière de délégation

334. La qualification de délégataire est fréquemment retenue au sujet des représentants statutaires, en particulier de SAS. Comme on l'a vu¹⁰²⁵, cette qualification reposait initialement sur une confusion : en dépit de la lettre des textes, la jurisprudence appliquait à ces derniers le régime de la délégation « de droit commun ». Complexifiant encore le paysage et le régime de la délégation dans la SAS, à la fin des années 2000, certaines cours d'appel se sont appuyées sur le dispositif légal issu de la loi de 2001 – applicable aux représentants statutaires de SAS – pour invalider des actes effectués par des personnes qui, sans porter le titre de directeur général ou de directeur général délégué, avaient reçu le pouvoir d'effectuer des actes de représentation déterminés. On reprochait à ces personnes le défaut de publication de leur pouvoir au RCS, ainsi que l'absence de clause statutaire autorisant la confection d'une délégation à leur profit¹⁰²⁶. Au contraire, d'autres

¹⁰²² Art. L. 225-53, al. 1^{er}, C. com.

¹⁰²³ Art. L. 225-66, 2^{ème} al., C. com.

¹⁰²⁴ Art. L. 227-6, 3^{ème} al., C. com.

¹⁰²⁵ Cf. *supra*, note 723.

¹⁰²⁶ V. en particulier, CA Paris, 10 déc. 2009, n° 09-4775 : RJDA 5/10, n° 535 ; *B.J.S.* 2010, n° 4, p. 338, note P.-L. PERIN et M. GERMAIN ; *R.T.D.F.* 2010, n° 1, p. 112, 3^{ème} esp., obs. D. PORACCHIA ; *Dr. soc.* 2010,

juridictions continuaient à appliquer le régime traditionnel de la délégation aux personnes habilitées à représenter la société sans avoir été nommées aux fonctions de directeur général (ou de directeur général délégué), en admettant le recours à des représentants dans le silence des statuts et en excluant toute formalité de publicité destinée à rendre le pouvoir de représentation opposable aux tiers¹⁰²⁷.

335. Ces tergiversations jurisprudentielles aboutissaient à faire coexister en droit positif plusieurs genres de « délégations » :

- d'une part les délégations prévues par les textes – soit les délégations « statutaires », de droit « spécial » ou encore « générales » – dont seraient investis les représentants statutaires de SA et de SAS (soit les directeurs généraux et directeurs généraux délégués) ;
- d'autre part les délégations réalisées au profit d'un tiers ou à un préposé de SAS, auxquelles il convenait d'appliquer le régime légal des premières ;
- et enfin les délégations de droit commun, soit celles façonnées de manière uniforme par la jurisprudence pour l'ensemble des formes sociales autres que la SAS, et qui se voient appliquer essentiellement les règles du mandat¹⁰²⁸.

336. Dans un second temps, par deux arrêts fondamentaux rendus en chambre mixte le 19 novembre 2010¹⁰²⁹, la Cour de cassation est venue formellement aligner le régime des directeurs généraux (et directeurs généraux délégués) de SAS sur celui des directeurs généraux délégués de SA en consacrant la qualification de « représentant légal » à leur

comm. 91, 1^{ère} esp., note D. GALLOIS-COCHET ; *Rev. soc.* 2010, p. 226, obs. A. LIENHARD, jugeant qu'une lettre de licenciement signée par le directeur du personnel d'une SAS – ayant reçu une délégation du directeur général – ne pouvait être valable qu'à la double condition que l'identité du délégataire soit publiée au RCS (sur le fondement des articles L. 227-6, C. com. et 15, 10, du décret du 30 mai 1984) et que les statuts autorisent expressément le recours à ce mécanisme. Dans le même sens, v. CA Metz, 8 nov. 2005, n° 04-02005, énonçant que les « *les délégations statutaires ou conventionnelles (...) doivent être mentionnées au registre du commerce et des sociétés pour être opposables aux tiers* ». – Paris, 3 déc. 2009, n° 09-05422, préc. (décision SAS ED), censurée par Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-30.215, préc.).

¹⁰²⁷ CA Paris, 18 févr. 2010, n° 08-10790. – Nancy, 2 juill. 2010, n° 09-02754. – Paris, 31 août 2010, n° 08-11236 : *B.J.S.* 2010, n° 11, p. 875, note M. GERMAIN et P.-L. PERIN ; *D.* 2010, Actu 2153, obs. B. INES ; *Dr. soc.* 2010, comm. 227, note D. GALLOIS-COCHET ; *Gaz. Pal.* 6-7 oct. 2010, p. 23, obs. B. DONDERO ; BRDA 18/10, n° 1. – Lyon, 8 juin 2010, n° 09-03435. – Nancy, ch. soc., 18 nov. 2009, n° 2009-380283. V. égal. Cass. 2^{ème} civ., 9 juill. 2009, n° 08-15.085 (inédit) : *B.J.S.* 2009, n° 12, p. 1091, note N. FERRIER ; R.T.D. com. 2009, p. 764, note P. Le CANNU et B. DONDERO ; *Journal des sociétés* 2010, n° 73, p. 11, note D. TRICOT ; *ibid.*, n° 74, p. 14, note A. COURET.

¹⁰²⁸ *Cf. supra*, n° 235.

¹⁰²⁹ Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095, préc. et n° 10-30.215, préc.

égard¹⁰³⁰. Dans ces arrêts, les juges opèrent une distinction entre, d'une part, les personnes revêtant la qualité de « représentant légal » et, d'autre part, les personnes investies par le biais d'une délégation « *du pouvoir d'effectuer des actes déterminés tel que celui d'engager ou de licencier les salariés de l'entreprise* ». La Cour de cassation met cette distinction en exergue dans un communiqué rendu au sujet de ces deux arrêts : la jurisprudence « *met (...) fin à une interprétation (...) erronée des dispositions de l'article L. 227-6 du code de commerce, fondée sur une confusion entre le pouvoir général de représentation de la S.A.S à l'égard des tiers [dont sont pourvus les directeurs généraux et directeurs généraux délégués], soumis aux dispositions de ce texte, et la délégation de pouvoirs fonctionnelle, qui permet aux représentants de toute société, y compris des S.A.S, de déléguer, conformément au droit commun, une partie de leurs pouvoirs afin d'assurer le fonctionnement interne de l'entreprise* »¹⁰³¹.

Cette jurisprudence condamne donc, d'une part, la possibilité d'aligner le régime applicable aux personnes investies du titre de directeur général (ou de directeur général délégué) au sein d'une SAS sur celui des représentants conventionnels ordinaires, en délimitant conventionnellement leur pouvoir de représentation ; une telle limitation serait en toute hypothèse inopposable aux tiers. D'autre part, elle exclut l'application des conditions légales propres à l'institution des représentants statutaires à ces derniers.

337. Pour autant, cette jurisprudence ne condamne pas la conception suivant laquelle l'organisation du pouvoir d'action dans la sphère externe de la SAS serait bâtie sur le système de la délégation. De nombreux auteurs considèrent toujours que le président d'une SAS délègue ses pouvoirs aux directeurs généraux et directeurs généraux délégués¹⁰³², ces

¹⁰³⁰ « Si, selon [l'article L. 227-6, C. com.], la société par actions simplifiée est représentée à l'égard des tiers par son président et, si les statuts le prévoient, par un directeur général ou un directeur général délégué dont la nomination est soumise à publicité, cette règle n'exclut pas la possibilité, pour ces représentants légaux (...) » (nous soulignons) : Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095, préc. et n° 10-30.215 préc.

¹⁰³¹ Communiqué relatif aux arrêts 268 et 269 rendus le 19 novembre 2010 par la Chambre mixte, disponible en ligne : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence/2/chambres_mixtes/2740/arrets_268_18163.html (consulté le 31.08.2021).

¹⁰³² V. par ex. V. MAGNIER, *Droit des sociétés*, 9^{ème} éd. coll. Cours. Dalloz, 2019, n° 666, p. 432 ; A. OUTIN-ADAM, M. CANAPLE, « SAS : le DRH licencie... et embauche ! », art. préc., p. 315, affirmant que « la décision prise par un directeur général ou un directeur délégué de la SAS dont la délégation de pouvoirs statutaire n'aurait pas été publiée au RCS serait illicite » ; I. GROSSI, « Dirigeants sociaux » in *Études Joly Sociétés* (actualisé 11 févr. 2020), n° 046. Toujours dans ce sens, Monsieur LE CANNU affirme qu'« il est possible de dire que le président ayant en principe tous les pouvoirs de gestion [sic], les [autres] dirigeants sont naturellement les délégués du président » (*Rép. soc., Dalloz*, v° « Société par actions simplifiée », *op. cit.*, n° 147). *Contra*, v. par ex. M. GERMAIN et P.-L. PERIN, *SAS – La société par actions simplifiée*, 6^{ème} éd., éd. Joly, 2016, n° 537-3 et s.,

derniers pouvant, à leur tour, subdéléguer leur pouvoir. Cette analyse a également trouvé un écho en jurisprudence. Il est possible de relever plusieurs arrêts d'appel qui se réfèrent à la notion de délégation pour justifier des pouvoirs dont les directeurs généraux (et directeurs généraux délégués) de SAS sont investis. Bien que ces arrêts aient devancé les deux décisions de la chambre mixte du 19 novembre 2010¹⁰³³, ils se prononçaient déjà en faveur de la qualification de « représentant légal » à l'égard de ces acteurs sociaux. Par exemple, la cour d'appel de Versailles, dans une décision du 5 mai 2010, affirme que « (...) *le président d'une SAS a seul, sauf délégation prévue aux statuts [à des directeurs généraux ou directeurs généraux délégués], la qualité de représentant légal de la société à l'égard des tiers* »¹⁰³⁴. Par une interprétation *a contrario*, on comprend que la délégation statutaire¹⁰³⁵ (« prévue aux statuts ») constitue une modalité d'accession aux fonctions sociales (la délégation statutaire conférerait à son bénéficiaire le statut de « représentant légal »). Un directeur général (ou directeur général délégué) serait un délégataire à raison de son mandat social et inversement. Dans d'autres affaires, les juges du fond opèrent une distinction entre la délégation « générale » du pouvoir de représentation – dont bénéficieraient ces acteurs – et les délégations « particulières »¹⁰³⁶. L'organisation du pouvoir de représentation dans la SAS reposerait donc sur une chaîne de délégations, avec au sommet le président faisant figure de primo-délégué¹⁰³⁷.

338. La qualification de « représentant légal » retenue par les juges au sujet des directeurs généraux et directeurs généraux délégués devrait normalement faire obstacle à

et des mêmes auteurs, « La Cour de cassation redonne sa cohérence à la pratique des délégations de pouvoir dans la SAS », note préc., n° 3.

¹⁰³³ Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095, préc. et n° 10-30.215, préc.

¹⁰³⁴ CA Versailles, 5 mai 2010, n° 09-2869, préc. Plus loin les juges relèvent encore « (...) *l'hypothèse de la délégation du pouvoir de représenter la société auprès des tiers évoquée à l'article L. 227-6 du code de commerce (...)* ».

¹⁰³⁵ Notion reprise en jurisprudence : v. par ex. CA Versailles, 25 juin 2008, n° 08-01978, préc., constatant l'absence d'« aucune mention relative à l'existence d'une délégation statutaire donnée au directeur général de la société par actions simplifiées ». – Metz, 8 nov. 2005, n° 04-02005, préc.

¹⁰³⁶ V. par ex. CA Nancy, 2 juill. 2010, n° 09-02754, préc.: les juges du fond opèrent une distinction entre « *la délégation de pouvoir générale conférée aux directeurs généraux ou directeurs généraux délégués de remplacer le président dans l'étendue de ses prérogatives (...)* [et] *la possibilité pour le président d'une telle société de déléguer une partie de ses pouvoirs auprès d'une autre personne que le directeur général ou le directeur général délégué* ». V. égal. Paris, 31 août 2010, n° 08-11236, préc., où les juges précisent que [l]es limites légales propres à la délégation du pouvoir de représentation générale d'une société [c'est-à-dire la mention aux statuts et la publication au RCS], concernent le pouvoir général d'engager la société envers les tiers au sens de l'article R. 210-4 du Code de commerce ; qu'elles n'interdisent nullement les délégations particulières par le depositaire du pouvoir général ».

¹⁰³⁷ En ce sens, A. COURET, « Les vicissitudes du pouvoir de représentation de la SAS », note sous Cass. civ. 2^{ème}, 4 juin 2009, n° [08-18.256](#), B.J.S. n° 1, 2010, n° 23.

l'identification de la déconcentration statutaire à la technique de la délégation. En effet, la dénomination « représentant légal » fait directement écho à la thèse de la représentation légale de la personne morale par ses organes, qui postule que les pouvoirs de ces derniers ont une origine non pas conventionnelle, mais légale. Or, la technique de la délégation est incontestablement une technique conventionnelle d'aménagement de l'exercice du pouvoir directorial. Il y aurait donc une contradiction dans le rapprochement opéré par les juges entre la qualification de représentant légal et la technique de la délégation.

339. En réalité, comme l'a justement observé une partie de la doctrine¹⁰³⁸, le concours de la loi dans la délimitation des pouvoirs du représentant ne l'exclut pas de la catégorie des représentants conventionnels lorsqu'il est possible de remonter la *source* de son habilitation à une manifestation de volonté¹⁰³⁹. Or, s'il est vrai que l'étendue des pouvoirs externes des représentants statutaires fait l'objet d'une définition légale impérative – ils disposent à l'égard des tiers de pouvoirs identiques à ceux de l'organe légal de représentation¹⁰⁴⁰ –, leur institution est purement facultative : elle procède d'un acte de volonté des organes compétents¹⁰⁴¹. Dès lors que la notion de délégation s'entend comme une technique permettant l'attribution conventionnelle d'une fonction et de prérogatives de gouvernance, rien ne permet d'exclure la déconcentration statutaire de ce pouvoir du giron de cette notion et technique. Le rapprochement opéré par les juges entre le délégataire statutaire et le représentant légal se justifie en vérité principalement par des considérations d'ordre sémantique. La dénomination de *représentant légal* est devenue usuelle vis-à-vis des mandataires sociaux dotés de pouvoirs externes au caractère impératif, et ce d'autant plus que, depuis la loi du 15 mai 2001, complétée par les ajustements de la loi du 1^{er} août 2003, le législateur est venu désigner dans les textes « *le représentant légal* » de chaque société.

340. La qualification de délégataire retenue à l'égard des directeurs généraux et directeurs généraux délégués de SAS (ainsi que des directeurs généraux de SA¹⁰⁴²) conduit

¹⁰³⁸ Cf. les auteurs cités *supra*, n° 220, note 701.

¹⁰³⁹ Analyse qui conduit les auteurs allemands et polonais à ranger de manière unanime le fondé de pouvoir dans la catégorie des représentants volontaires (conventionnels) : cf. *infra*, n° 569.

¹⁰⁴⁰ V., pour les directeurs généraux de SA dualistes, l'art. L. 225-66, al. 2 et 3, C. com ; pour les directeurs généraux délégués de SA monistes, l'art. L. 225-56, II, al. 2, C. com ; pour les directeurs généraux et directeurs généraux délégués de SAS, l'art. L. 227-6, al. 3 et 4, C. com.

¹⁰⁴¹ Cf. *infra*, n° 723.

¹⁰⁴² V. N. FERRIER, thèse préc., n° 74 et s., spéc. p. 105 et s.

à distinguer l'existence de délégataires *particuliers*¹⁰⁴³ ou de *droit spécial* aux côtés des délégataires *de droit commun*. La délégation bénéficiant aux représentants statutaires est spéciale, car plusieurs traits la distinguent de la délégation de droit commun, à commencer par son objet qui est, à l'inverse de cette dernière – et en l'état actuel du droit positif –, *général*¹⁰⁴⁴. Elle a également la particularité de voir son régime essentiellement défini par le législateur, du moins au sein de la SA, le législateur abandonnant aux statuts de SAS le soin de définir les conditions dans lesquelles les directeurs généraux (ou directeurs généraux délégués) peuvent exercer les pouvoirs confiés à son président (article L. 227-6, alinéa 3, du Code de commerce). S'agissant des directeurs généraux délégués de SA, les textes règlent également leur mode de désignation¹⁰⁴⁵ et de révocation¹⁰⁴⁶. Dans ces deux formes sociales, le législateur réglemente de manière impérative l'étendue de leurs pouvoirs à l'égard des tiers¹⁰⁴⁷ et soumet leur habilitation à des formalités de publicité.

341. Il reste à déterminer l'objet exact de la délégation statutaire. Il résulte des textes et de la jurisprudence que celle-ci intéresse exclusivement le pouvoir de représentation.

2) *L'objet strictement externe de la déconcentration statutaire*

342. D'après les textes, les représentants statutaires disposent à l'égard des tiers de pouvoirs identiques à ceux des représentants légaux¹⁰⁴⁸. Faut-il en déduire qu'ils sont à ce titre investis d'une fonction directoriale (avec les charges corrélatives) en ce qui concerne la gestion interne de la marche de l'activité sociale ?

¹⁰⁴³ Selon la terminologie employée par Monsieur FERRIER au sujet des directeurs généraux délégués de SA : thèse préc., n° 72. On remarquera toutefois que cette terminologie est également employée pour désigner la délégation opérée au profit des *tiers* aux organes de direction, par opposition à la délégation « générale » du pouvoir de représentation (CA Paris, 31 août 2010, n° 08-11236, préc.) dont bénéficient précisément ces représentants statutaires.

¹⁰⁴⁴ V. par ex. I. GROSSI, « Dirigeants sociaux », *op. cit.*, n° 046, qui affirme que « *Si les actionnaires souhaitent placer aux côtés du président une ou plusieurs autres personnes ayant les pouvoirs de ce dernier [i.e. un DG ou DGD], ils doivent insérer dans les statuts cette délégation générale de pouvoirs* ».

¹⁰⁴⁵ Art. L. 225-53, C. com.

¹⁰⁴⁶ Art. L. 225-55, C. com.

¹⁰⁴⁷ Concernant la SA, v. l'art. L. 225-56, II, C. com., et concernant la SAS, l'art. L. 227-6, al. 3, C. com.

¹⁰⁴⁸ V., pour les directeurs généraux de SA dualistes, l'art. L. 225-66, al. 2 et 3, C. com. ; pour les directeurs généraux délégués de SA monistes, l'art. L. 225-56, II, al. 2, C. com. ; pour les directeurs généraux et directeurs généraux délégués de SAS, l'art. L. 227-6, al. 3 et 4, C. com.

343. Cette interprétation – ostensiblement inspirée de la théorie moniste (le contenu du rapport interne – donc de la fonction – est défini par référence et se trouve indivisiblement lié au contenu du rapport externe) – a été explicitement rejetée par la Cour de cassation dans un arrêt du 23 juillet 1996¹⁰⁴⁹. En l'espèce, le demandeur au pourvoi, poursuivi pour différentes infractions pénales en sa qualité de président du conseil d'administration, prétend sans succès – afin que soit retenue en son lieu et place la responsabilité pénale du directeur général (ex- directeur général délégué) – que ce dernier, « *en sa qualité de directeur général, avait la qualité de représentant légal de la société au même titre que l'exposant et n'avait donc pas, en droit, à recevoir une **délégation pour gérer la société*** ».

C'est une conception moniste du mandat social de représentant statutaire qui est invoquée dans le moyen : ce dernier serait *ipso facto* investi d'une fonction de gestion (et donc débiteur des obligations pénales encadrant son exercice) du fait de ses pouvoirs de représentation. Nul besoin donc d'établir l'existence à son profit d'une délégation « interne » (constitué par un acte juridique à part entière), relative à la marche de l'activité sociale.

La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que « *si l'article 117, alinéa 2, de la loi du 24 juillet 1966 [actuel article L. 225-56, II, alinéa 2, du Code de commerce] attribue au directeur général d'une société anonyme, à l'égard des tiers, les pouvoirs conférés au président du conseil d'administration par l'article 113 de cette loi [ibid., I, alinéa 1^{er}], **il n'en est pas de même, selon le premier alinéa de l'article 117 précité [ibid., II, alinéa 1^{er}], dans les rapports internes de la société, où le directeur général ne dispose des pouvoirs de direction qu'en vertu d'une délégation du conseil d'administration, décidée en accord avec le président*** ».

Puisqu'une telle délégation dans le service où l'infraction est survenue n'était pas caractérisée en l'espèce, la responsabilité pénale du directeur général (devenu directeur général délégué) en lieu et place de celle du président du conseil d'administration ne pouvait être retenue. Les juges précisent également, dans cet arrêt, que cette délégation ne peut procéder que de l'acte par lequel le conseil d'administration fixe les pouvoirs du directeur général dans l'ordre interne avec l'accord du président (article L. 225-56, II, 1^{er} alinéa, du Code de commerce).

344. La nécessité d'établir l'existence d'un acte juridique investissant son destinataire d'une fonction de gestion interne (appelé « délégation ») aux fins d'engager sa

¹⁰⁴⁹ Cass. crim. 23 juillet 1996, n° 94-85.287.

responsabilité pénale en lieu et place du chef d'entreprise – distinct de l'acte de nomination aux fonctions de représentant statutaire (article L. 225-53, alinéa 1^{er}, du Code de commerce) – a été confirmée par un arrêt du 17 octobre 2000¹⁰⁵⁰. Comme dans l'arrêt de 1996, cette espèce concerne un président de SA qui invoque comme moyen de défense l'existence d'une « délégation de pouvoirs » réalisée au profit du directeur général afin d'échapper à sa responsabilité pénale. En l'occurrence, la délibération du conseil d'administration fixant les pouvoirs du directeur général dans l'ordre interne, prise en accord avec le président, se bornait à reprendre à l'identique la formule légale définissant les pouvoirs du directeur général dans l'ordre externe (il était doté « *des mêmes pouvoirs que [le président] pour agir en toutes circonstances au nom et pour le compte de la société* »). Contrairement à ce qu'avait annoncé la décision de 1996 (aux termes de laquelle « *le directeur général ne dispose des pouvoirs de direction qu'en vertu d'une délégation du conseil d'administration, décidée en accord avec le président* »), les juges du fond, approuvés par la Haute Cour, décident que cet acte ne peut constituer une « délégation de pouvoirs » déchargeant le prévenu de sa responsabilité pénale. Le principe demeure donc le même : le pouvoir de représentation du représentant statutaire ne saurait être confondu avec le contenu des fonctions directoriales dans l'ordre interne, lequel ne peut être défini que par un acte juridiquement autonome, qualifié de « délégation de pouvoirs ». Un désaccord se révèle toutefois sur la question de l'origine de cette délégation : d'après la décision de 1996, elle procéderait de l'acte par lequel le conseil d'administration fixe, en accord avec le directeur général, l'étendue de ses pouvoirs dans l'ordre interne (article L. 225-56, II, alinéa 1^{er}, du Code de commerce) ; la décision de 2001 exclut au contraire que cet acte puisse valoir « délégation de pouvoirs », sans préciser, en conséquence, quelle doit être l'identité de l'organe délégant.

À notre sens, il va de soi qu'il s'agit du seul chef d'entreprise. Parce qu'il est le titulaire légal du pouvoir de gestion, il doit être en mesure de décider et de procéder seul à la délégation de ce pouvoir.

¹⁰⁵⁰ Cass. crim. 17 octobre 2000, n° 00-80.308. *Contra*, v. Crim. 6 mai 1998, n° 2820 : RJD A 10/98, n° 1169 : dans cette espèce, les juges du fond ont retenu la responsabilité pénale d'un directeur général (ex-directeur général délégué) pour publicité illicite en se fondant sur l'existence d'une délégation tacite de pouvoirs réalisée à son profit par le président du conseil d'administration. La Cour de cassation approuve l'arrêt d'appel, mais appuie sa solution sur un autre fondement. En effet, d'après la chambre criminelle, le directeur général d'une SA est pénalement responsable au même titre que le président au motif que « *selon l'article 117 de la loi du 24 juillet 1966, les directeurs généraux disposent, à l'égard des tiers, des mêmes pouvoirs que le président* ».

345. La confrontation des deux décisions de 1996 et de 2001 invite en définitive à distinguer trois éléments :

- en premier lieu, la nomination aux fonctions de directeur général délégué (ex-directeur général), qui investit ce dernier d'un pouvoir de représentation aux contours impérativement définis par la loi dans les rapports externes (article L. 225-56, II, alinéa 2, du Code de commerce). Cette nomination correspond à la délégation du seul pouvoir de représentation, puisqu'elle ne confère en elle-même, aux termes de la jurisprudence, aucune fonction de direction dans l'ordre interne. Cette césure n'est autre qu'une application de la théorie dualiste¹⁰⁵¹ au mécanisme du mandat social.
- En deuxième lieu, la délimitation, dans les rapports internes, de l'étendue de ce pouvoir de représentation, décidée par le conseil d'administration en accord avec le directeur général (ex-président du conseil d'administration) (article L. 225-56, II, alinéa 1^{er}, du Code de commerce). À titre d'exemple, le conseil d'administration peut décider que le directeur général délégué ne pourra contracter seul, au nom de la société, des emprunts supérieurs à 100 000 euros.
- En troisième lieu, l'attribution (délégation) conventionnelle, par le directeur général, d'une fonction directoriale dans la sphère interne au profit du directeur général délégué, fondement de son éventuelle responsabilité pénale en lieu et place de celle du chef d'entreprise.

346. On retrouve donc, dans les deux modèles, des mécanismes – la *prokura* et la délégation statutaire (sans oublier le président de SA dualiste ou de SAS en droit français¹⁰⁵²) – qui rendent compte de la césure inhérente à l'existence de deux sphères sociales et de deux catégories de prérogatives intéressant chacune de ces deux sphères.

La relation entre le pouvoir de gestion et le pouvoir de représentation, pour être correctement définie, doit tenir compte d'une seconde distinction qui tient au processus de formation de la volonté sociale : celle opérée entre, d'un côté, le pouvoir de décision et, de l'autre, le pouvoir d'exécution.

¹⁰⁵¹ Cf. *infra*, n° 711.

¹⁰⁵² Cf. *supra*, n° x.

Sous-section 2 / Le processus de formation de la volonté sociale : la distinction entre le pouvoir de décision et le pouvoir d'exécution

347. **Les étapes à l'origine de la volonté sociale : un pouvoir *interne* de décision et un pouvoir *externe* d'exécution (ou de représentation).** La volonté sociale, c'est-à-dire la volonté de la personne morale, pour s'exprimer à l'égard des tiers, commande toujours la réunion de deux actes distincts : un acte de décision (ou de commandement) – ce dernier « ne débordant pas le cadre de la société »¹⁰⁵³ – et un acte de représentation¹⁰⁵⁴, qui permet d'exécuter la décision proprement dite¹⁰⁵⁵ et qui a pour effet de « l'extérioriser »¹⁰⁵⁶. Pour reprendre les termes de la doctrine, le pouvoir de décision « concerne le processus d'élaboration de la volonté sociale », tandis que le pouvoir de représentation « concerne l'exécution dans les rapports avec les tiers, des opérations autorisées par les organes de décision compétents »¹⁰⁵⁷. Ces étapes existent aussi chez les personnes physiques, même si elles ne sont pas visibles, dans la mesure où « la réflexion, la décision et l'exécution se font par le même sujet »¹⁰⁵⁸.

348. Or, le pouvoir de décision se trouve fréquemment obstrué par le pouvoir de représentation¹⁰⁵⁹, voire confondu avec ce dernier¹⁰⁶⁰, car seule la mise en œuvre du pouvoir

¹⁰⁵³ L. CZULOWSKI, *La notion de direction dans les sociétés anonymes et la législation de 1940*, thèse, Toulouse, 1943, p. 146.

¹⁰⁵⁴ Comme l'affirme M. STORCK, « l'organe ne revêt pas une seule qualité, il n'intervient pas toujours uniquement par représentation de la personne morale, les pouvoirs des dirigeants sociaux se dédoublent en un pouvoir propre de décision relatif à l'élaboration de la volonté sociale et un pouvoir de représentation qui concerne l'exécution de l'opération dans les rapports avec les tiers » : thèse préc., p. 215, n° 284. M. Y. GUYON, écrit dans le même sens que « [L]es décisions sont prises par des organes de gestion. Mais elles doivent être exécutées par des organes de représentation, qui mettent la société en rapport avec les tiers » : *Droit des affaires*, t. I, 12^{ème} éd., 2003, n° 190. V. égal. H. MOUSIT, thèse préc., pp. 87 et s. ; G. MARTIN, thèse préc., pp. 8-9.

¹⁰⁵⁵ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 74.

¹⁰⁵⁶ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « volonté », notion définie comme « le fait de vouloir, de volition constitutif du consentement nécessaire à la formation de l'acte juridique, qui comprend un élément psychologique (la volonté interne) et un élément d'extériorisation (la volonté déclarée) ».

¹⁰⁵⁷ G. RIPERT et R. ROBLOT par M. GERMAIN, V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires*, t. 2, 20^{ème} éd., L.G.D.J., 2011, n° 1149.

¹⁰⁵⁸ H. MOUSIT, *ibid.*, p. 88. V. égal. en doctrine polonaise, J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 73.

¹⁰⁵⁹ C'est pourquoi la doctrine souligne que « l'action du dirigeant ne se limite pas à représenter la société dans des actes juridiques ; elle consiste aussi en des prestations de gestion » : P. Le CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 488.

¹⁰⁶⁰ H. MOUSIT, thèse préc., pp. 87 et s.

de représentation permet, *in fine*, de matérialiser la volonté sociale auprès des tiers¹⁰⁶¹, autrement dit de donner à un acte de nature externe une valeur juridique ostensible¹⁰⁶². À l'étape de la décision, l'acte est seulement en devenir ; lorsqu'il est exécuté, il atteint sa forme aboutie.

349. Chez les personnes physiques, il s'agit d'un processus mental, non palpable. Dans certaines sociétés au contraire - où les pouvoirs de direction (*stricto sensu*) et de représentation sont séparés, telles la SA dualiste ou la SAS - l'acte de décision prend un tour ostensible, sous la forme d'une résolution. Quelle est la nature de cet acte ? S'il s'agit d'un acte juridique, ne pourrait-on pas dire qu'il puisse également être effectué par « représentation » ?

¹⁰⁶¹ H. MOUBSIT, *ibid.*, pp. 91-92.

¹⁰⁶² Certains auteurs interprètent cette circonstance comme prouvant l'indissociabilité entre le pouvoir de gestion et de représentation (S. MESSAI-BAHRI, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, thèse Paris 1, IRJS Editions, 2009, p. 355, n° 668) dans la mesure où la « représentation [ne] serait [que] la manifestation visible du pouvoir de gestion » : L. MARIN, *Le portrait du roi*, Paris, éd. Minuit, 1981, p. 11.

350. En tout état de cause, il ne peut s'agir d'un acte matériel, car cela reviendrait à dire que le chef d'entreprise a une activité avant tout matérielle (proposition qui semble choquante) et, pour éviter cet écueil, il faudrait considérer que l'acte de décision, acte matériel, n'est que l'accessoire de l'acte juridique dont il vise la réalisation, ce qui apparaît également tout à fait discutable (comment la volonté « originelle » peut-elle être un "accessoire" ?). Il serait également inexact, semble-t-il, de considérer qu'il s'agit d'une forme d'acte juridique incomplet ou imparfait¹⁰⁶³, puisque l'acte en cause produit bien certains effets de droit en tant que tel. L'organe exécutif (représentatif) a l'obligation d'exécuter la résolution adoptée par l'organe décisionnel, au risque de voir sa responsabilité engagée.

L'acte de décision (qui est un acte de gestion) est donc un acte juridique à part entière. Analysant tout le processus précédant la conclusion d'un contrat, la doctrine a déjà relevé que « *la réalisation d'actes juridiques est susceptible de participer d'ores et déjà à la conclusion de l'acte juridique* »¹⁰⁶⁴. Simplement, il s'agit d'un acte juridique insusceptible de représentation, car son objet (la décision) ne peut, comme on l'a vu, faire l'objet d'une imputation dérogatoire¹⁰⁶⁵.

À l'aune de cette analyse, il est possible d'affirmer que le dirigeant est avant tout un décideur et un gestionnaire (et non un représentant) sans pour autant conclure que son activité est de nature essentiellement matérielle. La notion d'acte de gestion couvre simplement tout ce qui, dans le cadre de l'activité juridique du chef d'entreprise, est ou bien à proprement parler « a-juridique » (actes purement matériels) ou bien constitue la cause d'un acte juridique à venir (c'est le versant interne (volitif, décisionnel) de l'acte juridique déclaré dans la sphère externe).

351. La confusion entre les deux volets de la direction est encore plus aisée lorsque, dans une forme sociale donnée, une même personne cumule ces deux fonctions¹⁰⁶⁶ – de décision

¹⁰⁶³ Dans la mesure où l'acte juridique est une **volonté déclarée**, l'acte de décision de l'organe compétent correspondrait à la volition, qu'on ne considèrera "déclarée" que lorsqu'elle sera extériorisée (exécutée) auprès du tiers cocontractant. Ainsi la déclaration de volonté émise dans l'ordre interne par l'organe directorial équivaldrait au processus intellectuel décisionnel interne de la personne physique.

¹⁰⁶⁴ J. GHESTIN, CH. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil - Les effets du contrat*, *op. cit.*, spéc. n° 929, p. 999.

¹⁰⁶⁵ *Cf. supra*, n° 260.

¹⁰⁶⁶ A la différence par exemple du président du directoire de la SA dualiste française, uniquement chargé de la représentation de la société sur le fondement de décisions préalablement votées par le directoire, organe collégial : v. les articles L. 225-64 et L. 225-66, 1^{er} alinéa, C. com.

et de représentation (exécution)¹⁰⁶⁷. Dans ce cas, l'exercice du pouvoir de décision est « psychologique » (on ne le voit pas). Les procédures d'embauche et de licenciement du personnel en offrent un bon exemple : la fonction de gestion des ressources humaines suppose la mise en œuvre du pouvoir de décider cette mesure (pouvoir interne, de décision) et de la mettre en œuvre (pouvoir externe, de représentation)¹⁰⁶⁸.

352. En droit français, ces deux catégories de fonctions et de pouvoirs sont réparties différemment suivant les formes sociales. Dans la SA moniste, ils sont cumulés par le directeur général. Au sein de la SA dualiste, le pouvoir de décision appartient au directoire, et le pouvoir d'exécution (de représentation), à son président. La SAS offre au contraire aux associés le choix de décider si une personne pourra ou non cumuler ces deux fonctions sociales – décisionnelle et exécutive. En effet, dans le cadre de cette forme sociale, le législateur prévoit seulement que le président est titulaire légal du pouvoir général d'action dans la sphère externe (article L. 227-6, al. 1, du Code de commerce). Il faut en conclure que l'article L. 227-6 du Code de commerce « *confie [au président] un pouvoir de décision à définir et un pouvoir de représentation sans limites* »¹⁰⁶⁹. Rien ne s'oppose à ce que, dans l'ordre interne, les associés décident de lui enlever toute marge d'initiative et de décision¹⁰⁷⁰, réduisant par là même le président aux fonctions de simple exécutant¹⁰⁷¹. Concrètement, les associés d'une SAS ont le choix de mettre en place, dans les statuts, un régime « présidentiel » ou un régime « parlementaire »¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁷ G. MARTIN écrit que « *la formation des liens juridiques entre la société et les tiers ne procède pas de l'exercice d'un pouvoir unique, mais résulte de la mise en oeuvre de deux pouvoirs différents, complémentaires et susceptibles d'être cumulés par certains dirigeants sociaux* » : thèse préc., pp. 8-11.

¹⁰⁶⁸ P. HENRIOT, « La délégation de pouvoirs « fonctionnelle », Un cheval de Troie dans les SAS ? », note sous Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010 (2 arrêts), *S.S.L.*, n° 1477, 31 janv. 2011, p. 3 (éd. élec.).

¹⁰⁶⁹ M. GERMAIN ET P.-L. PERIN, « Mandat social et délégation de pouvoirs dans les SAS », note préc., n° I, pt. 4.

¹⁰⁷⁰ V. not. Ph. DIDIER, « La flexibilité de la gouvernance de la SAS », in I. URBAIN-PARLEANI ET P.-H. CONAC (dir.), *op. cit.*, n° 24, pp. 132-133 ; M. GERMAIN ET P.-L. PERIN, *ibid.*, pt. 1.

¹⁰⁷¹ Cependant, comme le relève la doctrine, « *[p]river le président de tout pouvoir dans l'ordre interne, c'est exiger que la moindre instruction donnée à un salarié ou le moindre acte passé avec un tiers soit autorisé par un autre organe que le président. (...). Pratiquement, on peut rester dubitatif devant l'utilité d'un tel schéma* » : Ph. DIDIER, *ibid.*, p. 133.

¹⁰⁷² P. ROUX, « La responsabilité du président dans la société par actions simplifiée », *B.J.S.* 1996, n° 11, p. 905, spéc. p. 908.

353. Dans le cas où le président d'une SAS serait dénué de tout pouvoir de décision, une précision s'impose, qui participe à la mise en évidence de la confusion récurrente du pouvoir de décision et de représentation.

Ces deux pouvoirs ne sont pas soumis au même régime dans les sociétés à risque limité : le pouvoir de décision est délimité par la loi ou, dans son silence, par les statuts, tandis que le contenu du pouvoir d'action dans la sphère externe est défini impérativement par les textes¹⁰⁷³. En raison de l'inopposabilité des limitations éventuelles apportées à ses pouvoirs vis-à-vis des tiers (article L. 227-6, alinéa 4, du Code de commerce), si le président d'une SAS est démuné de toute prérogative de décision dans l'ordre interne¹⁰⁷⁴, il pourra, en pratique, accomplir auprès des tiers les actes qui relèvent de son pouvoir légal de représentation (et donc, *de facto*, exercer le pouvoir de décision corrélatif). C'est simplement dans l'ordre interne que les sanctions liées à la violation des limitations de son pouvoir de décision trouveront à s'appliquer : la mise en œuvre de sa responsabilité contractuelle, si un préjudice est causé à la société¹⁰⁷⁵, voire la révocation de ses fonctions de président. C'est la raison pour laquelle il est possible d'affirmer que le titulaire légal du pouvoir d'action dans la sphère externe est en mesure d'« [imposer] *ses désirs à la société* »¹⁰⁷⁶.

354. La même logique – soit la déconnexion entre l'étendue du pouvoir de décision et d'exécution – joue en présence d'une personne munie d'une prokura. La loi fixe en effet de manière impérative l'étendue de cette habilitation, ce qui implique que toute délimitation interne des pouvoirs de son bénéficiaire est sans effet à l'égard des tiers¹⁰⁷⁷. De même, en l'absence de rapport obligationnel interne délimitant sa mission, le fondé de pouvoir disposera, *de facto*, à l'image notamment du président de SAS en France, d'un pouvoir de décision calqué sur l'étendue de son pouvoir de représentation.

¹⁰⁷³ Le principe d'inopposabilité aux tiers des limitations de pouvoirs d'ordre interne est commune à l'ensemble des sociétés à risque limité : v. l'article L. 223- 18, alinéa 6, pour la S.A.R.L., et, pour la SA, les articles L. 225- 56, I, alinéa 3 (société anonyme moniste) et L. 225- 64, alinéa 3 (société anonyme dualiste). Ces textes dérogent donc au droit commun de la représentation, en particulier à l'article 1153 du Code civil qui prévoit que « [l]e représentant légal, judiciaire ou conventionnel n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés. ».

¹⁰⁷⁴ Il est à tout le moins conseillé aux associés d'encadrer les actes de gérance dans les statuts. Il s'agirait par exemple de fixer un seuil au-delà duquel certains contrats, crédits ou aliénations d'immeuble devront recueillir l'autorisation préalable de l'organe souverain de la société.

¹⁰⁷⁵ V. l'article L. 227-7, C. com.

¹⁰⁷⁶ C. BERR, thèse préc., p. 8.

¹⁰⁷⁷ Cf. *infra*, pp. 73 et s.

355. Nous avons vu que, vis-à-vis des tiers, la volonté sociale est le fruit de la mise en œuvre de deux pouvoirs distincts, l'un de décision – par nature interne –, et dont le contenu peut être délimité dans les rapports entre la personne morale et son titulaire ; l'autre, d'exécution, qui correspond à la représentation proprement dite et dont le champ peut être légalement et impérativement défini par le législateur.

À l'aune de cette distinction, il apparaît que le cœur de la fonction de gestion de la marche interne de l'activité sociale est constitué par le pouvoir de décision, et non par le pouvoir de représentation qui, en tant que tel, ne constitue qu'un pouvoir d'exécution, à moins d'être légalement circonscrit par le législateur, auquel cas, *en fait*, le représentant bénéficie d'un pouvoir décisionnel corrélatif. En droit toutefois, la violation des limitations internes de son pouvoir est source de responsabilité pour son auteur et pourra également être sanctionnée par la révocation de son habilitation.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

356. Nous avons pu démontrer que l'appréhension des rapports interne et externe sous un angle juridique unique est inadaptée au droit des sociétés, dans la mesure où la personne morale, groupement personnifié, est un sujet de droit au sein duquel coexistent deux véritables ordres sociétaires. Or, les rapports en œuvre dans chacune de ces deux sphères ont un objet juridique propre : les rapports internes définissent une *situation juridique* spécifique – fonctionnelle –, tandis que les rapports externes visent le *pouvoir* de matérialiser la volonté sociale vis-à-vis des tiers.

357. En outre, il a été mis en évidence que la fonction directoriale ne peut se réduire à la mission ou charge d'engager la société vis-à-vis des tiers (fonction « externe », de représentation) ; son cœur réside bien au contraire dans celle de gérer la marche de l'activité sociale (fonction interne, de direction *stricto sensu*). La personne morale, être abstrait, a nécessairement besoin de rouages pour assurer son fonctionnement interne, fonction dévolue par la loi à ses organes.

C'est également le pouvoir de décision qui s'est révélé être le pouvoir caractéristique de la fonction directoriale, le pouvoir de nouer des relations avec les tiers ne correspondant, en lui-même, qu'à une fonction exécutive. Cette équipollence doit en même temps être relativisée lorsque le pouvoir de représentation est légalement et impérativement défini par les textes, circonstance qui – dans les rapports externes –, a pour effet de calquer le pouvoir de décision du représentant sur son pouvoir de représentation.

358. L'étude du contenu du mandat social dans chacune des deux sphères sociales nous a permis de définir les contours des différentes facettes de la *fonction* et des *prérogatives* directoriales.

Ces considérations vont faciliter l'appréhension de l'objet juridique de « la » « délégation de *pouvoirs* ».

CHAPITRE II – LA DUALITE D’OBJET INHERENTE A LA DELEGATION « DE POUVOIRS »

359. Le bien-fondé de la conception unitaire de la technique de la délégation de pouvoirs est subordonné à la possibilité de rattacher les rapports créés dans chacune des deux sphères sociales à un rapport de droit unique. Pareille interprétation supposerait que ce mécanisme ait un objet juridique univoque dans ses différentes modalités d’application.

Il a toutefois été mis en évidence que les rapports noués par la société dans chacune des deux sphères sociales ont un objet juridique propre : plus exactement, dans l’ordre interne, les agents agissant pour le compte de la personne morale se trouvent investis d’une *fonction* qui peut être de nature décisionnelle ou exécutive. Les rapports noués dans l’ordre externe naissent quant à eux de l’exercice de *pouvoirs* destinés à matérialiser (« extérioriser ») la volonté sociale auprès des tiers.

360. En ce qui concerne la technique qui intéresse notre étude, l’on voit mal, à ce stade de l’étude, comment la structure de la délégation de pouvoirs n’épouserait pas, elle-aussi, cette dichotomie.

L’analyse empirique de ce mécanisme vient d’ailleurs précisément confirmer cette supposition. C’est en effet à l’aune de la fonction (et plus précisément du « *service* ») que l’institution était initialement appréhendée par la chambre criminelle, à qui l’on attribue communément la paternité de la « création prétorienne » de la technique¹⁰⁷⁸. Quant au droit civil, l’objet du mécanisme a toujours été de permettre à des agents qui ne sont pas ses « organes de représentation » d’engager la société vis-à-vis des tiers dans le domaine des actes juridiques : par exemple aux fins de déclarer une créance sociale, de licencier un salarié ou d’accorder un prêt en son nom¹⁰⁷⁹. Dans ces différentes hypothèses, ce sont les droits de la personne morale qui sont mis en œuvre dans ses rapports avec les tiers de manière à ce qu’elle en supporte seule les effets. À cet égard, rien ne paraît justifier que l’exécution de cette fonction ne soit pas permise au moyen de la technique traditionnelle du pouvoir de représentation (**Section 1**).

Le paysage éclaté de la délégation de pouvoirs en droit français et l’absence de consensus patent tenant à sa nature juridique et à ses conditions de mise en œuvre procède

¹⁰⁷⁸ Cf. la littérature citée *supra*, note 803.

¹⁰⁷⁹ Cf. *supra*, n° 240 et *infra*, n° 641, et la jurisprudence citée.

en définitive de l'analyse de cette institution sous le prisme de la théorie moniste, donc du postulat qu'elle forme un mécanisme juridique unique.

En sus d'oblitérer sa variété d'objets et d'effets, les tentatives d'élaboration d'un régime juridique uniforme applicable à la technique en tant que mécanisme juridique unitaire se heurtent à ce que les enjeux que suscitent sa mise en œuvre dans l'ordre interne, d'une part, et dans l'ordre externe, d'autre part, ne sont pas les mêmes (**Section 2**).

Section 1 / La distinction entre la délégation fonctionnelle et la délégation du pouvoir de représentation

361. La dénomination « délégation *de pouvoirs* » – adoptée par les différentes chambres de la Cour de cassation et consacrée ponctuellement dans les textes¹⁰⁸⁰ – suggère, comme on l’a déjà observé, que la technique porte exclusivement sur l’exercice de *prérogatives juridiques* (la notion de pouvoir renvoyant incontestablement à cette catégorie juridique). C’est d’ailleurs là l’objet systématiquement attribué à la délégation dans les définitions doctrinales de ce mécanisme¹⁰⁸¹.

362. L’objet interne inhérent au mandat se retrouve pourtant inéluctablement dans le mécanisme, les pouvoirs délégués formant nécessairement le pendant d’une tâche ou charge corrélative. Cet objet prend plus spécifiquement, comme on l’a vu, les contours d’une *fonction* en raison du cadre dans lequel il prend vie¹⁰⁸² (une entreprise organisée en groupement personnifié revêtant une structure sociétaire).

L’exégèse de la formule « délégation de pouvoirs » en matière pénale révèle d’ailleurs que c’est précisément à l’aune de la *fonction* (et plus précisément du « service »), et non des « pouvoirs », que cette institution était initialement appréhendée par les juges de la chambre criminelle.

Il s’agira d’individualiser ce premier mécanisme, qui intéresse exclusivement la sphère sociale interne et que l’étude propose d’appréhender sous la notion de « délégation fonctionnelle »¹⁰⁸³ (**Sous-section 1**), par rapport à la délégation du pouvoir d’agir dans la sphère externe, qui correspond ni plus ni moins à l’institution d’un pouvoir de représentation (**Sous-section 2**).

Sous-section 1 / Une dualité confirmée par l’exégèse de la formule « délégation de pouvoirs »

¹⁰⁸⁰ Cf. *supra*, note 124.

¹⁰⁸¹ Cf. *supra*, n° 232.

¹⁰⁸² Cf. *supra*, n° 269.

¹⁰⁸³ La notion de délégation fonctionnelle, quoique récente, se trouve désormais fréquemment employée par les auteurs. V. par ex., C. NEAU-LEDUC, « Licenciement et délégation de pouvoirs dans les SAS : beaucoup de bruit pour rien... ou presque ? », R.D.C. 2011, n° 1, pp. 184-186, *passim*. ; P. HENRIOT, note préc. ; A. OUTIN-

363. Le « service », domaine originel de l'institution de la délégation de pouvoirs en matière pénale. D'après le fameux arrêt du 28 juin 1902 – généralement présenté comme étant l'arrêt fondateur en la matière¹⁰⁸⁴ – « [l]a loi ne peut s'entendre que comme faisant peser la responsabilité pénale de chaque infraction aux mesures qu'elle prescrit sur le chef immédiat et effectif du service où elle s'est produite » ; et les juges d'en conclure que si la responsabilité pénale résultant des infractions à la réglementation en vigueur incombe en premier lieu au chef d'entreprise, elle pèse au même titre sur les personnes responsables des « services dont il a délégué la direction ».

364. La référence au « service » plutôt qu'au « pouvoir » dans le contentieux relatif à la responsabilité pénale du chef d'entreprise et de ses substituts est toujours présente un demi-siècle après cet arrêt, comme en témoigne une décision en date du 10 janvier 1963, dans laquelle la Cour casse l'arrêt d'appel pour défaut de base légale au motif que les juges du fond n'ont pas recherché si l'infraction reprochée au chef d'entreprise (un emploi irrégulier) n'avait pas eu lieu « dans un service dont [il] avait délégué la direction »¹⁰⁸⁵.

À partir de la décision de principe de 1902 et pendant plus d'un demi-siècle, les juges reconnaissent donc que la délégation peut jouer comme une cause de non-imputabilité pour le chef d'entreprise¹⁰⁸⁶ en se fondant sur l'idée que la responsabilité pénale doit – selon les termes de cet arrêt – peser « sur le chef immédiat et effectif du service où [l'infraction] s'est produite ».

365. La référence au « service »¹⁰⁸⁷ est abandonnée par la chambre criminelle dans la seconde partie du XX^{ème} siècle. Depuis lors, et de manière constante, les différentes

ADAM, M. CANAPLE, art. préc., p. 314, mentionnant également le « délégué fonctionnel » ; F. CARSIN-CORRIGNAN et D. CORRIGNAN-CARSIN, « L'identification des titulaires du pouvoir de licencier au sein des SAS », J.C.P. éd. E., n° 1-2, 2011, pp. 6 et 9-10 (éd. élec.) ; Communiqué relatif aux arrêts 268 et 269 rendus le 19 nov. 2010 par la Chambre mixte, préc. ; Rép. min. LUART, n° 12583 : JO Sénat Q, 9 sept. 2010, p. 2367 ; B.J.S. 2010, p. 1031, note B. DONDERO, disponible en ligne : <http://www.senat.fr/questions/base/2010/qSEQ100312583.html>.

¹⁰⁸⁴ Cf. *supra*, la littérature citée, note 803.

¹⁰⁸⁵ Cass. crim., 10 janv. 1963, n° 62-91.111, préc. V. égal. Cass. crim., 13 nov. 1968, n° 68-92.659, *Bull. crim.*, n° 297, p. 717, et Crim., 21 févr. 1968, n° 67-92.381 : *Bull. crim.*, n° 57, dans laquelle les juges subordonnent l'exonération du chef d'entreprise à la preuve « que l'infraction [ait] été commise dans un service dont il a confié la direction et la surveillance (...) » ; la Cour d'en conclure « que tel n'était pas le cas de l'espèce, le chef de chantier Y... étant seulement chargé d'exécuter un travail sur le plan technique » (nous soulignons).

¹⁰⁸⁶ Cf. *infra*, n° 532 et 771 et s.

¹⁰⁸⁷ Directement empruntée au droit administratif, « l'usage d'une telle analogie se justifiant par l'emprunt au moins apparent du régime de la faute de fonction à celui de la faute de service par le juge judiciaire » : C. MANGEMATIN, thèse préc., n° 84, p. 87, et les références citées, note 479. Sur les analogies entre la faute de fonction et la faute de service, et ses limites, v. *ibid.*, not. n° 3 et s., pp. 3 et s., et n° 85 et s.

formations de la Cour de cassation identifient sous la dénomination commune – également codifiée aujourd’hui dans les textes¹⁰⁸⁸ – de « délégation *de pouvoir(s)* », le mécanisme par lequel une personne qui ne bénéficie pas d’un mandat social se substitue au chef d’entreprise dans l’accomplissement d’actes tant juridiques que matériels et dans ses responsabilités pénales.

Faut-il en déduire que le mécanisme de délégation aurait – consécutivement à ce glissement terminologique – changé d’objet ?

366. La réponse à cette question est assurément négative. Rien, parmi les caractéristiques relevées de la fonction¹⁰⁸⁹, ne permet d’exclure le délégataire de la qualification de chargé de fonction. Cette qualification semble même devoir s’imposer, le statut du délégataire relevant d’une situation juridique hybride entre celui de dirigeant social et de déposé, qui tous deux revêtent cette qualité¹⁰⁹⁰.

Ce glissement terminologique procède en définitive du même hiatus repéré dans l’analyse traditionnelle du contrat de mandat : la fonction assignée au délégataire a – comme en ce qui concerne la mission octroyée au mandataire¹⁰⁹¹ – disparu sous la trappe d’une ellipse pour se fondre dans son moyen de mise en œuvre (le *pouvoir* délégué).

367. Un arrêt de cassation du 7 décembre 1981¹⁰⁹² met tout particulièrement en relief la confusion conceptuelle opérée entre, d’une part, la fonction assignée au délégataire et, d’autre part, les prérogatives afférentes à cette fonction.

Dans cette espèce, la cour d’appel avait considéré que le délit de publicité mensongère ne pouvait être imputée qu’au chef d’entreprise – et non à son substitut – au motif que la responsabilité consécutive aux obligations violées « *pèse, quelles que soient les circonstances, sur les dirigeants sociaux en raison des fonctions qu’ils exercent et non des pouvoirs qui s’attachent à ces fonctions* ».

Les fonctions auxquelles les juges du fond se réfèrent sont en réalité les fonctions de mandataire social, puisque les pouvoirs [de direction] exercés par un tiers (un délégataire) ont nécessairement, eux aussi, pour pendant une charge – et donc une fonction

¹⁰⁸⁸ Cf. *supra*, note 124.

¹⁰⁸⁹ Cf. *supra*, n° 269.

¹⁰⁹⁰ Cf. *supra*, n° 270.

¹⁰⁹¹ Cf. *supra*, n° 155 et 156.

¹⁰⁹² Cass. crim., 7 déc. 1981, n° 78-91.633 : *Bull. crim.* n° 27.

– de nature directoriale¹⁰⁹³. Le contenu de celle-ci est d'ailleurs expressément défini dans l'espèce, lorsque les juges relèvent que la délégation litigieuse conférait « *notamment* [à son titulaire] la *mission d'organiser toutes campagnes publicitaires et de déterminer les conditions de vente promotionnelles* ». Dans le but de faire supporter au chef d'entreprise la responsabilité de l'infraction, les juges du fond opèrent ici une dissociation artificielle entre l'exercice de certaines prérogatives et les « fonctions » auxquelles elles se rapportent, comme si, en octroyant des pouvoirs de direction au délégataire, le chef d'entreprise ne lui conférait pas également une charge – et donc une fonction – correspondante.

C'est donc uniquement à la *fonction-titre* à laquelle la cour d'appel se réfère dans ses motifs, et non à la *fonction-poste de service*¹⁰⁹⁴, dont la direction peut très bien dorénavant¹⁰⁹⁵, en dehors des hypothèses de fonctions dites « réservées »¹⁰⁹⁶, être confiée à un tiers.

La Cour de cassation ne tient pas compte de cette dualité d'acception de la notion de fonction. Faisant miroir au hiatus sur lequel s'appuient les motifs de la cour d'appel, la Cour de cassation casse l'arrêt en rattachant, contrairement aux juges du fond, la responsabilité pénale de l'infraction à l'exercice de « *pouvoirs* »¹⁰⁹⁷.

368. Si la jurisprudence pénale fonde dorénavant, de manière constante, la responsabilité pénale du délégataire sur le mécanisme de délégation « de pouvoirs », les critères visés par les juges pour apprécier son existence et son efficacité en matière pénale – tenant à l'autorité, à la compétence et aux moyens du délégataire¹⁰⁹⁸ – ne se comprennent pas moins qu'en considération de la fonction exercée par ce dernier dans l'ordre interne. La question de la responsabilité pénale du délégataire en lieu et place du chef d'entreprise dépend donc toujours, en vérité, de la situation juridique (fonctionnelle) de ce dernier – réputée analogue, ou non, à celle du chef d'entreprise – et non de l'exercice de pouvoirs en tant

¹⁰⁹³ Cf. *supra*, n° 362.

¹⁰⁹⁴ Sur cette distinction, v. *supra*, n° 266.

¹⁰⁹⁵ Dans quatre arrêts de principe du 11 mars 1993, la chambre criminelle a en effet généralisé le domaine d'application de la délégation de pouvoirs à tous les pans de la direction, pourvu qu'elle ne soit pas prohibée par un texte spécial : cf. *supra*, n° 237.

¹⁰⁹⁶ Cf. *infra*, n° 791 et s.

¹⁰⁹⁷ D'après la Cour, « aucune disposition de ladite loi [n° 73-1193, du 27 décembre 1973] n'interdit au chef d'entreprise de déléguer tout ou partie de ses *pouvoirs* à un préposé (...) ».

¹⁰⁹⁸ Cf. *infra*, n° 774.

que tels, d'autant que les pouvoirs octroyés et exercés par le délégataire ne constituent que des indices, parmi d'autres (notamment sa compétence¹⁰⁹⁹), pour en déterminer la teneur.

369. Le fondement traditionnellement retenu par les juges de la chambre criminelle pour retenir la responsabilité pénale du délégataire en lieu et place du chef d'entreprise – à savoir la fonction exercée par ce dernier dans l'ordre interne – fait directement écho à celui retenu de manière constante en droit de la responsabilité civile. Les fautes imputées au mandataire se trouvent en effet systématiquement appréciées par les juges en considération de la *mission* que ce dernier s'est vu octroyer dans le cadre du rapport bipartite interne¹¹⁰⁰. Il en va de même en ce qui concerne le contentieux intéressant la responsabilité civile du préposé – où ce référentiel est tantôt qualifié de mission¹¹⁰¹, tantôt de fonction¹¹⁰² – ainsi que du dirigeant¹¹⁰³.

370. **La confusion entre le pouvoir et la fonction décelable en doctrine.** La confusion entre les deux notions – pouvoir et fonction – est également présente en doctrine, dans la mesure où celles-ci se trouvent toutes les deux employées par les auteurs pour désigner tant les *prérogatives* que leur *fondement juridique*. Par exemple, Madame BENEJAT écrit qu'« *une fonction renvoie à un pouvoir mais aussi au titre correspondant à ce pouvoir* » ;

¹⁰⁹⁹ Cf. *infra*, n° 775.

¹¹⁰⁰ D'après une jurisprudence constante, le mandataire « *est (...) responsable personnellement envers les tiers lésés des délits ou quasi-délits qu'il peut commettre soit spontanément, soit même sur les instructions du mandant dans l'accomplissement de sa mission* » : v. not. Cass. 1^{ère} civ., 20 avr. 1977 : *Bull. civ.* I, n° 181. – 1^{ère} civ. 13 oct. 1992, n° 91-10.619 : *Bull. civ.* I, n° 250, p. 165.

¹¹⁰¹ Il est de jurisprudence constante que le préposé n'engage pas sa responsabilité civile à l'égard des tiers lorsqu'il « *agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant* » : Cass., ass. plén., 25 févr. 2000, n° 97-17.378 : *B.J.S.* juin 2000, p. 645, n° 146, note J.-F. BARBIERI ; *Gaz. Pal.* 24 août 2000, jur. p. 36, note F. RINALDI ; J.C.P. éd. G. 2000, II 10295, concl. R. KESSOUS et note M. BILLIAU ; J.C.P. éd. G. 2000, I 241, spéc. n° 16, obs. G. VINEY ; *D.* 2000, p. 673, note P. BRUN et somm. p. 454, obs. P. DELEBECQUE.

¹¹⁰² Conformément à la jurisprudence, le commettant s'exonère de sa responsabilité lorsque son préposé « *agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation, et à des fins étrangères à ses attributions* » : Cass., ass. plén., 19 mai 1988, *D.* 1988. 513, note C. LARROUMET.

¹¹⁰³ S'écarter de la lettre des textes, qui n'opèrent pas de distinction suivant la nature de la faute (v. par ex., l'art. L. 225-251, al. 1^{er}, C. com.), la jurisprudence décide que « *la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être reconnue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions et qui lui soit imputable personnellement* » : Cass. com., 28 avr. 1998, n° 96-10.253 : *Bull. civ.* IV, n° 139 ; *Bull. Joly* 1998.808, note P. LE CANNU ; J.C.P. éd. E, 1998.1258, n° 31, note Y. GUYON, *Dr. sociétés* 1998, n° 114, note D. VIDAL ; J.C.P. 1998. II. 10177, note D. OHL ; *Rev. sociétés* 1998.767, note B. SAINTOURENS. Pour des exemples de fautes détachables et non détachables des fonctions de dirigeant, v. la jurisprudence citée *infra*, note 2244, et sur la définition de la faute séparable, *infra*, note 2312.

d'après l'auteur, c'est l'usage du singulier ou du pluriel qui permet de « *distinguer la fonction (le titre) [...] des fonctions (les prérogatives matérielles)* »¹¹⁰⁴.

Cette distinction est toutefois difficilement praticable, puisque rien ne s'oppose à ce qu'une personne soit investie d'une pluralité de charges – et donc qu'elle cumule une pluralité de fonctions – au sein d'une entreprise, par exemple celle de gérer le personnel salarié de la société ainsi que celle d'assurer la défense de ses intérêts en justice. Dans cette hypothèse, l'usage du pluriel s'impose pour qualifier tant les prérogatives juridiques de l'agent que leur fondement juridique.

La doctrine relève¹¹⁰⁵ qu'inversement, le terme pouvoir(s) est également employé par les auteurs afin d'évoquer une tâche, en particulier lorsque celle-ci consiste en une activité juridique. À cet égard, il est notable de remarquer que la jurisprudence et les auteurs usent aussi bien de la dénomination « délégation de pouvoir »¹¹⁰⁶ que de celle de « délégation de pouvoirs »¹¹⁰⁷ et qu'il est tentant, de la sorte, de transposer la distinction fondée sur l'usage du singulier et du pluriel au sujet de la notion de « fonction(s) », au(x) « pouvoir(s) » objet de la délégation.

Contre une telle interprétation, il importe de relever que l'inclusion de la charge, tâche ou mission, dans la notion de pouvoir, viendrait précisément déformer les contours bien établis de cette notion. Celle-ci viendrait notamment confondre la nature des rapports en cause, puisque la mission relève par définition des rapports internes¹¹⁰⁸, à la différence du pouvoir qui, lorsqu'il vise l'engagement direct du constituant, concerne exclusivement les rapports avec les tiers, donc les rapports externes. C'est pourquoi l'emploi de la notion de pouvoir doit être réservé pour désigner exclusivement les prérogatives juridiques, à l'exclusion de leur support causal. Inversement, l'usage de la notion de fonction doit être strictement réservée à ce second élément.

¹¹⁰⁴ M. BENEJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 111, 2012, n° 4.

¹¹⁰⁵ C. MANGEMATIN, thèse préc., n° 88, p. 93 et la littérature citée note 518 : D. VEAUX, « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil français », in *L'abus de fonction ou de pouvoir*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXVIII, Economica, 1980, p. 77.

¹¹⁰⁶ V. par ex., Cass. crim., 26 juin 2001, n° 00-83.466, préc., et en doctrine, not. N. FERRIER, thèse préc. ; F. MARMOZ, thèse préc. ; Ph. DIDIER, « La flexibilité de la gouvernance de la SAS », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *op. cit.*, n° 23, p. 132.

¹¹⁰⁷ V. par ex., Cass. crim., 17 oct. 2017, n° 16-80.821 (inédit) : *Dr. pén.* 2017, n° 176, obs. Ph. CONTE, et en doctrine, not. Th. DALMASSO, *La délégation de pouvoirs*, *op. cit.*

¹¹⁰⁸ Cf. *supra*, n° 73 et 155.

371. Du fait des incertitudes et confusions accompagnant l'emploi de la notion de fonction, la dichotomie conceptuelle entre, d'un côté, la fonction assignée au délégataire – objet par nature « endogène »¹¹⁰⁹ – et, de l'autre, les prérogatives permettant sa mise en œuvre, n'a été jusqu'à présent que peu exploitée en doctrine. Cette circonstance s'explique d'autant plus aisément au vu de l'ellipse de cet objet dans les analyses classiques du mandat de droit commun en France, auquel la délégation est le plus fréquemment assimilée¹¹¹⁰.

En définitive, les analyses doctrinales de la délégation de pouvoirs se concentrent, comme dans l'étude de ce contrat, sur le *pouvoir* dont l'intermédiaire se trouve investi.

372. Monsieur DIDIER a néanmoins proposé une analyse de la technique en relevant que ces deux versants – pouvoir et fonction – conduisent à deux différentes pistes d'étude de sa nature juridique. D'après l'auteur, la délégation de pouvoirs peut soit être considérée comme une technique de représentation de l'entreprise¹¹¹¹, soit comme un mécanisme de « *remplacement partiel et supervisé* » dans la « *fonction [directoriale]* »¹¹¹². « *La fonction du dirigeant incluant le pouvoir de représenter la société* », écrit encore l'auteur, « *ses substituts pourraient bénéficier indirectement d'une telle possibilité* »¹¹¹³.

L'auteur dénonce les failles de la première conception du mécanisme, qu'il nous a déjà été possible de relever : celle-ci ne permet pas d'expliquer le phénomène d'imputation des actes matériels du délégataire à la personne morale qui l'a institué, ni l'engagement de sa responsabilité pénale en lieu et place du chef d'entreprise¹¹¹⁴. Monsieur DIDIER conclut qu'à l'aune de cette analyse, la technique revêt en réalité nécessairement une nature duale, et plus exactement qu'on serait en présence de « *deux mécanismes juridiques distincts qui portent le même nom : une habilitation à conclure des actes au nom de la société et une cause exonératoire de la responsabilité pénale* »¹¹¹⁵.

¹¹⁰⁹ Cf. *supra*, n° 267.

¹¹¹⁰ Cf. *supra*, note 82.

¹¹¹¹ Ph. DIDIER, « L'évolution de la représentation de la société depuis la loi de 1966 », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CORNAC (dir.), *op. cit.*, n° 13, p. 76.

¹¹¹² Ph. DIDIER, *ibid.*, p. 77.

¹¹¹³ Ph. DIDIER, *ibid.*

¹¹¹⁴ Ph. DIDIER, *ibid.*, p. 76.

¹¹¹⁵ Ph. DIDIER, *ibid.*, pp. 76-77.

La seconde voie d'exploration de la délégation permet au contraire, d'après Monsieur DIDIER, de « restituer l'unité » du mécanisme¹¹¹⁶, la fonction dirigeante englobant la réalisation d'actes tant juridiques que matériels¹¹¹⁷.

Nous avons vu, toutefois, que la notion de fonction renvoyait à une catégorie juridique à part entière¹¹¹⁸, qui se distinguait des prérogatives dont elle est le support¹¹¹⁹. Ainsi, bien que, comme l'écrit l'auteur, la fonction puisse viser l'exercice du pouvoir de représentation (et plus exactement, la *charge* de représenter le constituant : ainsi du DRH chargé du recrutement du personnel), elle n'en demeure pas moins juridiquement autonome¹¹²⁰.

Le recours à la notion de fonction dans l'explication du mécanisme conforte donc, contrairement à la conclusion de l'auteur, la nature duale de la technique de délégation. L'exercice de la fonction constitue, d'un côté, une « *cause exonératoire de (...) responsabilité pénale* » et, de l'autre, le fondement juridique de l'un de ses instruments de mise en œuvre : le pouvoir de représentation.

373. À l'aune de cette analyse, les pouvoirs délégués (la délégation de pouvoirs) apparaissent donc comme le pendant d'une fonction déléguée¹¹²¹, qu'il apparaît naturel d'individualiser sous la notion de délégation de fonction ou de délégation fonctionnelle¹¹²².

374. **Conclusion de la section 1.** Un bref aperçu historique de l'emploi de la notion de délégation a permis de mettre en évidence que cette institution était initialement appréhendée par la chambre criminelle à l'aune de la fonction (en tant que poste de service) assignée et exercée par le délégataire dans l'ordre interne (en l'occurrence, assurer l'hygiène et la sécurité des travailleurs). Ce n'est que dans un second temps que la

¹¹¹⁶ Ph. DIDIER, *ibid.*, p. 77.

¹¹¹⁷ Ph. DIDIER, *ibid.*

¹¹¹⁸ Cf. *supra*, n° 266.

¹¹¹⁹ Cf. *supra*, n° 267.

¹¹²⁰ *Ibid.*

¹¹²¹ Rappr. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés, op. cit.*, n° 380, pour qui la délégation de pouvoirs « a pour objet l'exercice d'une fonction participant à l'organisation du pouvoir au sein de l'entreprise. » ; S. de VENDEUIL, « La cessation des fonctions d'un dirigeant met-elle fin aux délégations qu'il a données ? », art. préc. : selon l'auteur, la délégation est une technique par laquelle « le représentant légal confie, au nom et pour le compte de la société, à une personne qu'il investit d'une fonction déterminée, le mandat d'engager la société dans la limite de ses attributions ».

¹¹²² Selon une formule déjà consacrée en doctrine : cf. *supra*, note 1083.

jurisprudence de la chambre criminelle a adjoint les notions de « délégation » et de « pouvoirs ».

Il a toutefois pu être démontré que, nonobstant sa dénomination contemporaine, la technique étudiée a, à l'instar du mandat de droit commun¹¹²³ et du mandat social¹¹²⁴, un versant interne irréductible, préalablement identifié sous la notion de mission ou de charge d'intermédiation¹¹²⁵, et qui a pu être rattaché à la catégorie juridique de la fonction dans le contexte sociétaire¹¹²⁶. Conformément à l'analyse proposée, les pouvoirs (prérogatives) octroyés et exercés par les substituts des organes de direction constituent seulement les moyens juridiques permettant de mener à bien une fonction – entendue comme un poste de service, une tâche – assignée (« déléguée ») à ce dernier dans l'ordre interne.

Parmi ceux-ci se trouve le pouvoir d'agir dans la sphère externe de l'entreprise, pouvoir qui s'identifie bien à la technique traditionnelle du pouvoir de représentation.

Sous-section 2 / L'identification de la délégation du droit d'agir dans la sphère externe au pouvoir de représentation

375. L'objet du mécanisme de « délégation de pouvoirs » dans la sphère sociale externe est de permettre à des tiers à l'organe directorial d'accomplir des actes au nom de la société¹¹²⁷. Cette fonction se réalise manifestement au moyen de la technique civiliste du pouvoir de représentation.

En effet, en premier lieu, rien ne permet de justifier la limitation de la faculté d'instituer des représentants conventionnels aux seules personnes physiques. En second lieu, la qualité de l'agent exerçant les droits de la personne morale – en particulier, celle de simple préposé – ne saurait, comme nous le verrons, influencer sur cette qualification.

¹¹²³ Cf. *supra*, n° 73 (modèle germanique) et 155 (droit français).

¹¹²⁴ Cf. *supra*, n° 265.

¹¹²⁵ Cf. *supra*, n° 157.

¹¹²⁶ Cf. *supra*, n° 269.

¹¹²⁷ Cf. *supra*, n° 240 et 248. Il s'agit là de l'objet exclusif de la délégation statutaire consacrée dans les textes en droit français : cf. *supra*, n° 342 et s.

376. **Représentation conventionnelle des personnes morale.** La personnalité juridique confère à ces sujets de droit particuliers que ce sont les personnes morales les mêmes prérogatives et obligations que celles profitant ou incombant aux personnes physiques¹¹²⁸ – sous réserve de leur nature particulière. Il faut en conclure que la personne morale peut, comme tout sujet de droit et en sa qualité de sujet de droit, recourir à des représentants conventionnels chargés de mettre en œuvre ses droits vis-à-vis des tiers. Toute restriction en la matière ne peut s’analyser que comme une limitation à l’autonomie de volonté de l’être moral, ce qu’aucune raison valable ne nous paraît pouvoir motiver. En ce sens, nous avons pu voir, dans nos propos introductifs, en quoi la proposition de disposition contenue dans l’avant-projet relatif à la SES, selon laquelle « [l]e directeur général est seul habilité à représenter la société à l’égard des tiers » (article 3.1.2, paragraphe 2) viendrait, à suivre la lettre du texte, précisément paralyser la flexibilité d’organisation interne que cette forme sociale est pourtant censée véhiculer.

377. L’identification de la « facette externe » de la délégation à l’exercice du pouvoir de représentation s’impose aussi indifféremment à la qualité de la personne qui l’exerce, notamment selon qu’il s’agit d’un cadre supérieur ou d’un simple subalterne.

378. **Représentation et statut hiérarchique interne de l’agent.** Aucun obstacle ne permet d’exclure les actes juridiques accomplis par de simples salariés subalternes de la qualification d’actes de représentation dans la mesure où rien ne s’oppose à ce que cette catégorie d’agent exerce un « pouvoir » [de représentation]¹¹²⁹.

L’argument tiré de l’exclusion jurisprudentielle de la qualité de gardien à leur égard ne constitue pas, en particulier, un argument dirimant à l’encontre cette interprétation, les deux notions de garde et de pouvoir étant en réalité disjointes.

379. Le gardien, au sens de l’article 1242, alinéa 1^{er}, du Code civil, est celui qui exerce un pouvoir d’usage, de direction et de contrôle sur la chose¹¹³⁰. Or, depuis près d’un siècle, la jurisprudence refuse la qualité de gardien au préposé¹¹³¹, sous réserve que ce dernier n’ait pas outrepassé ses pouvoirs ou commis un abus de fonction¹¹³². C’est que, selon les juges, l’exercice de tels pouvoirs est incompatible avec le lien de subordination et de dépendance issu du rapport de préposition¹¹³³.

Il ne saurait toutefois s’inférer du refus de reconnaître au préposé la qualité de gardien que ce dernier ne peut être titulaire ou exercer aucun pouvoir. Cette interprétation est d’emblée démentie par le contentieux relatif à la responsabilité pénale du délégataire-

préposé : c'est exactement la titularité de certains pouvoirs de direction qui fonde, avec d'autres éléments (ainsi du degré de compétence) sa responsabilité pénale en lieu et place du chef d'entreprise. Cette circonstance conduit d'ailleurs à un paradoxe relevé par M. FERRIER à travers l'exemple du gérant salarié d'une succursale d'une maison d'alimentation, qui pourra être considéré comme « *suffisamment autonome pour assumer une responsabilité pénale mise initialement à la charge du propriétaire de la succursale, mais non pour être reconnu gardien d'une chose qu'il manipule et vend dans la succursale*¹¹³⁴ »¹¹³⁵.

En réalité, il faut comprendre de la position jurisprudentielle relative à la responsabilité du fait des choses dont on a la garde que le préposé ne dispose pas des « pleins pouvoirs » sur la chose : il ne peut en effet en disposer comme il l'entend¹¹³⁶. Or, comme le remarque Madame Mangematin, « *la particularité du pouvoir est précisément qu'il ne peut être exercé que de manière finalisée par son titulaire* »¹¹³⁷.

Ces considérations témoignent de ce que les notions de garde et de pouvoir ne sont pas équipollentes¹¹³⁸. Elles invitent également à se réinterroger sur le bien-fondé de la mise

¹¹²⁸ A. GILSON-MAES, thèse préc., n° 439.

¹¹²⁹ V. égal. D. TOMASIN, « À la recherche d'une distinction entre mandat et contrat de travail », in *Mélanges dédiés au président Michel Despax*, PU Toulouse 1, 2002, p. 203, pour qui le contrat de travail n'exclut pas la représentation.

¹¹³⁰ Cette définition, qui consacre la conception matérielle de la garde de la chose, est issue de l'arrêt FRANCK : Cass. ch. Réunies, 2 déc. 1941 : *D.* 1942. 25, rapp. LAGARDE, note G. RIPERT ; S. 1941, p. 217, note H. MAZEAUD ; J.C.P. 1942. II. 1766 ; GAJC, t. 2, 12^{ème} éd., 2008, Dalloz, n° 200. Pour une illustration récente, v. Civ. 2^{ème}, 24 avr. 2003, n° 00-16.732 : *Bull. civ.* II, n° 115 ; *D.* 2003. IR 1340.

¹¹³¹ Cass. civ., 27 févr. 1929 : *DP* 1929, 1, 129, note G. RIPERT. – Civ., 30 déc. 1936 : *D.* 1937. 5, note R. SAVATIER. – Civ., 26 janv. 1948 : *DP* 1948, p. 485, note G. RIPERT. Au sein de la jurisprudence récente, v. Civ. 2^{ème}, 15 mars 2001, n° 99-17.263 : *RCA* 2001, comm. 183, note H. GROUDEL. – Civ. 2^{ème}, 1^{er} avr. 1998, n° 96-17.903 : *R.T.D. civ.* 1998. 914, obs. JOURDAIN. En doctrine, v. M.-A. PEANO, « L'incompatibilité entre les qualités de préposé et de gardien », *D.* 1991. Chron. 51.

¹¹³² Cass. civ. 2^{ème}, 23 nov. 1972 : *Bull. civ.* II, n° 296. – Civ. 2^{ème}, 8 nov. 1976 : *Bull. civ.* II, n° 298 – Civ. 2^{ème}, 20 déc. 1977 : *D.* 1978. IR 203, obs. C. LARROUMET.

¹¹³³ Cass. civ., 27 févr. 1929, préc.

¹¹³⁴ Par exemple, dans le cas où une action en responsabilité serait intentée par un client sur le fondement de l'article 1242, alinéa 1^{er}, du Code civil (une bouteille placée en équilibre instable dans un rayonnage tombe et le blesse), la qualité de gardien serait refusée au gérant (du fait de son statut de salarié), et attribuée au propriétaire de la succursale : N. FERRIER, thèse préc., n° 261, p. 370.

¹¹³⁵ N. FERRIER, *ibid.*

¹¹³⁶ C. MANGEMATIN, thèse préc., n° 127, pp. 125-126. Comp. H., L., et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Les obligations. Théorie générale*, t. II, 9^{ème} éd., *op. cit.*, n° 518, qui affirment l'impossibilité pour le préposé d'être le détenteur de la direction « intellectuelle » de la chose.

¹¹³⁷ C. MANGEMATIN, *ibid.*, p. 125.

¹¹³⁸ C. MANGEMATIN, *ibid.*, pp. 126-17.

à l'écart systématique du préposé de la qualité de gardien. Comme le remarque Monsieur FERRIER, « *il semblerait juste d'admettre que [celle-ci] puisse s'inférer de [la] qualité de délégataire [du préposé], dès lors que lui sont délégués les pouvoirs, non seulement d'usage, mais surtout de contrôle et de direction de la chose permettant de prévenir les dommages que celle-ci pourrait causer* »¹¹³⁹. Sur ce point, Madame MANGEMATIN conclut que « *le choix d'attribuer la garde au commettant semble [enfin] essentiellement reposer sur des considérations d'opportunité* » : celle « *de consacrer sa responsabilité de manière uniforme, que le dommage soit causé par le fait de ses préposés ou des choses dont il est le propriétaire* »¹¹⁴⁰.

380. Également, les qualités de représentant, d'une part, et de cadre ou de salarié, d'autre part, ne se situent pas sur le même plan. La première qualification – celle de représentant – désigne le titulaire d'une *prérogative* l'habilitant à nouer des rapports de droit dans l'ordre *externe* ; les secondes – celle de cadre ou de salarié – définissent le *statut* du chargé de fonction dans l'ordre *interne*. La qualification du statut de l'agent dans l'ordre interne offre simplement un indice sur la nature de la mission exercée dans le cadre du poste de service correspondant : de direction (en présence d'un cadre) ou d'exécution (en présence d'un simple salarié subalterne). En d'autres termes, il s'agit de catégories qui se juxtaposent l'une à l'autre, et qui vont généralement de pair lorsque la fonction octroyée implique, pour être correctement exécutée, l'octroi d'un pouvoir de représentation.

¹¹³⁹ N. FERRIER, thèse préc., n° 261, p. 370. Cette extension apparaît d'autant plus justifiée qu'un *infans* ou un dément peuvent être gardiens d'une chose : en ce sens, Ph. LE TOURNEAU (sous la dir. de.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 2221.162.

¹¹⁴⁰ C. MANGEMATIN, thèse préc., n° 127, p. 127, ainsi que la littérature citée, notes 753 et 754.

381. **Conclusion de la Section 2.** Dans les rapports externes, la mise en œuvre de la délégation de pouvoirs implique l'exercice de prérogatives juridiques correspondant bien au pouvoir de représentation. En particulier, il a été mis en évidence que cette catégorie de prérogatives pouvait être exercée à tous les échelons de la hiérarchie de l'entreprise, donc tant par un simple salarié subalterne que par un de ses cadres supérieur. Qu'il soit question de conclure un marché stratégique pour l'entreprise, d'émettre un bon de livraison ou une facture à l'occasion de frais engagés pour la réparation du véhicule d'un transporteur, c'est en définitive toujours la même catégorie d'actes qui est accomplie : il s'agit d'actes de représentation, consistant à mettre en œuvre de manière *volontaire* les *droits* du groupement, et qui permettent d'établir un lien de droit direct entre celui-ci et le tiers cocontractant.

382. Si la délégation de *pouvoirs* rend efficiente, en droit, la délégation *fonctionnelle* (l'accomplissement de la charge assignée au délégataire dans l'ordre interne n'étant possible que s'il dispose des pouvoirs corrélatifs), la distinction entre les deux est fondamentale, les notions de pouvoir(s) et de fonction(s) renvoyant chacune, en vérité, à deux catégories juridiques à part entière¹¹⁴¹.

Or, cette distinction n'est pas seulement théorique. D'un point de vue pratique, il s'avère également impossible, matériellement, de systématiser un régime juridique unique de la délégation en faisant application de la théorie moniste.

¹¹⁴¹ Cf. *supra*, n° 265 et s., spéc. n° 267.

Section 2 / La mise en œuvre de la délégation au service d'impératifs distincts dans les ordres interne et externe

383. La théorie moniste, appliquée à la délégation, suppose que la technique bénéficie d'un régime juridique unique destiné à appréhender en même temps les rapports entre le délégataire et la société d'une part, et les rapports entre la société et les tiers en raison des actes juridiques conclus par le délégataire en son nom, d'autre part.

384. On a déjà mis en évidence les failles de cette interprétation d'un point de vue théorique.

L'acception et le contenu de la notion de représentant pour désigner le titulaire d'une délégation de pouvoirs ne sont pas identiques dans les différentes branches étudiées. En matière civile et commerciale, est représentant toute personne habilitée à mettre en œuvre les droits de la personne morale dans l'ordre externe (donc à exercer un pouvoir de représentation)¹¹⁴². En matière pénale au contraire, comme on l'a vu, c'est le titulaire d'une délégation fonctionnelle qui est en vérité appréhendé par cette notion¹¹⁴³, au vu des exigences tenant à sa compétence, son autorité et ses moyens, attributs qui ne se comprennent qu'en considération de la mission qui lui a été assignée dans l'ordre interne. L'objet juridique du mécanisme « délégation de pouvoirs » n'est ainsi pas le même dans ces deux hypothèses. Dans le premier cas, cet objet est constitué par un pouvoir d'action dans la sphère externe (qui, en lui-même, ne correspond qu'à un pouvoir d'exécution) ; dans le second, il vise une fonction directoriale dans l'ordre interne, exercée selon certaines modalités.

Une terminologie spécifique a été proposée pour appréhender le substitut dans ces deux « casquettes ». Dans la première hypothèse, le délégataire a la qualité d'un représentant conventionnel ordinaire ; dans la seconde, le délégataire apparaît comme un chargé de fonction directoriale : c'est le « délégataire fonctionnel ».

385. L'appréhension moniste de la délégation de pouvoirs se heurte également, en pratique, à la disparité des enjeux que la mise en œuvre du mécanisme suscite dans chacune des deux sphères sociales. Cette circonstance explique d'ailleurs le flottement des règles

¹¹⁴² Cf. *supra*, n° 375 et s.

¹¹⁴³ Cf. *supra*, n° 363 et s.

encadrant les conditions de mise en œuvre de la délégation, qui varient subrepticement selon les différentes chambres de la Cour de cassation¹¹⁴⁴.

Ceci concerne des questions aussi fondamentales que celles tenant à l'investiture du délégataire (**Sous-section 1**), à sa qualité (**Sous-section 2**), à la publicité de son pouvoir (**Sous-section 3**) ainsi qu'à son caractère conjoint ou individuel (**Sous-section 4**).

¹¹⁴⁴ Cf. *supra*, n° 239 à 241.

Sous-section 1 / En ce qui concerne l'investiture du déléataire

386. En droit français, l'un des aspects les plus controversés du régime de la délégation de pouvoirs réside dans la question de savoir si elle procède d'un acte juridique unilatéral ou si elle revêt, au contraire, un caractère conventionnel.

Le caractère bilatéral de l'acte d'institution se trouve régulièrement questionné en doctrine en raison de la relation hiérarchique dans laquelle cette technique s'insère le plus souvent. Plusieurs auteurs considèrent que cette circonstance supprime *de facto* toute liberté pour le candidat de consentir librement à l'acte d'investiture.

Il sera possible d'éprouver ces considérations dans chacune des deux sphères sociales, et de profiter des enseignements tirés du régime de la prokura, pour ce qui concerne spécifiquement l'habilitation du déléataire à agir dans l'ordre externe (§ 1).

387. L'investiture du déléataire soulève un autre point houleux en doctrine, relativement à la question de savoir si la validité de l'investiture ne devrait pas être subordonnée à son caractère exprès. Pour les partisans de cette conception, la délégation de pouvoirs tacite serait en effet contraire à l'impératif de transparence de la marche de l'activité sociale porté par le dispositif de 1966.

Il sera là encore possible de vérifier la pertinence de la proposition dans chacune des deux sphères sociales, ainsi que de profiter de la démarche comparatiste en ce qui concerne la sphère sociale externe (§ 2).

§ 1 – Le caractère unilatéral ou bilatéral de l'acte de délégation

388. Contrairement à ce que suggère une partie de la doctrine, la délégation naît bien dans un cadre conventionnel en droit français : elle doit donc avoir été acceptée par son bénéficiaire pour être valable.

Il apparaîtra néanmoins que la raison d'être de cette solution n'est pas la même dans chacune des deux sphères sociales, interne (**A**) et externe (**B**), dans la mesure où les impératifs de l'association dans chacun des deux ordres ne sont pas les mêmes, comme permettra de le mettre en exergue l'institution germanique de la prokura, qui, selon une conception traditionnelle, puise sa source dans un acte juridique unilatéral de volonté.

A) *La raison d'être du caractère conventionnel de la délégation dans l'ordre interne*

389. Une partie de la doctrine conteste la nature conventionnelle de la délégation en raison de la relation hiérarchique – le plus souvent salariée¹¹⁴⁵ – qui existe entre le délégant et le délégataire¹¹⁴⁶. Cette circonstance ferait obstacle à la possibilité, pour le délégataire, d'accepter librement la délégation : son investiture pourrait dès lors, selon les termes de la doctrine, être « forcée »¹¹⁴⁷. La délégation serait donc instituée par un acte unilatéral de volonté¹¹⁴⁸. Cette conception conduit à exclure la délégation de la qualification de mandat, contrat « égalitaire »¹¹⁴⁹ prenant vie dans un accord de volontés.

390. À notre sens, la délégation fonctionnelle procède toujours d'un accord de volontés, quand bien même elle prendrait naissance dans un rapport de subordination fortement caractérisé. Plusieurs situations sont à distinguer.

De prime abord, il n'est pas exclu que le salarié puisse effectivement négocier les termes de son contrat de travail et le contenu de la délégation qui lui serait accordée.

¹¹⁴⁵ Cf. *infra*, n° 520.

¹¹⁴⁶ Dans ce sens, v. en particulier H. MOUBSIT, thèse préc., pp. 319 et s. ; T. DALMASSO, *la délégation de pouvoirs*, *op. cit.*, pp. 97 et s. ; P. LE CANNU, « La délégation de pouvoirs dans la SAS (et au-delà) », note préc., p. 38, n° 18. Monsieur GIBIRILA écrit en ce sens que « [l]e premier [élément caractéristique de la délégation de pouvoirs] est l'existence d'une hiérarchie entre le délégant et le délégataire qui sont en principe unis par un lien de subordination directe [i.e., un contrat de travail] » : *Rép. soc., Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 7.

¹¹⁴⁷ T. DALMASSO et A. BOURCEREAU, note préc., n° 27.

¹¹⁴⁸ H. MOUBSIT, *loc. cit.*, et P. LE CANNU, « La délégation de pouvoirs dans la SAS (et au-delà) », note préc., p. 38, spéc. n° 19.

¹¹⁴⁹ La doctrine entend par là que le mandat met en relation deux parties égales en dehors de tout lien de subordination ; or il s'agit là du lien qui forme l'élément caractéristique du contrat de travail (v. not. Cass. soc., 8 déc. 1961 : *Bull. civ. IV*, n° 1017. – Soc., 11 mai 1966 : *Bull. civ. IV*, n° 434. – Soc. 16 févr. 1983 : *Bull. civ. V*, n° 89.). Il existerait alors une « inégalité inhérente à la délégation [qui] ne se retrouve pas dans le mandat » : V. THOMAS, « Qui peut déléguer ses pouvoirs dans la société ? », in Colloque Dijon, préc., n° 2, et, du même auteur, « La délégation de pouvoirs peut être permanente », note préc., n° 3. Contre une telle interprétation, il est possible de relever, en premier lieu, que la charge de gérer un service interne à l'entreprise (avec les pouvoirs de représentation que cela implique) n'est pas limitée aux seuls salariés de l'entreprise, mais peut très bien être externalisée (le délégataire fonctionnel peut être un prestataire de service extérieur, tel un cabinet d'expert comptable, d'informatique, de logistique etc.). L'exigence tenant à la qualité de préposé, pour l'accomplissement d'actes de représentation, est exceptionnelle (*cf. infra*, n° 682). C'est en vérité uniquement l'efficacité du mécanisme en matière pénale qui pose question lorsque le délégataire fonctionnel est un véritable tiers (*cf. infra*, n° 779 et 780). En second lieu, si le mandataire est en principe exclu de la catégorie des préposés en raison de la liberté de choix dont il dispose dans l'exécution de son mandat, cette liberté n'existe pas toujours : « la pratique des affaires connaît des mandataires aussi bien "contrôlés" que des salariés, et la jurisprudence accepte de voir des préposés dans certains mandataires » : v. P. LE CANNU, « Les précisions apportées par le droit des procédures collectives au régime de la délégation de pouvoirs dans une société », art. préc., n° 13, et *supra*, note 525.

Ensuite, il est unanimement reconnu que l'accord du délégataire est nécessaire lorsque la délégation a pour effet de modifier substantiellement le contrat de travail¹¹⁵⁰. Enfin, à supposer que le candidat ne soit pas en mesure de négocier les termes de la délégation, celle-ci s'apparenterait alors à un contrat d'adhésion, convention qui met en présence deux parties qui ne sont pas sur un pied d'égalité, la partie la plus puissante économiquement ou socialement imposant les termes du contrat à la partie faible¹¹⁵¹. Pour autant, l'absence de négociation entre les parties n'exclut pas la qualification de contrat : l'élément essentiel pour la qualification de contrat demeure l'échange des consentements entre les parties. Dans la situation qui nous intéresse, le préposé, bien que dépourvu de la possibilité de négocier les termes de la délégation, consent à son contenu et accepte les obligations qu'elle comporte¹¹⁵².

391. La délégation fonctionnelle procédant d'un contrat, elle doit avoir été acceptée¹¹⁵³ par son bénéficiaire. Cette condition établie, il reste à déterminer le caractère de cette acceptation.

Cette question commande de distinguer, au préalable, les conditions d'existence de la délégation fonctionnelle en tant que telle de ses conditions d'*efficacité*¹¹⁵⁴ dans les différentes branches du droit où elle est susceptible de produire des effets : en matière pénale (responsabilité du délégataire fonctionnel en lieu et place du chef d'entreprise¹¹⁵⁵), en droit civil (reconnaissance d'un pouvoir tacite de représentation au titre de la fonction

¹¹⁵⁰ P. LE CANNU, *ibid.*, n° 18, et, pour des exemples de telles modifications, v. N. Ferrier, thèse préc., pp. 279 et s., n° 198.

¹¹⁵¹ La réforme de 2016 a consacré une définition du contrat d'adhésion à l'article 1110, alinéa 2, du Code civil, aux termes duquel « [l]e contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ».

¹¹⁵² *Contra*, H. MOUBSIT, thèse préc., spéc. p. 321.

¹¹⁵³ La condition tenant à l'acceptation de la délégation est d'ailleurs régulièrement rappelée par la chambre criminelle : v. Cass. crim. 27 juin 2018, n° 17-81.918 : R.T.D. com. 2018. 1037, obs. L. SAENKO (parmi 3 arrêts) ; J.C.P. éd. E. 2019, n° 11, p. 19, note R. SALOMON ; *Dr. pén.* 2018, n° 10, p. 44, note P. CONTE : selon les juges, « il appartient au prévenu qui se prévaut d'une délégation de pouvoir devant être acceptée du délégataire pour être valable, d'en rapporter la preuve ». – Crim., 20 oct. 1992, n° 91-84.608 (inédit). – Crim., 14 janv. 1988, n° 85-93.192 (inédit). – Crim., 29 nov. 1988, n° 86-92.449 : *Bull. crim.* n° 405. – Crim., 2 mars 1977, n° 76-90.895 : *Bull. crim.* n° 202. Dans ce sens égal. en doctrine, v. par ex., H. MATSOPOULOU, « Le salarié prisonnier de la délégation de pouvoirs », in *Colloque Dijon*, préc., p. 8 (éd. élec.). Cette exigence est également visée par la chambre sociale : v. en particulier Soc., 4 avr. 2007, n° 06-60.124, préc.

¹¹⁵⁴ La majorité de la doctrine assimile pourtant les deux : v. par ex., H. MATSOPOULOU, « Le salarié prisonnier de la délégation de pouvoirs », in *colloque Dijon*, préc. Ainsi, à défaut d'opérer un effet exonérateur, la délégation fonctionnelle n'est ni frappée de nullité (en ce sens, B. BEDARIDE et S. PLA BUSIRIS, art. préc., n° 15) ni caduque (en ce sens, T. DALMASSO et A. BOURCEREAU, note préc., n° 17).

¹¹⁵⁵ *Cf. infra*, n° 771 et s.

déléguée¹¹⁵⁶), et en droit non pénal du travail (exclusion du délégataire fonctionnel de l'exercice de fonctions syndicales¹¹⁵⁷ en particulier).

392. **L'autonomie de la délégation fonctionnelle par rapport à ses critères d'efficacité dans les différents domaines où elle déploie ses effets.** Il a déjà été mis en évidence que les critères établis par les juges pour identifier le « délégataire de pouvoirs » varient subrepticement selon les différentes chambres de la Cour de cassation¹¹⁵⁸. Pour cause, ces derniers ne s'analysent que comme des critères d'efficacité¹¹⁵⁹ de la délégation fonctionnelle propres à chacune des branches juridiques dans lesquelles elle est susceptible de déployer ses effets, et sont révélateurs des impératifs spécifiques poursuivis par chacune de ces branches (notamment la répartition claire et transparente des fonctions de gouvernance dans l'ordre interne et la protection des tiers et la sécurité des transactions dans l'ordre externe). L'analyse de ces critères révèle en outre qu'ils ne visent que les modalités d'exercice de la fonction déléguée (en considération, selon les chambres, du degré d'autorité, du niveau de compétence et de l'ampleur des moyens – notamment juridiques (pouvoirs) – mis à la disposition du délégataire).

393. L'existence d'une délégation fonctionnelle ne devrait pas être conditionnée par son acceptation expresse par le délégataire, et devrait pouvoir résulter de l'acceptation de certaines fonctions qui, de par leur nature, revêtent une nature directoriale (ainsi des postes de service impliquant une charge décisionnelle et exécutive au sein l'entreprise).

En droit civil et en droit non-pénal du travail, une délégation fonctionnelle qui n'aura pas été expressément acceptée sera en outre parfaitement efficace. C'est ce qui résulte de la jurisprudence de la chambre sociale, qui admet l'exclusion du délégataire de l'exercice de fonctions syndicales (incompatibles avec la fonction directoriale), quoique la délégation n'ait pas été expressément acceptée par son titulaire¹¹⁶⁰. Dans la sphère

¹¹⁵⁶ Cf. *infra*, spéc. n° 418.

¹¹⁵⁷ Cf. *infra*, n° 805.

¹¹⁵⁸ Cf. *supra*, n° 239 à 241.

¹¹⁵⁹ A. CHARVÉRIAT, art. préc., pt. 25, n° 1. La doctrine use encore du terme « effectivité » : C. LACROIX, « Délégation de pouvoirs et assurance : quelle échappatoire pour le dirigeant ? », in O. DEXANT-DE BAILLIENCOURT et B. LAPEROU-SCHENEIDER (dir.), *Les responsabilités du dirigeant de société : Regards croisés de droit civil et de droit pénal*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018, p. 24. *Contra*, v. la littérature citée *supra*, note 1154.

¹¹⁶⁰ Cf. *infra*, n° 807.

externe, elle pourra servir de fondement à la reconnaissance d'un pouvoir de représentation tacite au profit de son bénéficiaire¹¹⁶¹.

En ce qui concerne l'efficacité de la délégation fonctionnelle en matière pénale, il est au contraire légitime d'exiger, comme le fait la chambre criminelle, le caractère exprès de l'acceptation du délégataire¹¹⁶². Cette exigence, propre au droit pénal, se justifie à plusieurs égards, à commencer par la gravité des conséquences potentielles de l'acte de délégation pour le délégataire : sa responsabilité pénale en lieu et place du chef d'entreprise¹¹⁶³. Elle se justifie également par la nécessité de s'assurer que le délégataire a pleinement conscience des responsabilités qu'il prend en charge et, plus généralement, par l'impératif tenant à une organisation cohérente et transparente de l'activité sociale, qui suppose que les fonctions respectives du chef d'entreprise et de ses substituts soient clairement définies et identifiées¹¹⁶⁴.

394. C'est en définitive les impératifs poursuivis par chacune des différentes branches du droit appréhendant le mécanisme de délégation fonctionnelle qui vont déterminer l'importance accordée aux modalités de son acceptation. Dans tous les cas, celle-ci doit néanmoins avoir été acceptée par son destinataire.

Par comparaison, l'acceptation de l'acte investissant une personne du pouvoir de mettre en œuvre les droits de la personne morale dans la sphère externe ne partage nullement, en principe, ce caractère essentiel.

¹¹⁶¹ Cf. *infra*, n° 418 et s.

¹¹⁶² Cf. *infra*, n° 408, et les références citées, note 1195.

¹¹⁶³ Cf. *infra*, n° 770 et s.

¹¹⁶⁴ Cf. *infra*, n° 408.

B) *La raison d'être du caractère conventionnel de la délégation dans l'ordre externe éclairée par l'institution de la prokura*

395. Le caractère bilatéral ou non du pouvoir de représentation ne soulève pas d'enjeux majeurs : en témoigne l'institution de la prokura qui, tout en conférant à son bénéficiaire un pouvoir de représentation « illimité »¹¹⁶⁵, procède selon une conception traditionnelle d'un acte unilatéral de volonté (1). D'ailleurs, en droit français, préalablement à la réforme de 2016, plusieurs auteurs étaient d'avis que cette technique puisait sa source dans un acte juridique unilatéral¹¹⁶⁶.

À l'aune du modèle conventionnel de la représentation volontaire finalement consacré en droit français, rien ne paraît en outre imposer que l'acceptation du pouvoir par le représentant revête également un caractère exprès (2).

1) *La conception traditionnelle de la prokura en tant qu'acte juridique unilatéral*

396. **L'acceptation du fondé de pouvoir est en principe indifférente à la formation de la prokura.** Dans la mesure où le pouvoir de représentation procède, en droits allemand et polonais, d'un acte juridique unilatéral de volonté¹¹⁶⁷, l'acceptation du fondé de pouvoir ne constitue pas une condition de validité de la prokura¹¹⁶⁸. L'acte d'institution habilite en lui-même son destinataire dans les prérogatives de *Prokurist*¹¹⁶⁹. C'est pourquoi l'accomplissement d'actes de représentation constitue toujours pour le représentant une simple faculté, et non une obligation : le représentant *peut* [agir au nom du représenté] ; il ne [le] *doit pas*¹¹⁷⁰. Dans le modèle germanique, l'obligation d'agir au nom du représenté ne peut résulter, le cas échéant, que du rapport interne¹¹⁷¹. Il en résulte qu'une personne

¹¹⁶⁵ Cf. *supra*, n° 307.

¹¹⁶⁶ Cf. *supra*, note 590.

¹¹⁶⁷ Cf. *infra*, n° 580.

¹¹⁶⁸ En doctrine allemande, v. U. HÜBNER, *Handelsrecht*, Heidelberg, 2004, p. 126 ; P. KREBS et M. LIEB in *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, t. 1, K. SCHMIDT (réd), München, 1996, p. 603 (cités par J. GRYKIEL, « Przyjęcie prokury jako przesłanka powstania umocowania », PiP 4/2008, p. 100, note 2).

¹¹⁶⁹ J. GRYKIEL, *ibid.*, p. 101.

¹¹⁷⁰ Cf. *infra*, n° 592.

¹¹⁷¹ M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 78.

peut être instituée *Prokurist* sans avoir donné son accord, voire sans avoir pris connaissance de son habilitation¹¹⁷².

397. **Un principe récemment remis en question en Pologne.** Le législateur polonais semble pourtant avoir récemment consacré la condition d'acceptation du fondé de pouvoir pour la formation de la prokura avec la loi du 26 janvier 2018 portant réforme du KRS¹¹⁷³ (le registre national judiciaire en Pologne), entrée en vigueur en mars de la même année. En effet, cette loi a modifié l'article 19a, alinéa 5, de la loi relative au KRS¹¹⁷⁴ qui impose désormais de joindre l'accord du fondé de pouvoir à la demande de son inscription dans le registre.

Dans l'attente que la jurisprudence se prononce sur la portée de cette nouvelle disposition, plusieurs interprétations en ont été proposées en doctrine.

398. D'un point de vue partagé par plusieurs auteurs, il est douteux de considérer que cette réforme ait eu pour objet de conférer à la prokura un caractère bilatéral¹¹⁷⁵. Une telle interprétation serait somme toute révolutionnaire¹¹⁷⁶, dans la mesure où il ne fait aucun doute que la prokura est une procuration spéciale¹¹⁷⁷. Or, la confection d'une procuration, du fait de sa nature unilatérale, ne requière jamais l'accord du représentant (article 96 K.C.¹¹⁷⁸).

Une autre partie de la doctrine estime au contraire que cette réforme consacre le caractère bilatéral de la prokura¹¹⁷⁹. Le principal argument avancé par les partisans de cette conception s'appuie sur un principe fondamental du droit polonais qui exige l'accord de la

¹¹⁷² Cf. *infra*, n° 581.

¹¹⁷³ Ustawa z dnia 26 stycznia 2018 r. o zmianie ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2018 poz. 398).

¹¹⁷⁴ Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. 1997 n° 121 poz. 769).

¹¹⁷⁵ K. GRZEGORZ, *op. cit.*, III, pt. 3.3 ; A. KIDYBA, *Komentarz aktualizowany do art.1-300 Kodeksu spółek handlowych*, lex 2016, v° art. 41 K.S.H.

¹¹⁷⁶ K. GRZEGORZ, *ibid.*

¹¹⁷⁷ Cf. *supra*, n° 296 et s.

¹¹⁷⁸ « *Le pouvoir d'agir au nom d'autrui s'appuie sur la loi (représentation légale) ou sur une déclaration de volonté du représenté (procuration)* » (traduction libre).

¹¹⁷⁹ V. égal. dans ce sens, antérieurement à la réforme, J. GRYKIEL, « Przyjęcie prokury jako przesłanka powstania umocowania », art. préc., et, du même auteur, « Charakter prawny udzielenia prokury », RPEiS 2005, n° 2, p. 98 ; B. KOZŁOWSKA, « Udzielenie prokury », P.P.H 1996, n° 5, p. 27 ; Z. RADWANSKI (réd.), *Prawo cywilne - część ogólna*, Warszawa, 2003, p. 322 ; M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 79.

personne concernée en cas de changement, même favorable, de sa situation juridique¹¹⁸⁰ (ainsi du don ou de la remise de dette, qui revêtent, en droit polonais¹¹⁸¹, comme en droit français¹¹⁸², une forme conventionnelle). Or, la situation juridique de la personne nommée aux fonctions de fondé de pouvoir est bien modifiée du fait des nombreuses obligations et limitations¹¹⁸³ que le législateur attache à ce statut. Il apparaît dès lors juste d'aligner la situation de cet acteur social sur celle des membres des organes sociaux : malgré le silence des textes sur la question, il est acquis, en doctrine polonaise, que l'accord du candidat aux fonctions de mandataire social constitue une condition de son institution¹¹⁸⁴.

399. La controverse tenant au caractère unilatéral ou bilatéral de la *prokura* met en lumière que ce n'est pas la qualité de *représentant* du fondé de pouvoir qui conduit les auteurs polonais à militer en faveur de cette seconde interprétation, mais les obligations et devoirs que le droit positif attache à ce statut, qui ont considérablement augmenté depuis l'introduction de cette technique au sein de la législation polonaise.

400. À rebours du modèle germanique, le législateur français a récemment adopté un modèle conventionnel du pouvoir de représentation, solution qui, il est important de le souligner, n'emportait pas l'unanimité de la doctrine à la veille de la réforme¹¹⁸⁵. C'est que l'enjeu tenant à l'acceptation du représentant est moindre si l'on admet que le pouvoir de représentation ne constitue, en tant que tel, qu'une technique particulière de réalisation d'actes juridiques.

¹¹⁸⁰ J. GRYKIEL, « Przyjęcie prokury jako przesłanka powstania umocowania », art. préc., p. 101 ; Z. RADWAŃSKI, *ibid.*, p. 272.

¹¹⁸¹ J. GRYKIEL, *ibid.*

¹¹⁸² V. l'article 1350 du Code civil en ce qui concerne la remise de dette. Pour la donation, v. I. NAJJAR, *Rép. civ.*, *Dalloz*, v° « Donation », janv. 2008 (actu. : janv. 2021), n° 438.

¹¹⁸³ A titre d'exemple, en droit polonais, le fondé de pouvoir d'une société à responsabilité limitée et d'une société anonyme ne peut cumuler cette fonction avec celle de membre de l'organe de surveillance ou de commissaire au compte de la société qui l'a institué (v. respectivement les articles 214 et 387 K.S.H). Egalement, la loi énumère un certain nombre d'offices publics qui ne peuvent être occupés par des fondés de procuration, et donc par des fondés de pouvoir (article 4, pt. 6, de la loi du 21 août 1997 (Dz.U. n° 216/2006, poz. 1584)). Pour une analyse approfondie des obligations et restrictions attachées au statut de fondé de pouvoir, v. J. GRYKIEL, « Przyjęcie prokury jako przesłanka powstania umocowania », art. préc.

¹¹⁸⁴ J. GRYKIEL, *ibid.*, p. 101.

¹¹⁸⁵ V. par ex. J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 118, p. 207, pour qui le pouvoir de représentation (qu'il nomme procuration) procède d'un acte unilatéral de volonté, à la manière du modèle germanique.

2) *Le caractère conventionnel de la délégation du pouvoir de représentation en application du droit commun*

401. Le caractère conventionnel du pouvoir de représentation en droit français procède traditionnellement de la conception moniste du mandat, suivant laquelle l'habilitation du représentant est contenue dans ce contrat. Or, « *comme tout contrat, le mandat accède à la vie juridique par la rencontre de deux volontés : celle du mandant et celle du mandataire* »¹¹⁸⁶. L'acceptation du mandataire – même si elle peut n'être que tacite – est une condition du mandat expressément visée par le législateur (article 1984, alinéa 2, du Code civil).

402. La réforme ne remet pas en cause la conception conventionnelle de la représentation volontaire, ce caractère ayant été expressément consacré par le législateur ; en effet, le nouvel article 1153 du Code civil distingue « [l]e représentant légal, judiciaire ou conventionnel (...) », typologie reprise aux articles suivants¹¹⁸⁷.

403. Dans la mesure où l'attribution du pouvoir de mettre en œuvre les droits de la personne morale vis-à-vis des tiers correspond à l'octroi d'un pouvoir de représentation¹¹⁸⁸, il convient de conclure que la délégation de ce pouvoir emprunte une forme contractuelle. Cette interprétation a déjà pu être explicitement confirmée par la Cour de cassation dans un attendu de principe où elle a eu recours à la notion de « *convention de délégation* »¹¹⁸⁹.

¹¹⁸⁶ Ph. PETEL, *Le contrat de mandat, op. cit.*, p. 27.

¹¹⁸⁷ V. en particulier, les articles 1158, alinéa 1^{er}, et 1159, alinéa second, du Code civil.

¹¹⁸⁸ Cf. *supra*, n° 375 et s.

¹¹⁸⁹ Cass. 2^{ème} civ., 9 juill. 2009, n° 08-15.085, préc. Dans le même sens, CA Metz, 8 nov. 2005, n° 04-02005, préc., se référant à la « *possibilité de délégation (...) conventionnelle* ». De même, la doctrine use fréquemment des notions de « *délégation conventionnelle de pouvoir* » et de « *délégation contractuelle de pouvoir* » : M. GERMAIN ET P.-L. PERIN, « Mandat social et délégation de pouvoirs dans les SAS », note préc., spéc. n° II, pt. 1 et s., et, des mêmes auteurs, « La Cour de cassation redonne sa cohérence à la pratique des délégations de pouvoir dans la SAS », note préc., spéc. n° 4 ; N. FERRIER, « Le gérant d'une SARL présidant une SAS est-il un représentant légal de la SAS ou son délégataire conventionnel ? », obs. sous Cass. soc., 27 janv. 2016, n° 13-26.761, *B.J.S.* 2016, n° 06, p. 333, n° 3. La délégation du pouvoir de représentation est dans ce sens souvent présentée en doctrine comme une technique conventionnelle de représentation de la société, par opposition à la « représentation légale » : Ph. DIDIER, « La flexibilité de la gouvernance de la SAS », in I. URBAIN-PARLEANI ET P.-H. CORNAC (dir.), *op. cit.*, n° 23, p. 132 ; S. JAMBORT, « Validité de la délégation du pouvoir de licencier dans une SAS », note sous ch. mixte, 19 nov. 2010 (2 arrêts), *RJC* 2011, n° 1, p. 45 ; F. MARMOZ, « Le pouvoir de licencier dans les SAS », note sous ch. mixte, 19 nov. 2010 (2 arrêts), *D.* 2011. 344, p. 346 ; D. VIDAL, K. LUCIANO, *Cours de droit spécial des sociétés*, 2^{ème} éd., Gualino, 2016, n° 341, p. 79. *Adde*, V. THOMAS, « La délégation de pouvoirs peut être permanente », note préc., n° 5 ; T. DALMASSO ET A. BOURCEREAU, note préc., n° 11.

404. Etant un contrat, l'acte de délégation doit avoir été accepté par son bénéficiaire. Toutefois, cette acceptation peut revêtir un caractère simplement tacite¹¹⁹⁰, et donc résulter de l'acceptation de certaines fonctions salariées qui, de par leur nature, exigent l'accomplissement d'actes juridiques au nom de la société.

405. Il a été mis en évidence que la condition – controversée en droit français – tenant à l'acceptation de la délégation par le délégataire ne suscite pas les mêmes enjeux selon qu'elle est appréhendée dans l'ordre interne (en tant que technique de substitution dans des fonctions de gouvernance) ou externe (en tant que pouvoir de représentation). Bien que le caractère conventionnel de l'acte d'institution ait finalement été vérifié dans les deux hypothèses, la raison d'être de la solution n'est pas la même dans les deux sphères sociales ; en outre, en ce qui concerne l'habilitation à agir dans la sphère externe, l'acceptation de son bénéficiaire peut n'être que tacite. Au contraire, pour ce qui est de l'exercice d'une fonction pénalement sanctionnée en lieu et place du chef d'entreprise, l'acceptation expresse de son titulaire s'impose au nom des impératifs de transparence et de cohésion de l'organisation de la direction de l'activité sociale.

406. Un autre élément controversé en doctrine, relatif à l'acte d'investiture, intéresse la question de savoir si ce dernier doit impérativement revêtir un caractère exprès, ou si son existence peut simplement se déduire des circonstances.

Le fondement du caractère impérativement exprès de la prokura peut, là encore, constituer une précieuse source d'enseignements.

§ 2 – Le caractère exprès ou tacite de l'investiture du délégataire apprécié à l'aune du régime de la prokura

407. Pour une partie de la doctrine, la validité de l'investiture du délégataire devrait être subordonnée au caractère exprès de l'acte de délégation. À défaut de satisfaire cette

¹¹⁹⁰ Solution qui était traditionnellement retenue en application des règles du contrat de mandat. L'article 1985 du Code civil dispose *in fine* que « [l'] *acceptation du mandat peut n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire* ». En jurisprudence, v. Cass. 3^{ème} civ., 29 oct. 1970 : *Bull. civ.* III, n° 562. A défaut d'écrit ou de commencement de preuve par écrit, l'acceptation tacite du mandat ne peut résulter que de son exécution : 1^{ère} civ., 24 nov. 1976 : *Bull. civ.* I, n° 368.

condition, la mise en place de cette technique serait facteur d'opacité¹¹⁹¹ et de dilution¹¹⁹² de l'exercice du pouvoir directorial, et donc source d'imprévisibilité pour les tiers¹¹⁹³, effets manifestement contraires à l'impératif de transparence de la marche de l'activité sociale et de sécurité des transactions porté par le dispositif de 1966.

En réalité, il importe de distinguer, une nouvelle fois, la nature et l'objet de la délégation dans chacune des deux sphères sociales, interne (A) et externe (B).

A) Dans l'ordre interne

408. **L'inefficacité de principe des délégations fonctionnelles tacites en matière pénale.** Au vu de la gravité de ses effets, couplée aux impératifs poursuivis par le droit pénal (la prévention du risque d'infraction), l'efficacité de la délégation fonctionnelle devant la juridiction répressive est subordonnée à ce qu'elle ait été instituée¹¹⁹⁴ et acceptée¹¹⁹⁵ de façon expresse, de sorte que les fonctions respectives – et donc les devoirs corrélatifs – du chef d'entreprise et de ses substituts puissent être clairement identifiées.

On comprend en effet le danger inhérent à la reconnaissance de l'efficacité pénale des délégations fonctionnelles tacites : l'inaction du chargé de fonction, ignorant ses responsabilités, peut se traduire par un défaut de précaution et, à terme, conduire à la commission d'une infraction. Dans une telle hypothèse, « *la délégation manque son but en devenant totalement inefficace au regard de sa réelle vocation : l'organisation de*

¹¹⁹¹ P. HENRIOT, note préc., p. 7 (éd. élec.) ; F. MARMOZ, « Le pouvoir de licencier dans les SAS », note préc., p. 347.

¹¹⁹² En ce sens, P. HENRIOT, *ibid.*, pp. 4-5 (éd. élec.) ; V. ORIF, art. préc., n° 4.

¹¹⁹³ Ph. DIDIER, « L'évolution de la représentation de la société depuis la loi de 1966 », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CORNAC (dir.), *op. cit.*, n° 14, p. 77.

¹¹⁹⁴ En ce sens, v. Crim., 25 mai 1993, n° 92-85.822 : *Dr. trav.* 1993, n° 10, p. 14, jugeant « *qu'en l'absence d'une délégation expresse de pouvoirs à l'un de ses préposés, le prévenu ne pouvait s'exonérer de sa responsabilité pénale en se fondant sur une prétendue délégation tacite (...)* ». – Crim., 14 janv. 1988, n° 85-93.192, préc.

¹¹⁹⁵ En ce sens, Cass. crim., 13 sept. 2005, n° 05-80.035, jugeant qu'une note de service adressée à plusieurs salariés, et non expressément acceptée par eux, ne saurait constituer une délégation fonctionnelle efficace en droit pénal. Dans ce sens égal. Crim., 23 mai 2007, n° 06-87.590 : *Bull. crim.* 2007, n° 138, *B.J.S.* 2007, n° 11, p. 1256, note D. CHILSTEIN ; *AJ pénal* 2007. 380, note G. ROYER ; *Actes prat. ing. sociétaire* 2010 n° 114, p. 48, note T. DALMASSO ; R.T.D. com. 2008, p. 198, obs. BOULOC ; RSC 2008. 615, obs. MATSOPOULOU ; RJDA 3/2008, n° 276. *A fortiori*, une délégation fonctionnelle accompagnée de charges sanctionnées par le droit pénal formellement refusée est inefficace : CA Bordeaux, 28 mai 1991, jurisdata n° 046415. Dans ce sens en doctrine, v. not. J.-F. BARBIERI, « Responsabilité du chef d'entreprise et délégation de pouvoirs : images récentes au travers du prisme jurisprudentiel », *LPA*, 2008, n° 122, p. 15, n° 9 ; A. CHARVERIAT, art. préc., pt. 25, n° 19.

l'entreprise, la prévention du risque »¹¹⁹⁶. Le rejet de la possibilité pour le chef d'entreprise de se décharger de sa responsabilité pénale en se fondant sur l'existence d'une délégation fonctionnelle tacite apparaît d'autant plus justifié si l'on s'intéresse au cœur de la fonction de mandataire social, qui tend à se focaliser exclusivement sur cette fonction stratégique d'organisation de l'activité de l'entreprise¹¹⁹⁷. La bonne exécution de cette fonction – qui lui est personnelle, au plus haut degré de la hiérarchie sociale¹¹⁹⁸ – suppose que le chef d'entreprise organise l'activité sociale de manière cohérente et transparente, et donc que ses substituts aient pleinement conscience de la teneur exacte de leur(s) fonction(s) dans l'entreprise. En ce sens, la chambre criminelle exige sans discussion que la délégation fonctionnelle soit « *certaine et exempte d'ambiguïté* »¹¹⁹⁹.

En omettant de définir clairement les responsabilités du substitut, le chef d'entreprise méconnaît cette fonction inhérente au mandat social, justifiant par là-même que sa responsabilité pénale soit retenue, l'infraction ayant au moins hypothétiquement pu être évitée s'il avait correctement rempli son rôle de stratège¹²⁰⁰. Une solution inverse serait une prime à la négligence en ce qui concerne l'exercice de cette fonction organisationnelle qui lui incombe personnellement.

Pour ces différentes raisons, la possibilité de déduire une délégation fonctionnelle efficace en matière pénale de la structure hiérarchique de l'entreprise¹²⁰¹ ou de la fonction occupée¹²⁰² doit, par principe, être exclue.

409. Certaines charges pénalement sanctionnées peuvent toutefois se trouver indivisiblement associées à une fonction expressément déléguée, un tel lien pouvant être caractérisé chaque fois que la bonne exécution de la fonction déléguée dépend précisément du respect de cette charge. Ainsi, il va sans dire que celui qui s'est vu confier la direction

¹¹⁹⁶ O. DUFOUR, E. BONNET, T. DALMASSO, « La délégation de pouvoirs, une réponse à la surpénalisation ? », LPA 2000, n° 44, p. 3 (éd. élec.).

¹¹⁹⁷ Cf. *infra*, n° 793.

¹¹⁹⁸ Cf. *infra*, n° 791.

¹¹⁹⁹ Cf. *infra*, n° 784 et la jurisprudence citée, note 2400.

¹²⁰⁰ Sur cette fonction, v. *infra*, n° 793.

¹²⁰¹ En ce sens, v. Cass. crim., 25 mai 1993, n° 92-85.822, préc. jugeant que « (...) , le prévenu ne pouvait s'exonérer de sa responsabilité pénale en se fondant sur une prétendue délégation tacite résultant de la structure hiérarchique de l'entreprise et dont le bénéficiaire n'était pas clairement identifié ».

¹²⁰² En ce sens, v. Cass. crim., 8 avr. 2008, n° 07-80.535 : B.J.S. 2008, n° 10, p. 751, note N. FERRIER ; *Rev. trav.* 2008. 670, note F. HÉAS ; R.T.D. com. 2009, p. 223, note B. BOULOC. *Contra* (dans le cadre d'une société coopérative), v. Crim., 4 mars 2003, n° 02-83.239 : RJDA 7/2003, n° 726.

d'un chantier ne saurait exécuter correctement cette fonction sans tenir compte de la sécurité du personnel placé sous ses ordres.

Ces considérations semblent avoir guidé les juges dans les décisions marginales ayant reconnu l'efficacité pénale de délégations fonctionnelles tacites en matière d'hygiène et de sécurité des travailleurs à l'égard de « cadres » s'étant vu confier la direction d'un chantier¹²⁰³, et pourvus de l'autorité, des moyens et d'une compétence suffisante pour exercer leurs fonctions¹²⁰⁴. À notre sens, dans ces décisions, c'est surtout les contours et l'étendue de la délégation fonctionnelle qui posaient difficulté (s'étendait-elle ou non à la charge d'assurer la sécurité et l'hygiène des travailleurs ?) puisque, d'après la Cour de cassation, le « critère déterminant » de la qualification de cadre « [– à tout le moins –,] *en l'absence de définition spéciale de la convention collective, est une fonction de direction et de surveillance sur un personnel subordonné* »¹²⁰⁵, ce qui constitue précisément l'objet de la délégation fonctionnelle.

L'efficacité de la délégation fonctionnelle tacite en matière pénale doit donc se limiter exclusivement à l'hypothèse qui vient d'être évoquée.

410. L'efficacité de principe des délégations fonctionnelles tacites en droit non-pénal du travail. La solution doit être différente en droit non-pénal du travail, dans la mesure où, dans cette matière, l'enjeu de l'efficacité de la délégation fonctionnelle est d'exclure le délégataire de l'exercice de fonctions syndicales par nature incompatibles avec la fonction directoriale¹²⁰⁶. À l'aune de cet objectif, il apparaît parfaitement opportun de reconnaître l'efficacité de délégations fonctionnelles purement tacites.

¹²⁰³ Sans viser expressément la notion de cadre, v. Cass. crim., 2 mars 1999, n° 98-80.302 : LPA, 2000, n° 44, p. 3, obs. Th. DALMASSO ; JSL n° 38, juin 1999, obs. M. HAUTEFORT, retenant la responsabilité de l'« *unique responsable de l'établissement* », et Crim., 11 janv. 1972, n° 71-91.93 : *Bull. crim.*, n° 14, qui retient celle d'un « *directeur* ».

¹²⁰⁴ V. Cass. crim., 16 mars 1999, n° 98-80.878, où la Cour de cassation approuve la cour d'appel qui a jugé que « *l'existence implicite d'une délégation de pouvoirs, (...) peut être retenue à l'égard de certains cadres de direction* ». – Crim., 28 mars 1996, n° 95-80.024, reconnaissant qu'un ingénieur d'armement occupant un poste de « *cadre supérieur* », qui « *avait en permanence la responsabilité d'[un] chantier, et avait le pouvoir de faire respecter les règlements de sécurité* » était titulaire d'une « *délégation tacite (...) en matière de sécurité* ». V. égal. Crim., 2 mars 1999, n° 98-80.302, préc., et Crim., 11 janv. 1972, n° 71-91.931, préc.

¹²⁰⁵ Cass. soc., 6 oct. 1977 : *Bull. civ.* V, n° 516.

¹²⁰⁶ Cf. *infra*, n° 805.

411. Dans l'ordre externe, l'exigence tenant au caractère exprès ou tacite de l'acte de délégation dépend en vérité de la nature des actes qu'elle a pour objet d'habiliter le délégataire à accomplir.

A) *Dans l'ordre externe*

412. Dans l'ensemble des législations étudiées, il apparaît qu'en matière de représentation, le consensualisme est de règle et que tout formalisme encadrant sa mise en œuvre – telle l'exigence d'un pouvoir exprès – ne se justifie en vérité qu'au regard de la gravité de l'acte ou des actes que le représentant sera voué à accomplir.

C'est la raison pour laquelle la prokura doit impérativement revêtir un caractère exprès (1), à la différence de l'acte de délégation, à l'égard duquel la solution dépendra de la nature des actes qu'elle a pour objet d'habiliter à réaliser (2).

1) *La condamnation de la prokura tacite*

413. **Un écrit exigé *ad validitatem*.** Contrairement au droit commun, où l'acte d'habilitation n'est soumis en principe à aucune condition de forme¹²⁰⁷, le législateur soumet la collation des pouvoirs du *Prokurist* à des formes solennelles. Le fondé de pouvoir doit, en droits polonais¹²⁰⁸ et allemand¹²⁰⁹, impérativement être institué par un

¹²⁰⁷ En droit allemand, v. Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, n° 513, p. 397. Comme le remarque l'auteur, l'absence de formalisme vaut également dans l'hypothèse où l'acte juridique que le représentant est amené à conclure est soumis à des conditions de forme (v. le § 167, 2^{ème} al., B.G.B.), avec certaines exceptions légales et jurisprudentielles relevées par l'auteur : *ibid.*, pp. 397-398, et les références citées. Il en va différemment en droit polonais, où les dispositions de droit commun subordonnent la validité de l'acte d'habilitation à la forme de l'acte qu'elle habilite à accomplir (art. 99 K.C.), solution également consacrée en droit français : v. Ph. Le TOURNEAU, *Rép. civ.*, *Dalloz*, v° « Mandat », *op. cit.*, n° 166, et la jurisprudence citée.

¹²⁰⁸ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 42 ; L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 30.

¹²⁰⁹ J. GRYKIEL, *ibid.*, ainsi que la littérature citée, note 3 : K. HOFMANN, *op. cit.*, 7^{ème} éd., pp. 42-43 ; P. KREBS et M. LIEB in K. SCHMIDT (réd.), *op. cit.*, p. 603 ; W.-H. ROTH in I. KOLLER, W. MORCK, W.-H. ROTH, *op. cit.*, p. 167.

La prokura a connu une solennisation puisque sous l'empire de l'A.D.H.G.B., aucune condition de forme n'était exigée : v. le § 41, 2^{ème} phrase, A.D.H.G.B., et en doctrine, J. GRYKIEL, *ibid.*, p. 14, ainsi que la littérature allemande citée, note 2, not. : BORNEMANN, WALDECK, STROHN, BÜRGERS, *Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch*, Berlin, 1862, p. 53, et C. CALMON, *Die rechtliche Stellung des Prokuristen im Immobilienverkehr*, Berlin, 1907. Aussi, la collation de la prokura était libre : la pratique reconnaissait aussi bien la validité de la prokura lorsqu'elle était conférée de manière expresse que tacite : J. GRYKIEL, *ibid.*, ainsi que la littérature allemande citée, note 1, not. : W. ENDEMANN, *Das Deutsche Handelsrecht*, Heidelberg, 1868, p. 136 ; F. BEHREND,

écrit. En Pologne, c'est la réforme de 2003 qui a mis un terme au débat portant sur la question de savoir si la forme écrite visée à l'ancien article 60 du Code de commerce pour l'institution d'un fondé de pouvoir était exigée *ad solemnitatem* ou *ad probationem*¹²¹⁰. Le nouvel article 109², § 1, K.C. exige expressément un écrit à peine de nullité.

Cette solution est largement approuvée en doctrine polonaise, notamment parce qu'elle s'harmonise avec les dispositions de droit commun, qui prescrivent la forme écrite à l'égard de la procuration générale (article 99, § 2, K.C.), à la différence des deux autres formes de procuration civile, qui peuvent être conférées à l'oral ou à l'écrit (article 99, § 1, K.C.). Il est cohérent d'exiger *a minima* la même forme pour un pouvoir de représentation (procuration) plus large¹²¹¹.

L'exigence d'un écrit vaut également pour la prokura allemande, même si cette condition n'est pas expressément consacrée par les textes, la réglementation allemande prévoyant simplement qu'une prokura ne peut être conférée que par une « *déclaration expresse de volonté* » (§ 48, alinéa 1^{er}, H.G.B.).

La nécessité d'un écrit pour instituer un fondé de pouvoir fait en même temps obstacle à la reconnaissance de la prokura tacite.

414. À la différence des instruments de droit commun¹²¹² – ainsi que de la procuration commerciale en droit allemand¹²¹³ – la validité de la prokura est toujours subordonnée à son institution expresse¹²¹⁴. Autrement dit, l'existence d'une prokura ne peut jamais se déduire des circonstances. C'est la gravité des actes que le fondé de pouvoir est habilité par les textes à accomplir – comme de contracter des emprunts sans limitation de montant¹²¹⁵ – qui justifie que ce dernier ne puisse être institué que de manière expresse¹²¹⁶.

Lehrbuch des Handelsrechts, Berlin und Leipzig, 1886, p. 366 ; H. WILLENBÜCHER, *Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch*, Berlin, 1891, p. 51 ; H. STAUB et O. PISKO, *Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch*, t. I, Wien, 1908, pp. 165-166.

¹²¹⁰ D. BUGAJNA-SPORCZYK, « Prokura łączna i samoistna w spółce kapitałowej », *Pr. Sp.* 1997, n° 7-8, p. 13 ; Z. KUNIEWICZ, « Uwagi o formie pełnomocnictwa », *Rej.* 2000, n° 6, pp. 52-53 ; J. MINKUS, « Udzielenie i odwołanie prokury w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością », *Pr. Sp.* 1998, n° 9, pp. 12-13.

¹²¹¹ M. KĘPIŃSKI, A. KOCH, M. MATACZYŃSKI, *op. cit.*, p. 159.

¹²¹² *Cf. supra*, n° 422, et la littérature citée, note 1241.

¹²¹³ *Cf. supra*, n° 423.

¹²¹⁴ K. HOFMANN, *op. cit.*, 7^{ème} éd., pp. 42-43 ; P. KREBS et M. LIEB in K. SCHMIDT (réd.), *op. cit.*, p. 603 ; W.-H. ROTH, in I. KOLLER, W. MORCK, W.-H. ROTH, *op. cit.*, p. 167.

¹²¹⁵ *Cf. supra*, n° 317.

¹²¹⁶ La prokura tacite était toutefois reconnue sous l'empire de l'A.D.H.G.B. (v. le § 41, 2^{ème} phrase). D'autres législations, comme le droit suisse, s'écartent de cette solution : v. l'article 458, al. 1^{er}, CO., qui dispose que le *Prokurist* est celui qui « a reçu du chef d'une maison de commerce d'une fabrique ou de quelque autre

Comme évoqué précédemment, cette condition est consacrée dans les textes en droit allemand (le § 48, alinéa 1^{er}, H.G.B., dispose *in fine* que la prokura ne peut être délivrée que par une déclaration expresse de volonté), alors qu'en droit polonais, la condamnation de la prokura tacite résulte de l'article 109², § 1, K.C., qui exige qu'elle soit conférée par écrit à peine de nullité.

Pour que cette condition soit remplie, le contenu de l'acte d'institution ne doit pas laisser de doute sur la nature du pouvoir (procuration) conféré(e)¹²¹⁷. Également, la déclaration de volonté du constituant doit en principe être adressée à la personne qu'elle vient habiliter (donc au fondé de pouvoir)¹²¹⁸.

415. **Sanction attachée à l'absence de délivrance expresse de la prokura.** À défaut d'avoir été instituée par une déclaration expresse, la prokura est frappée de nullité¹²¹⁹. Toujours est-il que, dans cette hypothèse, il sera éventuellement possible de caractériser l'existence d'une procuration générale tacite de droit commun¹²²⁰, voire également, en droit allemand, de droit commercial¹²²¹.

D'après la Cour Suprême polonaise, le recours à la conversion est justifié lorsque « *l'acte juridique de substitution remplit partiellement son but [de l'acte irrégulier] ou bien poursuit un objectif similaire* », dans la mesure où, en principe, « *les parties ne sont pas tant intéressées par l'instrument juridique qui conduit au résultat souhaité que par [l]a réalisation (...), même partielle [de ce résultat]* »¹²²². Dans l'hypothèse qui nous intéresse, soit lorsque la prokura est irrégulière à défaut d'avoir été conférée de manière expresse, la

établissement exploité en la forme commerciale, l'autorisation expresse ou tacite de gérer ses affaires et de signer par procura en se servant de la signature de la maison ».

¹²¹⁷ Différentes formules peuvent être employées, comme par exemple : « *habilitation à agir en qualité de fondé de pouvoir* » ; « *habilitation à signer au nom de la société per prokura* » ; « *attribution d'une prokura* » : M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 79, ainsi que la littérature citée, note 168.

¹²¹⁸ En doctrine polonaise, v. M. KASPRZYK, *op. cit.*, pp. 78-79 ; B. KOZLOWSKA, art. préc., p. 27 ; A. SZPUNAR, « *Udzielenie pełnomocnictwa* », art. préc., pp. 24-27 ; W. KUBALA, « *Funkcjonowanie w praktyce przepisów o przedstawicielstwie* », *Pr. Sp.* 1999, n° 5, p. 32, et, en doctrine allemande, H. OETKER, *op. cit.*, p. 199 ; K. WEBER, in K. BOUJONG, C. T. EBENROTH, D. JOOST (réd.), *Handelsgesetzbuch*, München, 2001, p. 574 ; C. W. CANARIS, *Handelsrecht*, München, 2000, p. 285. Une partie de la doctrine admet toutefois dans ces deux législations qu'elle puisse être également adressée à un tiers ou faire l'objet d'un avis public : *cf. infra*, n° 581, et la littérature citée.

¹²¹⁹ En doctrine polonaise, v. J. SZWAJA, art. préc., p. 12.

¹²²⁰ J. KACZOR, *Pojecie czynności prawnej upoważniającej w nauce prawa cywilnego*, *Acta Universitatis Wratislaviensis*, Prawo CCXCVI, Wrocław, 2005, p. 20. En jurisprudence polonaise, v. SN., 25 nov. 1999, II CKN 573/98 : *Glosa* 2005, n° 2. – SN., 26 févr. 2002, V CKN 1445/00, OSNC 2004, n° 3, poz. 47.

¹²²¹ F. FAUST in T. HEIGEL, R. HÜBTEGE, H.P. MANSEL, U. NOACK (réd.), *BGB. Allgemeiner Teil. EGBGB*, t. 1, Baden-Baden, 2016, p. 1098.

¹²²² SN., 25 nov. 1999 r., II CKN 573/98 : *Glosa* 2005, n° 2, préc., p. 67 (traduction libre).

société n'en a pas moins manifesté la volonté d'être représentée par son destinataire, et ce au moyen du pouvoir de représentation le plus étendu possible¹²²³.

La conversion va permettre de sauver les actes passés par le bénéficiaire d'une prokura irrégulière, à condition toutefois que les conditions de validité de la procuration de substitution (de droit commun ou également, en droit allemand, de droit commercial) soient réunies¹²²⁴, et que les actes conclus sur le fondement de la prokura irrégulière rentrent dans son champ.

416. À la différence de la prokura, la délégation du pouvoir de représentation ne doit pas nécessairement être expresse. Cette exigence ne se justifie en réalité que lorsqu'elle habilite le représentant à réaliser des actes de disposition au nom du constituant.

¹²²³ Si, au contraire, il résulte de la déclaration de volonté du constituant qu'il entendait conférer une prokura, à l'exclusion de tout autre pouvoir de représentation, la conversion devrait être exclue.

¹²²⁴ La conversion est en effet subordonnée à ce que l'acte juridique irrégulier remplisse toutes les conditions essentielles de l'acte juridique de substitution : en jurisprudence polonaise, v. par ex. SN., 25 nov. 1999 r., II CKN 573/98, préc.

1) *En droit français, le caractère exprès ou tacite de la délégation subordonné à la nature des actes qu'elle habilite à accomplir*

417. **L'absence de formalisme encadrant la délégation du pouvoir d'agir au nom de la société : observations liminaires.** À titre liminaire, il convient de relever que, prenant acte des impératifs de la vie des affaires, la jurisprudence admet que la délégation du pouvoir d'agir au nom de la société soit conférée verbalement¹²²⁵, dans la lignée de l'article 1985 du Code civil relatif au mandat¹²²⁶. Les juges s'abstiennent toutefois de fonder leur solution sur l'article 1985 du Code civil, et relèvent plutôt l'absence d'obligation légale en ce sens. C'est ce qu'a rappelé sans ambages la Haute Cour dans l'arrêt « Whirlpool » rendu en chambre mixte le 19 novembre 2010, où elle affirme, dans un attendu de principe, « *qu'aucune disposition n'exige que la délégation de pouvoir de licencier soit donnée par écrit* »¹²²⁷. De l'avis de plusieurs auteurs, rien ne fait obstacle à ce que cette solution soit étendue à l'ensemble des délégations¹²²⁸. La réalité de la délégation non écrite est laissée à l'appréciation des juges du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation¹²²⁹.

418. C'est également dans cet arrêt Whirlpool, rendu en matière de licenciement, que la Cour de cassation rappelle expressément le principe selon lequel la délégation du pouvoir de représentation peut revêtir un caractère simplement tacite¹²³⁰, principe maintes fois confirmé¹²³¹. C'est en puisant dans les règles du mandat que la jurisprudence française a reconnu le caractère tacite de la délégation, sur le fondement combiné de l'article 1984 (qui définit le mandat) et de l'article 1988 du Code civil, qui impose en son deuxième alinéa la forme exprès du mandat uniquement pour les actes de disposition¹²³². Le caractère tacite de la délégation touche, dans la continuité du régime traditionnel du mandat de représentation, à la fois à son existence et à son contenu, qui peut se déduire « *de certains faits, actes, positions, circonstances* »¹²³³.

¹²²⁵ V. not. : Cass. soc., 27 janv. 2016, n° 13-26.761 : J.C.P. éd. E. 2016, 1185, note F. DUQUESNE ; *B.J.S.* 2016, n° 06, p. 333, n° 3, note N. FERRIER ; *Rev. proc. coll.* n° 2, mars 2016, comm. 68, note F. TAQUET. – Soc. 7 mars 2012, n° 10-21.524 (inédit). – Soc., 23 nov. 2011, n° 10-20.288, préc. – Soc., 26 janv. 2011, n° 08-43.475 : *Bull. civ.* V, n° 34, *D.* 2011. 375, A. LIENHARD ; J.C.P. éd. S. 2011, 1229, note J.-M. ABIOL et C. GALLON ; *Bull. trav.* 2011, n° 228, p. 78, note M. FATREZ ; *J.S.L.* 2011, n° 295, p. 22, note F. L. ; *R.T.D.F.* 2011, n° 1, p. 128, note D. PORACCHIA ; J.C.P. éd. E. 2011, 1397, note A. CŒURET et F. DUQUESNE (parmi 5 espèces). – Soc., 7 juin 2011, n° 10-16.682 (inédit) : *B.J.S.* 2011, n° 10, p. 766, note P.-L. PERIN ; *RJC* 2012, n° 1, p. 49, note M.-H. MONSERIE-BON. – Soc., 29 sept. 2010, n° 09-42.296 : *Bull.* 2010, V, n° 206 ; *R.J.S.* 2010, n° 12, p. 850 ; *Bull. trav.* 2010, n° 224, p. 340, note R. LAWSON ; *D.* 2010. 2371, note B. INES (parmi 2 espèces) ; J.C.P. éd. S. 2010, n° 50, p. 30, note B. BOSSU ; J.C.P. éd. E. 2010. 2049, note A. COURET et B. DONDERO (parmi 4 espèces) ; *D.* 2011.314, note A. OUTIN-ADAM et M. CANAPLE (parmi 3 espèces). – CA Nancy, ch. soc., 18 nov. 2009, n° 2009/380283,

419. On remarquera que la reconnaissance de la validité du caractère simplement tacite de l'acte de délégation fait *de facto* obstacle à l'obligation pour la société de mentionner l'identité de son bénéficiaire au RCS¹²³⁴, du point de vue des tiers.

préc. : validité du licenciement prononcé par le directeur du personnel d'une SAS ne justifiant pas de délégation écrite, au motif que ce dernier « *disposait d'un très large pouvoir de gestion du personnel [et] était à même d'agir au nom de l'entreprise et de signer la lettre de licenciement (...)* ». – Soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.200, préc. – Paris, 21^{ème} ch. C, 13 nov. 2008, n° 05-14968 (validité du licenciement prononcé par le responsable des ressources humaines d'une SAS dépourvu de délégation écrite). – Soc., 19 janv. 2005, n° 02-45.675, préc. – Soc., 6 juill. 2004, n° 02-43.322, préc. – Soc., 18 nov. 2003, n° 01-43.608 : *Bull. civ.* V, n° 287n p. 290 ; *D.* 2003, inf. rap. 3008. En doctrine, v. N. FERRIER, thèse préc., p. 201, n° 140 ; D. GIBIRILA, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 119.

¹²²⁶ V. Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 2005, n° 03-14.388 : *Bull. civ.* 2005, I, n° 131 ; J.C.P. éd. G. 2005, IV, 1962 ; *Contrats, conc. consom.* 2005, n° 125, note L. LEVENEUR.

¹²²⁷ Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095, préc.

¹²²⁸ Dans ce sens, B. SAINTOURENS, « Délégation de pouvoir au sein d'une société par actions simplifiée : retour à l'orthodoxie grâce à la Cour de cassation », note préc., p. 3 (éd. élec.) ; P. HENRIOT, note préc., p. 7 (éd. élec.).

¹²²⁹ Cass. soc., 18 févr. 1988, n° 85-46.169.

¹²³⁰ Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095, préc. (« (...) *qu'elle* [la délégation du pouvoir de licencier] peut être tacite et découler des fonctions du salarié qui conduit la procédure de licenciement » ; qu'ainsi, « la personne responsable des ressources humaines de la société, chargée de la gestion du personnel et considérée de ce fait comme étant délégataire du pouvoir de licencier (...) ». V. déjà en ce sens, Soc., 29 sept. 2010, n° 09-42.296, préc. *Contra* : CA Versailles, 24 sept. 2009, n° 08-02615, préc., considérant que le pouvoir de licencier ne peut être déduit du pouvoir d'embaucher, seul visé par la délégation litigieuse. – Paris, 3 déc. 2009, n° 09-05422, préc. (*idem*), censurée par Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-30.215, préc.

¹²³¹ Les illustrations les plus nombreuses de délégation tacite intéressent le pouvoir de licencier : Cass. soc., 27 janv. 2016, n° 13-26.761, préc. – Soc., 7 mars 2012, n° 10-21.524, préc. – Soc., 6 mars 2012, n° 10-24.367 : *Rev. soc.* 2012. 303, S. PREVOST. – Soc. 2 mars 2011, pourvois joints n° 09-67.237 et 09-67.238 (FP-P+B) : *Bull.* 2011, V, n° 57, *Rev. trav.* 2011. 307, note N. FERRIER ; R.J.S. 2011, n° 5, p. 376 ; J.S.L. 2011, n° 298, p. 19, note J.-E. TOURREIL ; J.C.P. éd. S. 2011, n° 12, p. 42, note H. GUYOT ; J.C.P. éd. E. 2011, n° 20, p. 41, note A. CŒURET et F. DUQUESNE ; *D.* 2011. 823, note L. PERRIN. – Soc. 23 nov. 2011, n° 10-20.288, préc. – Soc., 26 janv. 2011, n° 08-43.475, préc. – Soc., 7 juin 2011, n° 10-16.682, préc. V. égal. Soc. 15 déc. 2010, n° 09-42.642 (inédit) : *Rev. soc.* 2011. 100, obs. A. LIENHARD ; RTD com. 2011. 130, obs. B. DONDERO et P. Le CANNU (délégation tacite du pouvoir de conclure un contrat de travail). Dans le même sens, v. Rép. min. LUART, n° 12583, préc. *Contra* : Soc., 29 sept. 2016, n° 15-17.280 (inédit) : JA 2016, n°548, p.12, note X. DELPECH (la délégation litigieuse a toutefois été consentie au sein d'une association).

¹²³² « *S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès.* » : art. 1988, al. 2^{ème}, C. civ.

¹²³³ C. LAZERGES, « Les mandats tacites », R.T.D. civ. 1975. 222, n° 2. V. égal. dans ce sens, la littérature citée par N. FERRIER, thèse préc., p. 201, n° 141, note 678.

¹²³⁴ V. not. B. SAINTOURENS, « Délégation de pouvoir au sein d'une société par actions simplifiée : retour à l'orthodoxie grâce à la Cour de cassation », note préc., p. 4 (éd. élec.), et A. COURET et B. DONDERO, « La délégation du pouvoir de licencier dans une SAS, un mandat comme un autre ? », note préc., n° 27.

Ces deux éléments, soit le caractère tacite de la délégation combiné à son absence de publicité¹²³⁵, sont critiqués en doctrine, en ce qu'ils ont pour effet d'occulter l'identité des personnes habilitées à engager la société dans ses rapports avec les tiers. On relève en particulier l'impossibilité pour eux de vérifier l'étendue d'une telle délégation¹²³⁶, ou de connaître avec certitude l'identité de son titulaire¹²³⁷.

420. En réalité, la loi de 1966 visait uniquement à organiser la transparence des modalités d'action des organes sociaux dans les rapports externes (la « représentation légale [organique] »). Cette loi est muette sur la question de l'exercice des droits de la société par des tiers ; elle n'envisage ni la possibilité pour une société de mettre en place des représentants conventionnels, ni, *a fortiori*, les conditions de leur institution.

En l'absence de dispositions spéciales, il faut conclure que cette faculté demeure régie par les règles applicables au pouvoir de représentation de droit commun, qui n'exigent un pouvoir exprès que pour l'accomplissement d'actes de disposition (et ce dans l'ensemble des législations étudiées¹²³⁸).

421. Un auteur a encore soutenu qu'en droit français, « *il ne reste rien d'un pouvoir général de représentation de la société dont le contenu se révèle, (...) sinon purement abstrait, du moins totalement vidé de sa substance par la pratique de quelques larges délégations de pouvoirs, au surplus tacites* »¹²³⁹.

422. En réalité, lorsqu'on regarde la jurisprudence traitant de la validité des actes effectués par des personnes au nom d'une société et démunies de pouvoir de représentation exprès en Allemagne et en Pologne, on constate que les juges parviennent aux mêmes solutions qu'en droit français en se fondant sur les règles de la procuration de droit commun.

¹²³⁵ Cf. *infra*, n° 453 et s.

¹²³⁶ P. HENRIOT, note préc., p. 5 (éd. élec.).

¹²³⁷ F. MARMOZ, « Le pouvoir de licencier dans les SAS », note préc., p. 347.

¹²³⁸ Art. 1988, al. 2, C. civ. en droit français ; art. 98 K.C. en droit polonais. Nous avons vu toutefois qu'en droit allemand, sauf exceptions légales et jurisprudentielles, l'acte d'habilitation n'est soumis à aucune condition de forme : cf. *supra*, note 1207.

¹²³⁹ P. HENRIOT, note préc., p. 4 (éd. élec.).

À l'instar du droit français¹²⁴⁰, il est admis dans ces deux législations¹²⁴¹ que l'existence et l'étendue du pouvoir de représentation puissent se déduire simplement des circonstances – c'est-à-dire sans avoir été expressément spécifiées – et découler des fonctions occupées par une personne dans la structure interne de l'entreprise¹²⁴². Dans cette hypothèse, en Allemagne et en Pologne, le juge recherche l'existence d'une procuration tacite (« *stillschweigende Vollmacht* »¹²⁴³, « *pełnomocnictwo milczące* »¹²⁴⁴).

423. Le droit allemand reconnaît même qu'une procuration commerciale (*Handlungsvollmacht*) puisse se déduire tacitement des fonctions exercées au sein d'une société¹²⁴⁵, bien qu'elle confère à son titulaire un pouvoir de représentation en principe plus étendu que la procuration de droit commun. En effet, ce pouvoir de représentation commercial (qui, à l'instar de la procuration civile, peut être général, spécial ou conféré pour l'accomplissement d'une certaine catégorie d'actes¹²⁴⁶) englobe nécessairement toutes les opérations et tous les actes juridiques qu'implique habituellement l'exercice d'une activité commerciale donnée (§ 54, alinéa 1, 2^{ème} phrase, H.G.B.)¹²⁴⁷. Concrètement, en droit allemand, une personne peut, eu égard à sa fonction interne, être réputée investie d'une procuration commerciale tacite (même générale, de l'avis d'une partie de la doctrine).

¹²⁴⁰ N. FERRIER, thèse préc., n° 141, pp. 201 et s. ; R. VATINET, « Les cadres dirigeants », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, Lextenso, 2015, spéc. p. 844 ; B. BEDARIDE et S. PLA BUSIRIS, art. préc., n° 27.

¹²⁴¹ En doctrine polonaise, v. M. SMYK, thèse préc., II, III, pt. 1. En droit allemand, v. D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, 1988, p. 347 ; Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, n° 510, p. 395. En jurisprudence polonaise, v. par ex. SN., 8 mai 2003, II CKN 46/01 (inédit). – SN., 23 oct. 2001 r., I CKN 323/99 : OSNC 2002, n° 7-8, poz. 94. – SA Gdańsk, 5 déc. 1991, I ACr 509/91 : OSA 1992, z. 4, poz. 33. – SN., 18 déc. 1985, III CRN 395/85 : OSNC z 1986 r., n° 11, poz. 184.

¹²⁴² Pour des exemples pratiques, v. *infra*, n° 427, ainsi que les références citées.

¹²⁴³ H. SCHULTZE v. LASAULX in H.T. SOERGEL, *Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz*, t. I, *Allgemeiner Teil (§§ 1-240)*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1967, p. 836.

¹²⁴⁴ M. SMYK, thèse préc., II, III, pt. 1.

¹²⁴⁵ M. FROMONT, A. RIEG (dir.), *Introduction au droit allemand*, *op. cit.*, pp. 380 - 381.

¹²⁴⁶ L'étendue de la *Handlungsvollmacht* peut être limitée à l'exercice d'une activité commerciale, à une certaine catégorie d'affaires commerciales ou opérations commerciales déterminées (§ 54, 1^{er} alinéa, H.G.B.). V. Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, n° 512, p. 397 ; M. FROMONT, A. RIEG (dir.), *Introduction au droit allemand*, *op. cit.*, pp. 380-381.

¹²⁴⁷ Cl. WITZ, *ibid.* ; M. FROMONT, A. RIEG (dir.), *ibid.*

424. L'existence d'une telle procuration peut également procéder, comme on l'a vu¹²⁴⁸, d'une irrégularité affectant la prokura. En effet, si l'une des conditions d'institution de la prokura fait défaut – par exemple l'habilitation n'a pas été conférée de manière expresse¹²⁴⁹ ou par écrit¹²⁵⁰ – le droit allemand admet que le pouvoir en cause soit converti en procuration commerciale.

425. En définitive, la place que confèrent le droit polonais, et encore plus le droit allemand (avec l'institution de la procuration commerciale), au pouvoir de représentation conventionnel (volontaire) tacite au sein des sociétés contraste manifestement avec l'appréhension que son admission suscite chez les auteurs français.

426. Il est vrai que la jurisprudence française a adopté une conception souple des actes susceptibles d'être valablement effectués sur le fondement d'une délégation tacite du pouvoir de représentation. Ainsi, les juges français considèrent que le pouvoir de licencier peut simplement se déduire des fonctions de la personne qui prononce le licenciement¹²⁵¹. De l'avis d'une partie de la doctrine, cet acte s'analyse pourtant comme un acte grave, donc comme un acte de disposition qui devrait, pour être valable, avoir été réalisé sur le fondement d'un pouvoir exprès¹²⁵². Au travers de cet exemple, d'aucuns considèrent la délégation tacite du pouvoir de représentation comme potentiellement dangereuse¹²⁵³, car elle a pour conséquence de traiter des actes graves – tel que l'acte de licenciement – comme de simples actes d'administration¹²⁵⁴.

Ces critiques ne tiennent peut-être pas suffisamment compte des besoins spécifiques aux sociétés et de leur fonctionnement. La nature « grave » ou « courante » d'un acte dépend très certainement du contexte dans lequel il est réalisé. À propos de l'acte de licenciement, il a ainsi pu être souligné que « *quelles que soient ses conséquences incontestablement graves au plan humain* », cet acte « *ne peut être qualifié que d'acte*

¹²⁴⁸ Cf. *supra*, n° 415.

¹²⁴⁹ Sur cette condition, v. *infra*, n° 414.

¹²⁵⁰ Sur cette condition, v. *infra*, n° 412.

¹²⁵¹ Cf. la jurisprudence citée *supra*, notes 1230 et 1231.

¹²⁵² V. N. Ferrier, thèse préc., n° 143, p. 207, pour qui « *la possibilité pour un délégataire investi du pouvoir patronal de licencier des salariés placés sous son autorité devrait être subordonnée au pouvoir exprès de prononcer ce type de sanction, dont la gravité justifie la qualification d'acte de disposition.* ».

¹²⁵³ S. JAMBORT, « Validité de la délégation du pouvoir de licencier dans une SAS », note préc., p. 44.

¹²⁵⁴ S. JAMBORT, *ibid.*, p. 44.

d'administration, défini comme un acte d'exploitation ou de gestion courante du patrimoine, par opposition à un acte qui modifie le patrimoine »¹²⁵⁵.

427. Dans les différentes législations étudiées, l'existence d'un pouvoir de représentation tacite se vérifie en particulier à l'égard des préposés, indifféremment à leur situation hiérarchique¹²⁵⁶, lorsque la fonction qu'ils occupent implique la réalisation d'actes juridiques¹²⁵⁷. Sont concernés, notamment, les secrétaires, assistants, vendeurs, mais également les transporteurs¹²⁵⁸.

428. Parmi les salariés, une attention particulière doit être prêtée aux cadres¹²⁵⁹, qui exercent une fonction propice pour que soit reconnu à leur endroit le pouvoir tacite d'engager la société dans la sphère externe, dans la limite des actes d'administration¹²⁶⁰ inhérents à leur fonction¹²⁶¹. Par exemple, la fonction de directeur des ressources humaines devrait pouvoir s'accompagner du pouvoir – même tacite – de décider de l'embauche ou du licenciement du personnel¹²⁶², ainsi que du pouvoir de prononcer des sanctions disciplinaires ou de modifier un contrat de travail¹²⁶³. Le directeur commercial devrait pouvoir conclure l'ensemble des contrats liant la société à ses clients et fournisseurs¹²⁶⁴ ; le directeur financier réaliser des opérations bancaires et financières¹²⁶⁵ ; quant au directeur juridique, il devrait être compétent pour accomplir tout acte de procédure judiciaire, tel

¹²⁵⁵ A. OUTIN-ADAM, M. CANAPLE, art. préc., p. 315.

¹²⁵⁶ Cf. *infra*, n° 378 et 0.

¹²⁵⁷ En doctrine polonaise, v. M. SMYK, thèse préc., II, III, pt. 1, ainsi que la littérature citée note 612. En France, la délégation du pouvoir de représentation est ainsi justement perçue comme le « *pendant logique* » de la fonction salariée : N. FERRIER, thèse préc., p. 202, n° 141, ainsi que la littérature citée, note 682.

¹²⁵⁸ En doctrine polonaise, v. M. SMYK, thèse préc., II, III, pt. 1, et, en doctrine allemande, D. MEDICUS, *op. cit.*, p. 347. En droit français, v. par ex. en jurisprudence, Cass. com., 24 nov. 1987 : *Bull. civ.* IV, n° 248 ; R.T.D. civ. 1988, p. 307, obs. J. MESTRE, au sujet d'un transporteur doté du pouvoir tacite d'accepter des réserves au nom de son commettant, entrepreneur de transport.

¹²⁵⁹ Sur cette notion, v. *supra*, n° 409.

¹²⁶⁰ La notion « d'acte d'administration » ayant probablement, dans le contexte sociétaire, vocation à appréhender un champ d'actes plus vaste que dans les relations entre particuliers : v. *supra*, n° 426, nos remarques à propos de l'acte de licenciement.

¹²⁶¹ N. FERRIER, thèse préc., p. 203, n° 141.

¹²⁶² V. la jurisprudence citée *supra*, notes 1230 et 1231.

¹²⁶³ P. HENRIOT, note préc., pp. 3-4 (éd. élec.).

¹²⁶⁴ P. HENRIOT, *ibid.*, p. 4 (éd. élec.).

¹²⁶⁵ P. HENRIOT, *ibid.*

que celui d'introduire une instance, engager des recours pour défendre les intérêts de la société, déclarer les créances dans le cadre de procédures collectives¹²⁶⁶.

En tout état de cause, l'existence et l'étendue d'une délégation du pouvoir de représentation (en droit français) ou d'une procuration (en droits allemand et polonais) tacite relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond au regard de la nature du poste et des fonctions exercées dans l'entreprise¹²⁶⁷.

429. **L'accomplissement d'actes de disposition : l'exigence d'une habilitation expresse.** En droit commun, lorsque le mandat a pour objet l'accomplissement d'un acte de disposition, celui-ci doit revêtir la forme expresse, en application de l'article 1988, alinéa 2, du Code civil¹²⁶⁸. La doctrine étend justement cette exigence à la délégation du pouvoir d'agir au nom de la société, lorsqu'elle vise cette catégorie d'actes¹²⁶⁹.

430. **La portée de l'exigence tenant au caractère exprès de l'habilitation en matière de représentation en justice.** En droit français, les actes de procédure judiciaire réalisés par des personnes dépourvues de pouvoir exprès pour effectuer cette catégorie d'actes ont suscité un contentieux important. La doctrine française a relevé que si la délégation était un mandat [de représentation], celle-ci « *devrait dans la pureté des principes adopter la forme d'un mandat ad litem dès lors qu'elle attribue au salarié le pouvoir d'agir en justice* »¹²⁷⁰.

La validité d'un mandat *ad litem* est soumise à deux conditions. Le mandataire *ad litem* doit pouvoir, d'une part, justifier de son habilitation par un écrit. Cette condition n'est cependant exigée qu'*ad probationem*¹²⁷¹. Le mandataire *ad litem* doit également bénéficier d'un pouvoir spécial. Cette deuxième exigence résulte de la lecture combinée des articles 416 et 853 du Code de procédure civile. Le premier article prévoit que « [q]uiconque entend représenter ou assister une partie doit justifier qu'il en a reçu le

¹²⁶⁶ P. HENRIOT, *ibid.*

¹²⁶⁷ En doctrine française, v. N. FERRIER, thèse préc., p. 202.

¹²⁶⁸ « *S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès* » : article 1988, al. 2, C. civ. Comp. avec le nouvel article 1155 : « *Lorsque le pouvoir du représentant est défini en termes généraux, il ne couvre que les actes conservatoires et d'administration* ». V. égal. C. LAZERGES, art. préc., p. 222.

¹²⁶⁹ Dans ce sens, N. FERRIER, thèse préc., n° 142, p. 203 ; M. GERMAIN ET P.-L. PERIN, « Mandat social et délégation de pouvoirs dans les SAS », note préc., n° II, pt. 4.

¹²⁷⁰ V. THOMAS, « La délégation de pouvoirs peut être permanente », note préc., n° 4.

¹²⁷¹ P. PETEL, note sous Cass. com., 19 nov. 1996, n° 94-19.842 : J.C.P. éd. E. 1997, II 932.

mandat ou la mission » ; le second article prescrit *in fine* que le « *représentant, s'il n'est avocat, doit justifier d'un pouvoir spécial* ». L'exigence d'un pouvoir spécial s'entend, en droit procédural¹²⁷², comme l'habilitation aux fins « *d'exercer au nom de la société une action en justice déterminée* »¹²⁷³. Le défaut de capacité d'agir en justice, lorsqu'il concerne une personne qui n'a pas la qualité d'avocat¹²⁷⁴, constitue une irrégularité de fond qui affecte la validité de l'acte¹²⁷⁵, d'où l'importance, pour les créanciers et la sécurité juridique, de connaître précisément les conditions encadrant l'accomplissement d'actes de procédures par des personnes autres que les organes légaux et les avocats.

C'est au sujet des litiges relatifs aux déclarations de créances effectuées dans le cadre d'une procédure collective d'apurement du passif que la jurisprudence française est venue préciser les modalités d'exercice d'une action en justice effectuée par un « *déléataire* » de la société.

431. Les enseignements du contentieux lié aux déclarations de créances effectuées par un déléataire. Conformément à une qualification bien acquise en jurisprudence¹²⁷⁶, la déclaration de créances correspond à « *une demande en justice* »¹²⁷⁷ au caractère conservatoire. Cette qualification pose la question du régime qui lui est applicable, selon qu'elle est effectuée par un représentant légal, un avocat, un tiers ou un salarié de la société. Elle semble commander l'application, aux personnes autres que les représentants

¹²⁷² En ce sens, l'exigence d'un mandat spécial de représentation en justice ne s'interprète pas à l'aune de l'article 1987 du Code civil qui définit le mandat spécial comme un mandat reçu « *pour une affaire ou certaines affaires seulement.* »

¹²⁷³ Cass. 2^{ème} civ., 22 oct. 1997, n° 94-13.225, préc. (action en justice intentée par le déléataire d'une SARL). En ce sens égal., v. CA Versailles, 6 avr. 1998 : R.T.D. com. 1998, p. 860, obs. CHAMPAUD et DANET.

¹²⁷⁴ Dans ce cas, les juges écartent la nullité de l'acte effectué sans pouvoir si la personne morale ne « *justifie d'aucune atteinte à ses intérêts* » : Cass. crim., 20 oct. 2009, n° 09-81721 : *B.J.S.* 2010, n° 64, p. 290, note crit. D. CHILSTEIN.

¹²⁷⁵ Cf. art. 117 CPC et Cass. 3^{ème} civ., 8 juill. 1981 : *Bull. civ.* III.142.102. V. égal. C. ATIAS, « L'étrange position procédurale de la personne morale en cas de défaut de pouvoir de son représentant », *D.* 2008, p. 2241.

¹²⁷⁶ Cass. com., 15 oct. 1991 : *Bull. civ.* IV, n° 297, p. 206. V. en ce sens en doctrine, A. GHOZI, « Nature juridique de la production des créances dans les procédures collectives de règlement du passif », R.T.D. com. 1978, pp. 1 et s. Cette solution est constamment réaffirmée depuis, v. not. : Com., 28 juin 1994 : *Bull. civ.* IV, n° 240, p. 188. – Com., 25 oct. 1994 : *Bull. civ.* IV, n° 313, p. 254. – Com., 28 juin 1988 : *Bull. civ.* IV, n° 218, p. 150.

¹²⁷⁷ Il en est de même de la requête en revendication.

légaux¹²⁷⁸ et les avocats, des règles relatives à la représentation en justice des sociétés par un tiers, ce qui suppose qu'elles soient munies d'une habilitation répondant aux exigences du mandat *ad litem*.

432. La jurisprudence est venue préciser que les conditions du mandat *ad litem* s'appliquent en effet aux délégataires ayant la qualité de *tiers* à la société. Ces derniers doivent donc justifier d'une délégation écrite et spéciale¹²⁷⁹. Ces conditions sont rappelées par la Cour de cassation, dans sa formation la plus solennelle, dans un arrêt du 26 janvier 2001¹²⁸⁰, puis dans un arrêt du 4 février 2011¹²⁸¹.

La haute Cour adopte une position différente à l'égard des délégataires-salariés, en écartant l'application de ces règles.

433. La Cour de cassation est venue censurer deux arrêts rendus par la cour d'appel de Caen le 17 décembre 1992¹²⁸² ayant prononcé l'irrégularité d'une déclaration de créances effectuée, dans la première affaire, par le chef du service du contentieux et, dans la seconde, par un simple préposé. L'irrégularité de la déclaration est prononcée par les juges du fond au motif, notamment, qu'aucun de ces représentants ne justifiait avoir reçu un « *pouvoir spécial ayant date certaine* ». Dans le premier arrêt, le représentant ne bénéficiait que d'une « *délégation générale de signature* » ; dans le second, « *il n'est pas justifié qu'ils [les pouvoirs du préposé] émanent de personnes pouvant engager la société (...)* ». La chambre commerciale décide par ailleurs, dans deux arrêts remarquables du 14

¹²⁷⁸ En effet, les représentants légaux sont habilités par la loi à représenter la société en toute circonstance : G. SOUSI, « Représentation en justice d'une personne morale et nullité des actes de procédures », *Gaz. Pal.* 1984. doct. 427 et s.

¹²⁷⁹ Cass. 2^{ème} civ., 22 oct. 1997, n° 94-13.225, préc., où la Cour affirme qu'il « *n'est pas interdit au gérant d'une société à responsabilité limitée de donner à un tiers une délégation spéciale en vue d'exercer au nom de la société une action en justice déterminée* ».

¹²⁸⁰ Cass. ass. plén., 26 janv. 2001, n° 99-15.153 : *Bull. ass. plén.*, n° 1 : « *Attendu que la déclaration des créances équivaut à une demande en justice ; que la personne qui déclare la créance d'un tiers doit, si elle n'est pas avocat, être munie d'un pouvoir spécial donné par écrit* » ; J.C.P. éd. E. 2001, p. 617, n° 14, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS ; *RD banc. fin.* mars-avr. 2001, n° 66, obs. LUCAS ; *B.J.S.* 2001, n° 179, p. 843 ; *D.* 2001, p. 631 ; R.T.D. com. 2001, p. 507, obs. A. MARTIN-SERF ; *RD banc. fin.* 2001, comm. n° 66, obs. F.-X. LUCAS.

¹²⁸¹ Cass., ass. plén., 4 févr. 2011, n° 09-14.619 : *Bull. ass. plén.* n° 2 ; *D.* 2011. AJ 439, obs. A. LIENHARD ; *Gaz. Pal.* 2011. 9 mars, note L. ANTONINI-COCHIN ; J.C.P. éd. E. 2011, n° 1264, note Ph. ROUSSEL GALLE.

¹²⁸² CA Caen, 17 déc. 1992, et 7 janv. 1993, *D.* 1993, p. 115, note F. DERRIDA.

décembre 1993¹²⁸³, d'écarter les conditions du *mandat ad litem* à l'égard de ces préposés. Elle affirme, dans un chapeau de principe, que le salarié de la société peut, en sa qualité de délégataire et pour les procédures dispensées du ministère d'avocat, valablement ester en justice au nom et pour le compte de son employeur, sans avoir à obéir aux règles applicables au mandat de représentation en justice dont un tiers peut être investi¹²⁸⁴ (mandat *ad litem*). En d'autres termes, le préposé délégataire est soustrait aux obligations suivantes : il n'a pas à justifier d'un pouvoir spécial, le pouvoir d'ester en justice au nom du délégant pouvant se déduire de ses fonctions salariées dans la société, et il n'a pas à justifier d'un écrit¹²⁸⁵.

Il importe alors de s'intéresser aux motifs qui ont amené les juges à consacrer, pour les actions en justices effectuées par des représentants conventionnels, une dualité de régimes en fonction de la qualité du délégataire : tiers ou préposé.

434. Raison d'être de la mise à l'écart du mandat du mandat *ad litem* à l'égard des délégataires-préposés estant en justice au nom de leur employeur. Au moment où la Cour de cassation tranche, dans ses arrêts du 14 décembre 1993¹²⁸⁶, la question des modalités des déclarations de créances effectuées par un délégataire-préposé, aucun texte ne justifie de soustraire les délégations accordées aux salariés aux conditions de validité d'un mandat *ad litem* fixées à l'article 853 du Code de procédure civile. Cette position

¹²⁸³ Cass. com., 14 déc. 1993, n° 93-12.544 et n° 93-10.696 : *Bull. civ.* 1993, IV, n° 471, p. 343, *Rev. soc.* 1994, p. 100, note Y. CHARTIER ; J.C.P. éd. G. 1994. II. 22200, note REMERY ; J.C.P. éd. E. 1994. n° 18, p. 103, note M.-J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI ; R.T.D. com. 1994, p.364, obs. A. MARTIN-SERF ; *Gaz. Pal.* 1994. 2, p. 645, note COFFY de BOISDEFRE ; Ph. MASSONI, « La déclaration de créance par un préposé du créancier... « suite et fin » », *Gaz. Pal.*, 15 mars 1994 II ; *Rev. proc. coll.* 1994, p. 48, obs. B. DUREUIL. V. déjà en ce sens : CA Caen, 4 mai 1993, *Banque* 1993. 98, obs. GUILLOT.

¹²⁸⁴ Aux termes de l'arrêt, la déclaration de créances peut être réalisée par « *tout préposé titulaire d'une délégation de pouvoirs lui permettant d'accomplir un tel acte, sans que ce pouvoir soit soumis aux règles applicables au mandat de représentation en justice dont un tiers peut être investi* ». Cette solution sera confirmée par la suite : v. par ex. Cass. com., 14 févr. 1995, n° 93-12.064 et n° 93-12.393 : *B.J.S.* 1995, n° 5, p. 442, note J.-J. DAIGRE ; *Rev. soc.* 1995, p. 331, note D. ALIX. V. égal. en doctrine, J.-P. REMERY, « La déclaration des créances : délégation de pouvoirs et mandat », J.C.P. éd. E., 1999, I, 113.

¹²⁸⁵ En outre, « *il peut être justifié de l'existence de la délégation de pouvoirs, jusqu'à ce que le juge statue sur l'admission de la créance, par la production des documents établissant la délégation, ayant ou non acquis date certaine* » : Cass. com., 14 déc. 1993, n° 93-12.544 et n° 93-10.696, préc. Conformément à cette jurisprudence, il n'est pas nécessaire pour le représentant de la société de justifier de son habilitation au moment de sa déclaration de créances ; le délégataire peut fournir une attestation de son habilitation même postérieurement au délai de déclaration de créance (Com., 28 janv. 2014, n° 12-27.316). Aussi, cette habilitation n'a pas à avoir une date certaine antérieure à sa déclaration : Ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095 et 10 30.215, préc.

¹²⁸⁶ Cass. com., 14 déc. 1993, n° 93-12.544 et n° 93-10.696, préc.

jurisprudentielle prend acte de ce que le salarié, à la différence d'un (véritable) tiers et à la manière d'un organe, appartient au groupement ou est à son service¹²⁸⁷. Aussi, il est naturel que le préposé ne soit « *nullement investi d'un mandat ad litem [...], car il n'est pas un tiers. Il est "intégré" à la personne morale* »¹²⁸⁸. En ce sens, la situation du salarié vis-à-vis du groupement est comparable à celle d'un organe social¹²⁸⁹.

La solution énoncée par la Cour de cassation doit être saluée en raison de son pragmatisme. Un formalisme trop rigoureux en matière de déclarations de créances s'accorde mal avec l'importance pratique de tels actes de procédures ; facteur de lourdeur pour la gestion de la société, il nuirait en outre à la sécurité juridique.

Le législateur a consacré la jurisprudence issue des arrêts du 14 décembre 1993¹²⁹⁰ un an plus tard. Aux termes de l'article L. 622-24, alinéa 2 du Code de commerce, issu de la loi du 10 juin 1994¹²⁹¹, les déclarations de créances peuvent être « *faite par le créancier ou par tout préposé ou mandataire de son choix* ». Une ordonnance de 2014¹²⁹² complète cette disposition en donnant la possibilité au créancier d'une créance déclarée par une personne dépourvue de pouvoir de « *ratifier la déclaration faite en son nom jusqu'à ce que le juge statue sur l'admission de la créance* ». Malgré cette codification limitée, *rationae materiae*, aux déclarations de créances, la solution revêt une portée générale puisque la jurisprudence décide qu'elle s'applique pour toutes les déclarations de justice effectuées par un salarié de l'entreprise¹²⁹³, et non exclusivement aux déclarations de créances.

435. Nous avons vu que le pouvoir de représentation conventionnel de la société pouvait revêtir un caractère tacite ou exprès, un acte d'habilitation exprès n'étant exigé que pour

¹²⁸⁷ CA Caen, 4 mai 1993, préc.

¹²⁸⁸ Soc., 23 nov. 2011, n° 10-20.288, préc. Dans ce sens antérieurement : J.-P. REMERY, rapport sur Com. 14 déc. 1993, J.C.P. éd. G. 1994. II. 22220.

¹²⁸⁹ L'action du préposé ne serait pas celle d'un « *mandataire, agissant pour le compte d'autrui* », mais celle d'un « *un organe qui est l'incarnation même de la société (...)* » : H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. III, *Procédure de première instance*, éd. Sirey, 1991, n° 33. V. dans le même sens, F. DERRIDA, note sous Caen, 7 janv. 1993, *D.* 1993.114 et s. Allant encore plus loin, certains auteurs ont soutenu que le délégué devait être « *assimilé* » à la personne morale elle-même : M. J. CAMPANA et J. M. CALENDINI, art. préc.

¹²⁹⁰ Cass. com., 14 déc. 1993, n° 93-12.544 et n° 93-10.696, préc.

¹²⁹¹ Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises.

¹²⁹² Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, JORF n° 0062 du 14 mars 2014 p. 5249, texte n° 3.

¹²⁹³ Cass. com., 18 oct. 1994, n° 92-21.262 : R.T.D. com. 1995, p. 127, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; *Dr. soc.* 1994, n° 206, note H. Le NABASQUE ; R.T.D com. 1995, p. 438, B. PETIT et Y. REINHARD ; *Rev. soc.* 1995, p. 53, note Y. CHARTIER. – Com. 29 avr. 2002 : RJDA 10/2002, n° 1056.

l'accomplissement d'actes de disposition – en application du droit commun – ainsi que pour l'institution d'une prokura, qui habilite son titulaire à accomplir cette catégorie d'actes. Dans l'ordre interne, l'investiture doit au contraire impérativement revêtir un caractère exprès, du moins lorsqu'elle vise également à substituer le délégataire dans les responsabilités pénales du chef d'entreprise.

436. Il importe maintenant de déterminer la qualité du substitut.

Sous-section 2 / En ce qui concerne la qualité du délégataire

437. En ce qui concerne la qualité du délégataire, deux questions peuvent être soulevées : l'une ayant trait à sa nature juridique – personne physique ou personne morale – et l'autre à sa capacité. La réponse à ses questions n'est pas la même selon que l'on s'intéresse au titulaire d'une délégation fonctionnelle ou au délégataire représentant. En ce qui concerne ce dernier, les règles de droit commun trouvent à s'appliquer. Le délégataire représentant peut donc aussi bien être une personne physique qu'une personne morale, et il n'est pas exigé, selon une interprétation traditionnelle¹²⁹⁴, que ce dernier soit doté de la pleine capacité juridique. Le nouvel article 1160 du Code civil, d'après lequel « [l]es pouvoirs du représentant cessent s'il est atteint d'une incapacité (...) » ne remet pas en cause cette solution, car cet article n'intéresse pas l'attribution du pouvoir de représentation en tant que tel¹²⁹⁵. Il en va différemment du titulaire d'une délégation fonctionnelle, l'exercice d'une fonction directoriale supposant, du fait de la gravité de cette fonction et de ses conséquences potentielles pour son titulaire (la mise en œuvre de sa responsabilité pénale en lieu et place du chef d'entreprise), que ce dernier soit doté de la pleine capacité juridique. En outre, les critères d'efficacité de la délégation fonctionnelle en matière pénale – tenant à la compétence, à l'autorité et aux moyens du délégataire – ne peuvent se vérifier qu'à l'égard de délégataires personnes physiques¹²⁹⁶.

¹²⁹⁴ V. N. MATHEY, *Rép. civ.*, *Dalloz*, v° « Représentation », *op. cit.*, n° 59 et 60 ; A. ROUAST, thèse préc., p. 48. En jurisprudence, v. Cass. civ., 5 déc. 1933, DH 1934. 49, préc.

¹²⁹⁵ N. MATHEY, *ibid.*, n° 62 ; D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, 2e éd., 2016, Larcier, n° 227.

¹²⁹⁶ Cass. crim., 4 sept. 2018, n° 18-80.942 : *B.J.S.* janv. 2019, n° 1, p. 13, obs. N. BARGUE ; J.C.P. éd. E. 2019, n° 28, p. 30, note R. SALOMON.

438. Par comparaison au droit français, en ce qui concerne le délégataire représentant, en droits allemand et polonais, seules les personnes physiques dotées de la pleine capacité juridique¹²⁹⁷ peuvent être nommées fondés de pouvoir, par dérogation aux règles de droit commun. C'est l'*intuitu personae* de la prokura, bien plus important qu'en présence d'un pouvoir civil, qui justifie l'exclusion des personnes morales de la fonction de fondé de pouvoir : ce dernier est censé bénéficier du plus haut degré de confiance du constituant – comme l'affirme la doctrine allemande, le constituant « *s'abandonne pour le meilleur et pour le pire dans les mains du fondé de pouvoir* »¹²⁹⁸ – confiance qui ne s'entend qu'à l'égard d'une personne physique¹²⁹⁹ : une personne morale, entité abstraite, ne peut satisfaire la condition de confiance liant les parties, ne serait-ce que parce que les personnes physiques la composant changent avec le temps. L'exclusion des personnes morales est encore justifiée par la sécurité juridique. En effet, une personne morale agit par le biais de ses organes, qui changent dans leur composition, ce qui contrevient à cet impératif¹³⁰⁰. Ces différentes raisons expliquent que l'exclusion des personnes morales de la qualité de fondé de pouvoir constitue une règle en vigueur dans la majorité des pays ayant consacré la prokura dans leur système juridique¹³⁰¹. L'ampleur des pouvoirs légalement attribués au fondé de pouvoir et la gravité des actes qu'il est susceptible de passer a également justifié qu'il soit doté de la pleine capacité juridique¹³⁰².

¹²⁹⁷ V. en droit polonais, l'article 109², § 2 K.C. En droit allemand, c'est la jurisprudence qui a consacré cette solution : L. MOSKWA, « prokura w prawie niemieckim », art. préc., pp. 92-93 ; K. HOFMANN, *op. cit.*, 7^{ème} éd., p. 18 ; P. KREBS et M. LIEB, in K. SCHMIDT (réd.), *op. cit.*, pp. 599 et s. ; J. SONNENSCHNEIN, B. WEITEMEYER, in N. HORN (réd.), *op. cit.*, p. 406. Il existe une exception en droit polonais prévue à l'art. 22 al. 1 de la loi du 30 avril 1993 relative aux fonds nationaux d'investissement et à leur privatisation (Dz. U. n° 44, poz. 202 ze zm.) qui prévoit la possibilité d'instituer une prokura au profit d'une personne morale : J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 31. Sont donc exclues également de la fonction de fondé de pouvoir les entités dites organisationnelles (J. GRYKIEL, *ibid.*, p. 222) propres au modèle germanique (sur cette notion, v. *infra*, n° 657).

¹²⁹⁸ K. HOFMANN, *op. cit.*, 5^{ème} éd., p. 12 (cité par L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 31, note 11).

¹²⁹⁹ L. MOSKWA, *ibid.*, p. 31 ; J. SZWAJA, art. préc., p. 7.

¹³⁰⁰ L. MOSKWA, *ibid.*, p. 7.

¹³⁰¹ L. MOSKWA, *ibid.*, p. 32. Cette solution est consacrée par le législateur en Bulgarie (art 21, 1^{ère} phrase, de la loi commerciale bulgare de 1991, préc.), en République Tchèque (§ 14, al. 1, 2^{ème} phrase, du Code de commerce tchèque de 1991, préc.), en Slovaquie, et en Croatie (art. 45, al. 2 de la loi croate de 1993 relative aux sociétés commerciales, préc.), et par la jurisprudence (en Autriche et en Suisse) : *ibid.*, note 13 et 14.

¹³⁰² J. SZWAJA, *loc. cit.*

439. Comme en ce qui concerne l'investiture et la qualité du substitut, les enjeux soulevés par la publicité de la délégation ne sont pas les mêmes dans chacune des deux sphères sociales.

Sous-section 3 / En ce qui concerne la publicité de la délégation

440. Une autre difficulté fondamentale suscitée par le régime de la délégation concerne la question de sa publicité. *De lege lata*, la délégation – quelle que soit son étendue –, n'est pas soumise à ces formalités. Celles-ci revêtent au contraire un caractère obligatoire pour la prokura, et elles se trouvent même intimement liées à l'esprit de cette institution.

441. L'absence de formalisme encadrant le recours à la délégation est fortement critiqué en doctrine française. On dénonce le caractère opaque de cette technique¹³⁰³, qui serait contraire à l'objectif de transparence du pouvoir directorial porté par le dispositif de la loi de 1966¹³⁰⁴.

La raison d'être de telles formalités n'est cependant pas la même dans chacune des deux sphères sociales, interne (§ 1) et externe (§ 2). Le bien-fondé de ces formalités dans l'ordre externe pourra également être éprouvé à l'aune des considérations qui ont motivé le formalisme encadrant l'institution d'une prokura.

§ 1 – Les enjeux de la publicité du pouvoir dans l'ordre interne

442. Dans l'ordre interne, les formalités de publicité n'intéressent pas les tiers (clients, banques, fournisseurs), mais répondent à un souci de transparence et de cohésion de l'organisation de la gestion interne de l'activité sociale. Il importe en effet que les salariés soient en mesure d'identifier précisément la personne sous l'autorité de laquelle ils

¹³⁰³ Dans ce sens, P. HENRIOT, *ibid.*, p. 8 (éd. élec.).

¹³⁰⁴ P.-H. CONAC et I. URBAIN-PARLEANI (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, *op. cit.*, n° 14, p. 77.

exercent leurs fonctions¹³⁰⁵ et qui incarne pour eux la personne de l'employeur, ainsi que l'auteur des sanctions éventuellement prononcées à leur égard¹³⁰⁶.

443. C'est au nom de cet impératif que la doctrine invoque – à juste titre – la nécessité de soumettre la délégation à des mesures de publicité internes¹³⁰⁷. En droit positif, ces formalités ne sont pas imposées par les textes¹³⁰⁸. En revanche, il s'agira d'un élément pris en compte par le juge dans l'appréciation de l'efficacité de la délégation fonctionnelle en matière pénale. Autrement dit, une délégation fonctionnelle « occulte » est susceptible d'être privée d'effet si une infraction pénale survient dans l'exercice de la fonction déléguée.

444. La question de la publicité de la délégation dans un registre public aux fins d'informer les tiers de l'identité des personnes investies du pouvoir d'engager la société vis-à-vis des tiers ne suscite pas les mêmes enjeux.

§ 2 – Les enjeux de la publicité du pouvoir dans l'ordre externe éclairés par le mécanisme de la prokura

445. Dans l'ordre externe, les formalités de publicité ne se justifient, en réalité, qu'en ce qui concerne des pouvoirs de représentation standardisés, comme c'est le cas de la prokura (A). Au contraire, la délégation, en tant qu'elle obéit au droit commun et voit ses contours définis librement par les parties, n'est pas, en l'état du droit positif et à juste titre, soumise à ces formalités (B).

¹³⁰⁵ L. NURIT-PONTIER, « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 080.

¹³⁰⁶ Rappr. P. HENRIOT, note préc., p. 8 (éd. élec.).

¹³⁰⁷ Cette information peut passer par « *le règlement intérieur, les notes de services ou l'organigramme de l'entreprise si cela ne résulte pas avec assez d'évidence du titre même de la personne délégataire* » : A. CŒURET, « Les titulaires du pouvoir disciplinaire », *Dr. soc.* 1998, p. 27.

¹³⁰⁸ Une exception concerne toutefois les infractions au Code de la sécurité sociale, à l'égard desquelles les organismes de sécurité sociale exigent qu'elles soient portées à leur connaissance afin qu'elles leur soient opposables : N. FERRIER, thèse préc., n° 289, p. 416, et la jurisprudence citée, note 1457 : Cass. crim., 13 janv. 1972, n° 70-90.650 : *Bull. crim.* n° 23.

A) *La raison d'être du caractère formel de la prokura*

446. Contrairement à la technique de la délégation du pouvoir de représentation, aux procurations civiles et à la procuration commerciale allemande, la prokura obéit à un formalisme de publicité rigoureux, et ce depuis sa consécration dans la législation allemande¹³⁰⁹. La prokura est donc l'unique pouvoir de représentation qui soit soumis à des formalités de publicité obligatoires dans un registre public¹³¹⁰, lorsqu'il est institué et révoqué (§ 53, alinéa 1 à 3¹³¹¹ H.G.B. en droit allemand, et article 109⁸, § 1, K.C.¹³¹² en droit polonais).

447. La publicité de la prokura constitue l'un des attributs caractéristiques de cette institution, qu'elle partage avec la représentation organique et qui l'en rapproche¹³¹³. Dès son apparition sur le territoire de la confédération germanique, ce mécanisme – autrement

¹³⁰⁹ Le principe de publicité de la prokura – est codifié dès la première réglementation de l'institution au milieu du XIX^{ème} siècle, à l'article 45, al. 1 A.D.H.G.B : « [L'habilitation] du fondé de pouvoirs doit être portée à la connaissance du tribunal de commerce, par le chef de la maison de commerce en personne, ou donnée par acte authentique, afin d'être inscrite sur le registre de commerce » ; « L'extinction des pouvoirs pour signer est déclarée dans les mêmes formes, à l'effet d'être consignée au registre de commerce. » : § 45, alinéas 1 et 3, A.D.H.G.B., traduit par V. FOUCHER et L.-C.-J. TOLHAUSEN, *op. cit.*, p. 14.

¹³¹⁰ A la différence de la prokura, la procuration commerciale ne fait l'objet d'aucune mesure de publicité : Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, n° 512, p. 397 ; M. FROMONT, A. RIEG (dir.), *Introduction au droit allemand*, *op. cit.*, p. 381.

¹³¹¹ « La délivrance de la [prokura] doit être déclarée par le propriétaire du fonds de commerce, aux fins d'enregistrement au registre du commerce » (alinéa 1^{er}) ; « l'extinction de la [prokura] doit faire l'objet d'une déclaration aux fins d'enregistrement, de la même manière que pour sa délivrance » (alinéa 3) : Traduction de M. DOUCET, *op. cit.*, pp. 18-19.

¹³¹² « L'entrepreneur doit déclarer au registre des entrepreneurs la confection et l'extinction de la prokura » (trad. libre).

¹³¹³ A. KIDYBA, *Prawo handlowe*, 3^{ème} éd., C.H. Beck, Warszawa, 2002, p. 106 ; M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 36 ; S. MACHALSKI, « Stanowisko prokurenta według k.p.c., z uwzględnieniem prawa upadłościowego », art. préc., p. 25 ; B. KOZŁOWSKA, art. préc., p. 25 ; A. D. SZCZYGIELSKI, « Prokura », in *Encyklopedia Podręczna Prawa Prywatnego*, F. ZOLL et J. WASILKOWSKI (réd.), Warszawa, 1938, p. 1742.

On le sait, la publicité permet à la société de se prévaloir, à l'égard des tiers, de la nomination et de la cessation des fonctions de ses mandataires sociaux. En droit français, v. l'article L. 210-9, al. 2, C. com. L'accomplissement des formalités de publicité n'a toutefois pas un caractère constitutif, mais seulement déclaratif. Ainsi, la Cour de cassation a déjà admis qu'un P-DG dont la nomination n'avait pas été publiée puisse engager une société anonyme, dès lors que sa nomination était régulière et connue des tiers : Cass. com., 12 juill. 2004, n° 02-17255, et n° 03-14.557 : *Dr. soc.* 2004, comm. n° 183, obs. F.-G. TREBULLE.

qualifié en doctrine de procuration « formelle »¹³¹⁴, « enregistrée »¹³¹⁵, « publique » ou « transparente »¹³¹⁶ – est perçue comme une procuration liée de façon immanente à son inscription dans un registre public, en tant que pouvoir transparent et connu de tous.

448. **L'objet des mesures de publicité légale accompagnant la confection d'une prokura.** Les formalités accompagnant l'institution de la prokura ont été introduites pour satisfaire aux impératifs de transparence¹³¹⁷, de sécurité¹³¹⁸ et de rapidité¹³¹⁹ des transactions commerciales. Dans la première moitié du XVII^{ème} siècle, les incidents survenus durant la guerre de Trente Ans avaient en effet considérablement affaibli la confiance accordée aux commerçants et les litiges intéressant la validité des engagements contractés par les représentants de maisons de commerce étaient extrêmement fréquents¹³²⁰.

La pratique consistant à soumettre à l'information du public l'identité des personnes impliquées dans les opérations marchandes remonte au droit romain. Les mesures de publicité ont très vite été perçues comme un premier remède essentiel à la mauvaise foi des marchands. On recense une pratique similaire en ce qui concerne les *institore* dans l'Italie médiévale¹³²¹. Quant au droit allemand, différents registres et protocoles destinés à recenser les données des maisons de commerce, de leurs représentants et de l'étendue de leur habilitation, sont mis en place au cours du XVII^{ème} siècle¹³²². Ces

¹³¹⁴ F. RIGAUX, thèse préc., p. 54 (« habilitation solennelle ») ; A. KIDYBA, *Prawo handlowe, op. cit.*, p. 106 ; M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 36 ; J. GRYKIEL, *Powstanie prokury, op. cit.*, p. 8, ainsi que les auteurs cités, note 4 ; L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 28 ; J. SZWAJA, art. préc., p. 5 ; M. PAZDAN, « O rolach, w jakich może występować prokurent przy dokonywaniu czynności prawnych », art. préc., p. 10 ; B. KOZŁOWSKA, art. préc., n° 5, p. 25 ; S. MACHALSKI, « Stanowisko prokurenta według k.p.c. z uwzględnieniem postępowania upadłościowego », art. préc., p. 25 ; A. D. SZCZYGIELSKI, *op. cit.*, p. 1742. De même en jurisprudence : S.N., 23 janv. 1936, préc. p. 323.

¹³¹⁵ F. RIGAUX, *ibid.*, pp. 14 et 139 (habilitation enregistrée).

¹³¹⁶ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury, op. cit.*, p. 9 ; M. KASPRZYK, *loc. cit.* A tel point que cet élément apparaît dans les définitions doctrinales de la technique : v. par ex. dans ce sens, Monsieur WITZ, qui définit la prokura comme « un pouvoir de représentation donné par un commerçant et devant faire l'objet d'une inscription au registre du commerce » : Cl. WITZ, *Le droit allemand, op. cit.*, p. 95.

¹³¹⁷ M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 62.

¹³¹⁸ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury, op. cit.*, pp. 3 et 9 ; Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, n° 512.

¹³¹⁹ S. VANUXEM, art. préc., p. 677 ; M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 62.

¹³²⁰ K. GRZEGORZ, *op. cit.*, I, pt. 1.2 ; L. MOSKWA, « Prokura w prawie niemieckim », art. préc., p. 86.

¹³²¹ Sur cette institution, v. *supra*, n° 105.

¹³²² K. GRZEGORZ, *op. cit.*, I, pt. 1.2 ; T. SIEMIĄTKOWSKI, *Prokura w spółkach prawa handlowego, op. cit.*, p. 8.

formalités de publicité n'avaient alors qu'une force coutumière : elles n'étaient nullement obligatoires.

449. On remarquera qu'en réalité, ce sont les formalités de publicité combinées à l'étendue légale et impérative de la prokura qui permettent la satisfaction des impératifs tenant à la sécurité et à la rapidité des transactions, et qui expliquent l'efficacité juridique de cette institution.

Grâce à l'information donnée au public, les tiers sont en mesure de se renseigner sur l'existence de la prokura et sur l'identité de son bénéficiaire¹³²³. Dans la pratique, les fondés de pouvoir sont munis de la copie du registre lorsqu'ils traitent avec les tiers¹³²⁴. En matière commerciale, il importe que les actes conclus par les représentants ne soient pas susceptibles d'être constamment remis en cause en raison, par exemple, du caractère ambigu du pouvoir. Ceci aurait inéluctablement pour effet de fragiliser les relations commerciales qui se caractérisent par la réalisation d'opérations à la fois nombreuses et variées au quotidien. La définition légale et impérative de l'étendue de la prokura rend inutile la vérification systématique de l'étendue de l'habilitation du représentant¹³²⁵. Les tiers se trouvent également protégés contre la mauvaise foi des commerçants désireux de se délier des engagements contractés en leur nom¹³²⁶, en particulier sous le prétexte du dépassement ou du défaut de pouvoir de leur représentant¹³²⁷. Le dispositif légal apporte une garantie absolue aux cocontractants avec lequel le fondé de pouvoir est amené à traiter de son habilitation à conclure tous les actes qui rentrent dans la définition légale de ses pouvoirs¹³²⁸.

450. **Les modalités de la publicité de la prokura en droits allemand et polonais.** Les formalités de publicité relatives aux fondés de pouvoir s'effectuent au registre national judiciaire en Pologne¹³²⁹ et au registre du commerce en Allemagne¹³³⁰. L'inscription du

¹³²³ M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 37.

¹³²⁴ M. KASPRZYK, *ibid.*, p. 37.

¹³²⁵ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 12 ; L. MOSKWA, « Prokura w prawie niemieckim », art. préc., n° 2, p. 86.

¹³²⁶ M. KASPRZYK, *loc. cit.* ; J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 9 ; J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 23 ; F. FERRAND, *Droit privé allemand*, *op. cit.*, n° 746.

¹³²⁷ M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 62.

¹³²⁸ L. BRAEGGER, *loc. cit.*

¹³²⁹ « Krajowy Rejestr Sądowy », ci-après, KRS.

¹³³⁰ « Handelsregister ».

fondé de pouvoir dans le registre public comporte son nom, sa signature (§ 53, alinéa 2, H.G.B. en droit allemand, et article 109⁹ K.C.¹³³¹, en droit polonais), et doit s'accompagner de l'indication du type de prokura instituée : individuelle, conjointe¹³³² (article 109⁸, § 2 K.C.¹³³³, et § 48, alinéa 2, H.G.B.¹³³⁴) ou divisionnelle (article 109⁵ K.C.¹³³⁵, et § 50, alinéa 3, H.G.B.¹³³⁶).

451. **Effet de l'accomplissement des formalités de publicité de la prokura.** Tant en droit allemand que polonais, l'accomplissement des formalités légales de publicité – relatives à l'institution et à la révocation du fondé de pouvoir – revêt, de l'avis unanime en doctrine¹³³⁷, un caractère déclaratif et non constitutif (à l'instar du régime de publicité applicable aux organes de direction, dans l'ensemble des législations étudiées). Autrement dit, la prokura naît dès sa confection, et non à partir du moment de sa publication¹³³⁸. Cela signifie que le fondé de pouvoir représente valablement l'entrepreneur en l'absence d'inscription au registre¹³³⁹. Cette solution est un compromis entre la nécessité de préserver, d'un côté, le dynamisme des transactions commerciales et, de l'autre, la sécurité

¹³³¹ « Le fondé de pouvoir signe avec sa propre signature, conformément au modèle de sa signature qui apparaît dans les actes du registre, en précisant qu'il agit per prokura, à moins qu'il résulte du contenu du document que ce dernier agit en qualité de fondé de pouvoir » : traduction libre de l'article 109⁹ K.C.

¹³³² Autrement qualifiée de « prokura collective » : J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 24.

¹³³³ « L'inscription de la prokura doit indiquer sa nature, et, en cas de prokura conjointe, les modalités de son exercice » : traduction libre de l'article 109⁸ § 2 K.C.

¹³³⁴ « Elle [la prokura] peut être délivrée à plusieurs personnes [prokura conjointe] » : § 48, 2^{ème} alinéa, H.G.B.

¹³³⁵ « Il est possible de limiter la prokura au champ d'activité inscrit au registre d'une filiale de l'entreprise (prokura divisionnelle) » : traduction libre de l'article 109⁵ K.C.

¹³³⁶ « Si la [prokura] doit se limiter à l'exploitation d'une seule des succursales du possesseur de l'affaire, cette limitation n'est opposable aux tiers que si les succursales sont exploitées sous des raisons sociales différentes. Il y a raison sociale différente au sens de ces prescriptions s'il a été adjoint à la raison sociale de la succursale un additif qui la désigne en cette qualité ».

¹³³⁷ M. FROMONT, A. RIEG (dir.), *Introduction au droit allemand*, *op. cit.*, p. 380, et J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 23 (droit allemand) ; J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, pp. 9 et 18 ; M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 36 ; S. MACHALSKI, « Prokura wg prawa handlowego przy uwzględnieniu kodeksu zobowiązań i k.p.c. », *Przegląd Sądowy* 1935, n° 9, p. 324 ; M. PAZDAN, « O rolach, w jakich może występować prokurent przy dokonywaniu czynności prawnych », art. préc., p. 10.

¹³³⁸ M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 36.

¹³³⁹ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, pp. 9-10.

juridique¹³⁴⁰. L'accomplissement des formalités de publicité fait présumer la qualité de fondé de pouvoir, présomption simple qu'il est possible de renverser¹³⁴¹.

452. La technique de la délégation dans l'ordre externe est quant à elle, *de lege lata*, soustraite à toute formalité de publicité. Cette solution, bien qu'elle soit critiquée en doctrine, s'impose néanmoins dans la mesure où la délégation ne constitue pas un pouvoir de représentation standardisé.

B) En droit français, l'absence de formalités de publicité accompagnant l'octroi d'un pouvoir de représentation

453. En l'absence d'indication législative, la question s'est posée, en droit français, de savoir si la délégation du pouvoir de représentation devait ou non faire l'objet de mesures de publicité pour être valable ou, du moins, opposable aux tiers.

Ces considérations doctrinales et jurisprudentielles ont été motivées par l'importance et l'étendue des pouvoirs dont sont investis en pratique certains délégataires vis-à-vis des tiers. D'un côté, le législateur confère le pouvoir de représentation à un ou plusieurs organes déterminés ; de l'autre, la délégation permet que les tiers soient confrontés à des personnes exerçant concurremment aux représentants légaux et statutaires un pouvoir de représentation relatif à un ou plusieurs types d'activités donnés (juridique, financier, humain, commercial...) ¹³⁴².

Les formalités de publicité s'imposeraient donc, au nom des impératifs de sécurité et de transparence de la représentation sociale, mais également de rapidité des transactions commerciales : l'absence de mesures de publicité oblige les tiers à réaliser certaines vérifications systématiques, dont il est possible de stigmatiser le caractère chronophage et incommode.

454. Un texte est invoqué en doctrine au soutien d'une telle solution ¹³⁴³ : l'article R. 123-54 du Code de commerce, qui soumet à cette obligation, dans l'ensemble des sociétés

¹³⁴⁰ J. GRYKIEL, *ibid.*, pp. 10 et 18 ; L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., pp. 38-39 ; M. PAZDAN, « O rolach, w jakich może występować prokurent przy dokonywaniu czynności prawnych », art. préc., pp. 10-11 ; J. SZWAJA, art. préc., p. 5 ; M. KASPRZYK, *op. cit.*, pp. 36-37.

¹³⁴¹ J. GRYKIEL, *ibid.*, pp. 18-19.

¹³⁴² P. HENRIOT, note préc., p. 4 (éd. élec.).

¹³⁴³ V. par ex. B. SAINTOURENS, « Délégation de pouvoir au sein d'une société par actions simplifiée : retour à l'orthodoxie grâce à la Cour de cassation », note préc., p. 4 (éd. élec.), pour qui l'article R. 123-54 semble

commerciales, les personnes investies du pouvoir de gérer ou « *d'engager à titre habituel la société* »¹³⁴⁴. L'obligation de publicité s'imposerait donc non seulement à l'égard des représentants légaux et statutaires, mais également aux « *déléataires dotés du pouvoir d'engager la société à titre habituel* »¹³⁴⁵.

Traditionnellement, la délégation n'a pourtant jamais eu à satisfaire de telles formalités¹³⁴⁶, et ce à juste titre.

455. **Recherche du fondement de l'absence de publicité de la délégation du pouvoir de représentation.** Faisant écho à une distinction ponctuellement mise en avant en jurisprudence¹³⁴⁷, les partisans de la conception selon laquelle la délégation n'est soumise à aucun formalisme de publicité se fondent traditionnellement sur les caractéristiques du pouvoir de représentation qu'elle confère, qui serait, contrairement à la représentation organique, seulement spécial et occasionnel. Dès lors, cette technique ne rentrerait pas dans le champ de l'article R. 123-54 du Code de commerce qui vise uniquement « *les représentants habituels* »¹³⁴⁸. Par exemple, dans la lignée de nombreux auteurs, Madame MAGNIER distingue, d'une part, la représentation légale, qui revêt un caractère permanent

également concerner les délégations de pouvoir, dès lors que le déléataire semble bien « *engage[r] (...) la société à titre habituel par les actes qu'il accomplit à l'intérieur de la délégation* » ; P. HENRIOT, *ibid.*, p. 8 (éd. élec.) ; A. COURET et B. DONDERO, « La délégation du pouvoir de licencier dans une SAS, un mandat comme un autre ? », note préc., n° 25, spéc. n° 26.

¹³⁴⁴ « *La société déclare en outre (...) [l]es nom, nom d'usage, pseudonyme, prénoms, date et lieu de naissance, domicile personnel et nationalité des : a) Directeurs généraux, directeurs généraux délégués, membres du directoire, président du directoire ou, le cas échéant, directeur général unique, associés et tiers ayant le pouvoir de diriger, gérer ou engager à titre habituel la société avec l'indication, pour chacun d'eux lorsqu'il s'agit d'une société commerciale, qu'ils engagent seuls ou conjointement la société vis-à-vis des tiers (...)* : article R. 123-54, 2°, a), C. com.

¹³⁴⁵ L. NURIT-PONTIER, « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 080.

¹³⁴⁶ M. GERMAIN ET P.-L. PERIN, « Mandat social et délégation de pouvoirs dans les SAS », note préc., n° II, pt. 3.

¹³⁴⁷ V. par ex. la décision de la Cour d'appel de Paris du 31 août 2010, décidant que « [l'article L. 227-6] régleme[n]te les conditions dans lesquelles l'exercice du pouvoir général et permanent d'engager la [SAS] dont le président est le dépositaire, peut également être attribué par les statuts aux seules autres personnes portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué ; que ces limites légales propres à la délégation du pouvoir de représentation générale d'une société, concernent le pouvoir général d'engager la société envers les tiers au sens de l'article R 210-4 du code de commerce; qu'elles n'interdisent nullement les délégations particulières par le dépositaire du pouvoir général » (nous soulignons) : CA Paris, 31 août 2010, n° 08-11236, préc.

¹³⁴⁸ M. GERMAIN ET P.-L. PERIN, « Mandat social et délégation de pouvoirs dans les SAS », note préc., n° II, pt. 3 : d'après les auteurs, « [i]l n'y a pas de fondement textuel pour demander la déclaration des simples [déléataires]. C'est là qu'apparaît bien la différence entre un mandataire social et un déléataire conventionnel ».

et complet¹³⁴⁹, des simples délégations, d'autre part, qui sont des « *représentations spéciales et fonctionnelles* [sic] (...) *dépendant des règles propres au mandat* »¹³⁵⁰.

456. C'est également cet argument qui a été invoqué par le Ministère de la justice dans le débat qui a animé la jurisprudence sur la question des formalités qui devaient accompagner l'institution de délégués au sein de SAS¹³⁵¹. Plusieurs arrêts avaient en effet étendu aux délégués du pouvoir de représentation de SAS cette exigence¹³⁵², avant que la Cour de cassation sanctionne cette jurisprudence, par ses deux fameux arrêts rendus en chambre mixte le 19 novembre 2010¹³⁵³, en se fondant, elle aussi, sur la même distinction. Dans un attendu de principe commun aux deux décisions WHIRPOOL et ED, la Cour oppose en effet, d'une part, le pouvoir de représentation général des représentants légaux, soit celui du président, du « *directeur général [et] directeur général délégué dont la nomination est soumise à publicité* », à la pratique des délégations de pouvoirs habilitant à effectuer « *des actes déterminés tel que celui d'engager ou de licencier les salariés de l'entreprise* ». Ces deux décisions ayant admis que la délégation puisse être non écrite et même tacite, on en conclut que la Cour de cassation exclut qu'elle doive faire l'objet d'une mesure de publicité pour être opposable aux tiers¹³⁵⁴, solution que la Cour est venue expressément confirmer dans un communiqué rendu à la suite de ces deux arrêts, où elle indique que la délégation du pouvoir de représentation « *n'obéit à aucun formalisme particulier* »¹³⁵⁵. Depuis ces arrêts, la jurisprudence refuse de manière constante de soumettre la validité de cette technique à l'accomplissement d'une quelconque formalité

¹³⁴⁹ V. MAGNIER, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 666, p. 432.

¹³⁵⁰ V. MAGNIER, *ibid.* Dans le même sens, v. F. MARMOZ, « Le pouvoir de licencier dans les SAS », note préc., pp. 345-346, pour qui le salarié ou tiers doté du pouvoir d'agir au nom de la société est un « *représentant occasionnel de la personne morale* ». V. dans ce sens égal. l'opinion des greffiers des tribunaux de commerce: *Bull. d'actualité des greffiers* juin 2010, p. 2, cité in BRDA 15-16/10, inf. 1, note du Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce, selon laquelle l'article R. 123-54 du Code de commerce ne devrait pas « *s'appliquer à une délégation ou subdélégation de signature [sic] circonscrite à un objet limité, telle que celle accordée à un DRH en matière de licenciement* ».

¹³⁵¹ Dans une réponse écrite de mars 2010, le Ministère a distingué, d'une part, les « *délégations fonctionnelles [sic] de pouvoirs* », techniques purement ponctuelles, qui ne concernent pas « *le pouvoir d'engager à titre habituel la société, mais portent sur un objet déterminé* » et qui « *n'ont pas à faire l'objet d'une publicité au registre du commerce et des sociétés* », de la représentation légale (organique) : Rép. min. LUART, n° 12583, préc.

¹³⁵² Cf. *supra*, note 723.

¹³⁵³ Ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095 et n° 10-30.215, préc.

¹³⁵⁴ S. JAMBORT, « Validité de la délégation du pouvoir de licencier dans une SAS », note préc., p. 42.

¹³⁵⁵ Communiqué relatif aux arrêts 268 et 269 rendus le 19 novembre 2010 par la Chambre mixte, préc.

de publicité au sein des SAS¹³⁵⁶. Les conditions du recours à la délégation au sein des SAS ont ce faisant été alignées sur le régime des délégations mises en œuvre dans les autres formes sociales.

457. À notre sens, ce n'est pas la distinction entre, d'un côté, « pouvoir général » et « habituel » et, de l'autre, « pouvoir spécial » et « occasionnel » qui devrait légitimer la solution¹³⁵⁷, mais plutôt le fait que la délégation ne soit pas un pouvoir de représentation standardisé ou, plus exactement, qu'il n'existe pas, *de lege lata*, de délégation du pouvoir de représentation aux contours standardisés, comme c'est le cas dans le modèle germanique avec la procuration commerciale (en droit allemand) et la prokura (en droits allemand et polonais).

Comme l'a justement dénoncé la doctrine à propos des arrêts ayant invalidité des actes effectués par des délégataires de SAS dont l'habilitation n'avait pas été publiée, soumettre, en l'état actuel du droit positif, la délégation du pouvoir de représentation à des formalités de publicité au registre du commerce n'aurait en réalité que peu d'intérêt et alourdirait considérablement la marche des affaires sociales de lourdeurs inutiles¹³⁵⁸. Dès lors que les contours de cette technique sont définis par la volonté des parties et pleinement opposables aux tiers (sauf à faire jouer la théorie de l'apparence, dans certaines hypothèses

¹³⁵⁶ V. not. Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 09-42.642, préc., où le demandeur argue, sans succès « *qu'en s'abstenant de vérifier si la délégation de pouvoirs alléguée au profit (...) [du] directeur de l'usine (...) et signataire du contrat de travail litigieux avait été régulièrement publiée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 210-9 du code du travail* ». – Soc., 4 mai 2011, n° 10-11.872 (inédit) : *B.J.S.* 2011, n° 9, p. 666, note N. FERRIER : la Cour de cassation affirme clairement dans son attendu « *la possibilité, pour [l]es représentants légaux [d'une SAS], de déléguer le pouvoir d'effectuer des actes déterminés (...) sans qu'il soit nécessaire de mentionner cette délégation au registre du commerce et des sociétés* ». – Soc., 5 mai 2011, n° 09-72.924 (inédit) : *J.C.P.* éd. G. 2011, n° 27, p. 1314, note F. DUQUESNE ; *Bulletin du travail*, juill. 2011, n° 232, p. 204, note F.-J. PANSIER ; *R.T.D. com.* 2011, n° 2, p. 370, note P. Le CANNU et B. DONDERO. V. égal. L. NURIT-PONTIER, « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 048.

¹³⁵⁷ D'autant que, comme l'a justement relevé la doctrine, « *la personne qui se voit confier le pouvoir de représenter une société pour une catégorie d'actes donnée (...) et pour une période qui n'est pas étroitement limitée dans le temps, a bien "le pouvoir d'engager à titre habituel la société" (...)* ». Engager à titre habituel la société peut en effet se concevoir aussi pour un objet précis, et pas nécessairement pour tous les actes de la personne morale : A. COURET et B. DONDERO, « La délégation du pouvoir de licencier dans une SAS, un mandat comme un autre ? », note préc., n° 25, spéc. n° 26. Dans ce sens égal., v. not. B. SAINTOURENS, « Délégation de pouvoir au sein d'une société par actions simplifiée : retour à l'orthodoxie grâce à la Cour de cassation », note préc., p. 4 (éd. élec.).

¹³⁵⁸ De l'avis d'un auteur, cette jurisprudence avait pour conséquence d'imposer « *une solution inapplicable, imposant un formalisme d'une lourdeur insondable* » : C. NEAU-LEDUC, « Licencier et délégation de pouvoirs dans les SAS : beaucoup de bruit pour rien... ou presque ? », note préc., p. 2 (éd. élec.). V. égal. S. JAMBORT, « Validité de la délégation du pouvoir de licencier dans une SAS », note préc., p. 39, pour qui cette jurisprudence avait « [interprété] l'article L. 227-6 du code de commerce de telle sorte qu'il devenait le talon d'Achille de la SAS ».

particulières¹³⁵⁹), une telle pratique serait même susceptible d'avoir un effet contraire à celui recherché, à savoir être source d'insécurité en cas, par exemple, de formulation ambiguë du contenu de l'habilitation du délégataire. Le seuil à partir duquel le délégataire serait un « représentant habituel » de la société n'est en outre pas défini par le législateur.

458. En définitive, ces considérations mettent en lumière l'intérêt qu'il y aurait à introduire en droit français un pouvoir de représentation standardisé destiné aux délégataires ayant vocation à jouer le rôle d'alter ego du chef d'entreprise. C'est uniquement dans cette hypothèse que les objectifs des formalités de publicité dans un registre public – assurer la transparence et la sécurité des transactions commerciales tout en protégeant les tiers – pourraient être remplis.

459. Une autre problématique intéressant le régime de la délégation, qui ne suscite pas les mêmes enjeux dans les deux sphères sociales, concerne la question de son caractère conjoint ou individuel.

En vérité, ce n'est que dans l'ordre interne que la délégation doit – en principe – avoir été conférée à titre individuel.

¹³⁵⁹ Cf. *infra*, n° 645 et 646.

Sous-section 4 / En ce qui concerne le caractère conjoint ou individuel de la délégation

460. Comme en ce qui concerne l'acte d'investiture de la délégation et la question de sa publicité, celle touchant à son caractère individuel ou conjoint ne suscite pas les mêmes enjeux dans les deux sphères sociales.

C'est pourquoi la solution diffère dans les deux ordres : dans l'ordre interne, la délégation doit, en principe, nécessairement revêtir un caractère individuel¹³⁶⁰ (§ 1) ; dans l'ordre externe, au contraire, rien ne s'oppose à ce que la délégation soit octroyée à titre individuel ou conjoint, ce que, d'un point de vue comparé, l'institution germanique de la *prokura* permet encore une fois de mettre en exergue (§ 2).

§ 1 – Dans l'ordre interne : la prohibition de principe des codélégations fonctionnelles

461. La délégation fonctionnelle n'a pas le même objet que la délégation du pouvoir de représentation : elle vise à substituer le délégataire dans l'exercice d'une fonction directoriale en lieu et place du chef d'entreprise. L'effectivité de la substitution fonctionnelle en matière pénale est également appréciée en considération des moyens, de l'autorité et de la compétence du substitut¹³⁶¹. La condition d'autorité implique, comme on le verra¹³⁶², que le délégataire bénéficie d'une autonomie décisionnelle comparable à celle du chef d'entreprise, de sorte qu'il soit en mesure d'exercer la fonction déléguée dans les mêmes conditions que ce dernier, et notamment prendre en temps et en heure toutes les décisions qui s'imposent pour que son exercice soit réalisé conformément aux prescriptions législatives et réglementaires.

La titularité d'une fonction de nature directoriale revêt pour cette raison, par définition, un caractère individuel¹³⁶³. Dans le cas où l'exercice d'une fonction directoriale aurait été morcelé entre différentes mains (hypothèse de la délégation fonctionnelle conjointe, codélégation fonctionnelle¹³⁶⁴ ou délégation fonctionnelle multiple¹³⁶⁵), le chef d'entreprise continuerait donc à en être son titulaire effectif : il s'agirait en effet de la seule personne disposant des « pleins » pouvoirs pour garantir son bon exercice.

¹³⁶⁰ A. CHARVERIAT, art. préc., n° 17.

¹³⁶¹ Cf. *infra*, n° 774 et s.

¹³⁶² Cf. *infra*, n° 776.

La doctrine fait exception à cette solution dans l'hypothèse où les codélégations fonctionnelles sont complémentaires, ce qui implique que « *la teneur des différentes codélégations (...) [soit] exactement déterminée, de façon cohérente les unes par rapport aux autres* »¹³⁶⁶. Dans le cas contraire, lorsque les codélégations fonctionnelles ont pour effet de diluer les « *moyens requis à [leur] bon exercice et les responsabilités pénales qui y sont rattachées* »¹³⁶⁷, elles seront privées d'efficacité¹³⁶⁸ en matière pénale.

¹³⁶³ Selon les termes de la doctrine, l'autorité déléguée doit « *revêtir un caractère exclusif, c'est-à-dire être concentrée sur une seule tête.* » : A. CÈURET et E. FORTIS, « La place du droit pénal dans le monde du travail », R.S.C. 2000, n° 304, p. 202. V. égal. la jurisprudence citée *supra*, note 1368. Rappr. B. BEDARIDE et S. PLA BUSIRIS, art. préc., n° 20.

¹³⁶⁴ Comp. D. GIBIRILA, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 161.

¹³⁶⁵ Comp. D. GIBIRILA, *ibid.*, n° 136.

¹³⁶⁶ D. GIBIRILA, *ibid.* Dans ce sens égal., v. not. S. HENRION, art. préc. ; B. BEDARIDE et S. PLA BUSIRIS, art. préc., n° 20 ; S. COLLIOT et J.-M. MOULIN, art. préc., p. 2 (éd. élec.).

¹³⁶⁷ D. GIBIRILA, *ibid.*, n° 135.

¹³⁶⁸ V. par ex., Cass. crim., 12 déc. 2006, n° 05-87.125 ; RJS juill. 2007, n° 463 (« *le chef d'entreprise ne peut déléguer ses pouvoirs à plusieurs personnes pour l'exécution d'un même travail, un tel cumul étant, par lui-même, de nature à restreindre l'autorité et à entraver l'initiative de chacun des prétendus délégataires* »). – Crim., 23 nov. 2004, n° 04-81.601 : *Bull. crim.*, n° 295 ; J.S.L. 2005, n° 161, p. 10, note M.-C. HALLER ; RCS 2005, n° 2, p. 318, note A. CERF-HOLLENDER (parmi 3 arrêts). – Crim., 19 mars 1996, n° 94-84.854 : *B.J.S.* 1996, n° 299, p. 846, note J.- F BARBIERI. – Crim., 6 juin 1989, n° 88-82.266 : *Bull. crim.*, n° 243 ; RJS 8-9/89, n° 688. – Crim., 26 juin 1990, n° 89-81.022. En des termes légèrement différents, v. déjà Crim., 2 oct. 1979, n° 78-93.334 : *Bull. crim.* n° 267.

462. Dans l'ordre externe au contraire, la possibilité d'octroyer un pouvoir de représentation conjoint se justifie par le souci légitime de permettre aux sociétés de limiter l'autonomie de leurs représentants conventionnels¹³⁶⁹. C'est pourquoi ce pouvoir peut avoir été conféré tant à titre individuel que conjoint, sous la réserve que le représentant conventionnel ne soit pas également bénéficiaire d'une délégation fonctionnelle dans l'ordre interne. Dans cette dernière hypothèse, la condition tenant à l'autorité du délégataire fonctionnel suppose qu'il puisse également accomplir des actes de représentation de manière autonome, du moins dans le champ de la fonction déléguée.

§ 2 – Dans l'ordre externe, le caractère conjoint ou individuel du pouvoir de représentation

463. En droit français, à la différence des représentants légaux qui disposent d'un pouvoir d'action dans la sphère externe à caractère individuel, l'habilitation des représentants conventionnels peut revêtir un caractère aussi bien individuel que conjoint, en application du droit commun¹³⁷⁰. Au contraire, en droits allemand et polonais, la représentation conjointe est admise aussi bien en ce qui concerne la représentation organique¹³⁷¹ que la représentation volontaire¹³⁷².

464. **Définition de la représentation conjointe.** Dans le cadre d'un pouvoir de représentation conjoint, plusieurs personnes, donc au moins deux, bénéficient ensemble du pouvoir de représentation, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent valablement engager la société qu'en agissant de concert. Le pouvoir de représentation *conjoint* doit être distingué du pouvoir de représentation *commun*, dans le cadre duquel un représentant est institué par une pluralité de personnes¹³⁷³. En droit français des sociétés, le pouvoir de représentation conjoint correspond à la procuration conjointe ou collective dans le modèle germanique (« *pełnomocnictwo łączne* » en droit polonais, « *Gesamtvertretungsmacht* » en droit allemand).

¹³⁶⁹ Cf. *infra*, n° 465, sur les fonctions de la représentation conjointe.

¹³⁷⁰ v. par ex. Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-23.761 : *B.J.S.* 2013, p. 313, note N. FERRIER, relatif à une délégation du pouvoir de licencier consentie par un directeur général de manière conjointe au directeur et au responsable administratif de la société.

¹³⁷¹ Cf. *infra*, n° 726 et s.

¹³⁷² Cf. *infra*, n° 732 et s.

¹³⁷³ « *Pełnomocnictwo wspólne* » en droit polonais. Cette construction est également possible avec la procuration, alors qualifiée de « *prokura commune* » (« *prokura wspólna* » en droit polonais).

465. **La fonction de la représentation conjointe et les conditions de validité de l'acte conclu par son biais.** La représentation conjointe constitue une forme de limitation du pouvoir de représentation. Les personnes munies de ce pouvoir ne peuvent agir seules, et se voient imposer la cosignature, *a minima*, d'une seconde personne pour réaliser un acte de représentation. Le concours des différents titulaires du pouvoir conjoint ne doit pas pour autant s'opérer de façon simultanée et peut se décomposer dans le temps¹³⁷⁴. Le cas échéant, l'acte projeté reste imparfait jusqu'à la signature du dernier titulaire du pouvoir conjoint¹³⁷⁵. Conformément aux règles de droit commun¹³⁷⁶, le cocontractant peut dans cette hypothèse imposer au représentant conjoint un délai pour la perfection de l'acte ou sa confirmation par le représenté. Si l'acte n'est pas parfait à l'arrivée du terme qu'il a fixé, le cocontractant est libéré de son obligation¹³⁷⁷.

L'institution d'un pouvoir conjoint répond donc à un impératif de contrôle¹³⁷⁸ : l'opportunité de conclure un acte de représentation est en effet soumise à l'appréciation des différents titulaires du pouvoir conjoint. Le partage du pouvoir de représentation protège la société contre des décisions adoptées précipitamment ou à la légère par un seul de ses représentants¹³⁷⁹.

466. **La consécration légale de la prokura conjointe en droits allemand et polonais.** Les législateurs allemand et polonais ont expressément consacré la possibilité d'instituer aux côtés d'une prokura individuelle (« *prokura samodzielna* » ou « *samoistna* » en polonais, « *Einzelprokura* » en allemand) une prokura conjointe ou collective (« *Gesamtprokura* » ou « *Kollektiv-Prokura* » en allemand et « *prokura łączna* » en polonais) à l'article 109⁴, § 1, K.C.¹³⁸⁰ en droit polonais et au § 48, alinéa 2, H.G.B.¹³⁸¹ en droit allemand.

¹³⁷⁴ K. Grzegorz, *op. cit.*, III, pt. 3.11.

¹³⁷⁵ K. Grzegorz, *ibid.*

¹³⁷⁶ V. en droit polonais l'article 103, § 2 K.C. et, en droit allemand, le § 177, § 2, B.G.B.

¹³⁷⁷ K. Grzegorz, *op. cit.*, III, pt. 3.11.

¹³⁷⁸ Cette modalité d'action dans la sphère externe est particulièrement prisée dans le modèle germanique ; elle est expressément prévue dans les textes en ce qui concerne la représentation organique ainsi que la prokura.

¹³⁷⁹ M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 41.

¹³⁸⁰ « *La prokura peut être conférée de manière conjointe à plusieurs personnes (prokura conjointe) ou séparément [prokura individuelle] » : art. 109⁴, § 1, K.C. (traduction libre).*

¹³⁸¹ « *Elle [la prokura] peut être délivrée en commun à plusieurs personnes (prokura conjointe) » : § 48, al. 2., H.G.B. (traduction libre).*

467. **L’opposabilité aux tiers du pouvoir conjoint en droits français, allemand et polonais.** En droit français, les limitations conventionnelles de la délégation du pouvoir de représentation sont pleinement opposables aux tiers. En conséquence, le délégataire muni d’un pouvoir de représentation conjoint ne pourra valablement engager la société que s’il obtient le concours du ou des autres titulaires du pouvoir conjoint.

Au contraire, en droits allemand et polonais, les limitations conventionnelles de la prokura sont en principe sans effet dans les rapports avec les tiers, ces deux législations ayant adopté le modèle intangible de la prokura¹³⁸². Toutefois, l’établissement d’une prokura conjointe figure dans les deux législations parmi la liste légale des limitations de ce pouvoir qui sont opposables aux tiers (article 109⁴, § 1, K.C., en droit polonais, et § 48, alinéa 2, H.G.B en droit allemand)¹³⁸³.

468. **Opposabilité de la prokura conjointe dans l’ordre externe.** L’opposabilité de la prokura conjointe dans l’ordre externe est subordonnée à ce qu’elle ait fait l’objet d’une mesure de publicité¹³⁸⁴ au registre national judiciaire en Pologne¹³⁸⁵, et au registre du commerce en Allemagne¹³⁸⁶. Lorsque la prokura conjointe a été régulièrement publiée, son titulaire ne peut engager la société qu’à la condition d’obtenir le concours de l’ensemble des titulaires du pouvoir conjoint¹³⁸⁷. La prokura conjointe n’a toutefois pas d’effet sur la représentation passive¹³⁸⁸ de la société¹³⁸⁹. En effet, conformément au § 2 de l’article 109⁴ K.C., tout fondé de pouvoir est habilité à réceptionner des actes matériels ou de volonté de la part de tiers.

Au regard de l’étendue extrêmement large de la prokura (procurator « illimitée »¹³⁹⁰), les fondés de pouvoir sont fréquemment titulaires d’une prokura conjointe. La pratique n’a pas manqué d’exploiter les facultés d’aménagement extrêmement nombreuses qu’elle offre.

¹³⁸² Cf. *infra*, n° 610 et s.

¹³⁸³ Cette possibilité est également consacrée en droit suisse, à l’article 460, 2^{ème} al., C.O., qui prévoit que la prokura « peut être donnée à plusieurs personnes à la fois, sous la condition que la signature de l’une d’entre elles n’oblige le mandant que si les autres concourent à l’acte de la manière prescrite (procurator [prokura] collective) ».

¹³⁸⁴ L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 37.

¹³⁸⁵ « Krajowy Rejestr Sądowy ».

¹³⁸⁶ « Handelsregister ».

¹³⁸⁷ L. MOSKWA, *loc. cit.*

¹³⁸⁸ Sur cette notion, v. *supra*, n° 557.

¹³⁸⁹ V. en doctrine par ex. L. MOSKWA, *loc. cit.*

¹³⁹⁰ Cf. *supra*, n° 307 et s., ainsi que les auteurs cités, note 928.

469. **Les aménagements de la prokura conjointe rencontrés dans la pratique.** En droits allemand et polonais, le législateur n'a pas limité le nombre de personnes entre lesquelles une prokura conjointe peut être instituée. Si plus de deux fondés de pouvoir conjoints sont mis en place, il est possible d'exiger la cosignature de l'ensemble des fondés de pouvoir conjoints ou bien de fixer le nombre de cosignatures nécessaires à la validité d'un acte¹³⁹¹. La dissociation entre le nombre de signatures exigées et le nombre de fondés de pouvoirs a pour mérite d'éviter un éventuel blocage du processus de représentation dans l'hypothèse où l'un ou plusieurs des fondés de pouvoirs conjoints seraient empêchés de concourir à la conclusion de l'acte. Il est également possible d'instituer plusieurs prokura conjointes et donc plusieurs groupes de fondés de pouvoirs conjoints au nombre varié.

470. **Conclusion de la section 2.** Il a pu être mis en évidence, à travers l'analyse de plusieurs aspects controversés du régime de la délégation, que le recours à cette technique ne suscite pas les mêmes enjeux dans chacune des deux sphères sociales, circonstance qui explique l'absence d'harmonie de ses conditions de mise œuvre, telles qu'établies par les différentes chambres de la Cour de cassation. Ces divergences jurisprudentielles témoignent de l'inconséquence pratique de la théorie moniste : il est en effet matériellement impossible de systématiser un régime juridique unique destiné à appréhender la délégation dans son ensemble, comme le postule la théorie moniste.

¹³⁹¹ Par exemple, si cinq personnes sont nommées fondés de pouvoirs conjoints, il est possible d'exiger la co-signature de l'ensemble de ces fondés de pouvoirs (soit cinq) ou de seulement deux, trois ou quatre d'entre eux, nommément désignés ou non. Sur les multiples combinaisons possibles de la prokura conjointe, v. L. MOSKWA, *loc. cit.*

CONCLUSION DU CHAPITRE II

471. Les maintes controverses suscitées par la délégation de pouvoirs au sein de la doctrine française résultent précisément de l'analyse de cette technique sous le prisme de la théorie moniste.

L'inconséquence de cette théorie en droit des sociétés est tant pratique que théorique. Sous le premier angle, la démarche visant à concilier et systématiser ses conditions de mise en œuvre – telles qu'établies par les différentes chambres de la Cour de cassation – se heurte à la disparité d'enjeux que son recours suscite dans chacune des deux sphères sociales et conduit inévitablement à un paysage éclaté de cette institution.

L'analyse empirique de la technique révèle plus fondamentalement que, dans la sphère sociale interne, l'institution de la délégation de *pouvoir(s)* ne porte pas exclusivement – ainsi que le sous-tend sa dénomination jurisprudentielle et doctrinale – sur l'exercice de prérogatives juridiques, mais qu'elle investit le délégataire d'une *fonction*, entendue comme une charge ou emploi confié (délégué) au délégataire. Or, ces deux notions – pouvoir(s) et fonction – renvoient en vérité à deux catégories juridiques distinctes, de sorte que la théorie moniste – qui seule justifie l'appréhension de la délégation en tant que mécanisme unique – doit être définitivement rejetée.

CONCLUSION DU TITRE II

472. Une analyse approfondie du mécanisme de délégation « de pouvoirs » a mis en évidence que chacun des postulats sur lequel repose la conception unitaire de cette technique peut être remis en cause.

En premier lieu – et contrairement à ce que suggère sa dénomination doctrinale et jurisprudentielle – l’objet de la délégation de pouvoirs est nécessairement dual, à l’image du mandat social qui revêt une double dimension : ce titre confère d’un côté à son titulaire un certain nombre de *fonctions* sociales (de gestion et/ou d’exécution (de représentation)) et, de l’autre, les *pouvoirs* pour les exécuter. Concrètement, dans l’ordre externe, la délégation permet de substituer un tiers à l’organe directorial dans la faculté de matérialiser la volonté sociale à l’égard des tiers en vertu d’un pouvoir ; dans l’ordre interne, elle vise à investir une personne dans l’exercice d’une fonction directoriale en lieu et place du chef d’entreprise. Le mécanisme germanique de la *prokura* met en exergue la césure entre ces deux versants (pouvoir et fonction de représentation d’un côté, fonction et pouvoir de gestion d’un autre côté) : tout en conférant à son titulaire un pouvoir de représentation « illimité » – comparable à celui des dirigeants sociaux – cette institution ne confère en elle-même à son titulaire aucun pouvoir de gestion ni, corrélativement, aucune fonction directoriale *stricto sensu*.

La construction de la délégation de pouvoirs en tant que composé unitaire repose en définitive sur la même ellipse que celle qu’il a été possible de dénoncer au sujet du mandat de droit commun : la fonction assignée au délégataire s’est, comme en ce qui concerne la mission du mandataire, fondue dans son moyen de mise en œuvre (les pouvoirs délégués).

473. En second lieu, chacun de ces objets – pouvoir et fonction – renvoie à deux catégories juridiques distinctes, ce qui implique que même s’ils vont de pair, ils ne sauraient être réduits à un rapport de droit unique, ainsi que le postule la théorie moniste.

Les failles de cette théorie s’accusent en vérité avec d’autant plus de force en droit des sociétés, en raison de la dualité d’ordres – et de vies sociales – inhérentes au groupement personnifié, répondant chacune à des impératifs qui leurs sont propres. La structure de la délégation doit, pour être correctement appréhendée, nécessairement épouser cette dualité.

Conclusion de la 1^{ère} Partie

474. Le paysage éclaté de la délégation de pouvoirs en droit français et l'absence de consensus patent tenant à sa nature juridique et à ses conditions de mise en œuvre résulte de l'analyse de cette institution sous le prisme de la théorie moniste, et donc du postulat qu'elle forme un mécanisme juridique unique. Cette analyse occulte sa variété d'objets et d'effets ; également, les enjeux que suscite la mise en œuvre de la délégation dans l'ordre interne, d'une part, et dans l'ordre externe, d'autre part, ne sont pas les mêmes. Toute tentative de systématisation du régime de la délégation à l'aune de la théorie moniste est, pour ces différentes raisons, vouée à l'échec.

475. Face aux inconséquences théoriques et pratiques de la théorie moniste, l'on pressent que la différence d'approche du mécanisme de représentation directe portée par le modèle germanique – qui a formellement consacré la théorie dualiste du mandat – pourra être source d'enseignements dans l'appréhension de l'institution française de la délégation de pouvoirs.

Transposée au droit des sociétés, la théorie dualiste permet en effet de tenir compte de l'existence de deux sphères (et vies) sociales, répondant chacune à des impératifs qui leur sont propres. Cette circonstance légitime une analyse renouvelée de la délégation de pouvoirs sous le prisme de la théorie dualiste, d'autant que l'introduction récente en droit français de dispositions dédiées au mécanisme de représentation pourrait – malgré l'absence de bouleversement apparent de la matière – remettre en cause la portée de la théorie moniste en droit français.

La théorie germanique dualiste a, en outre, déjà trouvé un écho au sein de la doctrine française à propos du mandat de droit commun. L'analyse de la délégation sous le prisme de la théorie dualiste se situe donc dans le prolongement de ce courant doctrinal : elle en transpose les postulats en droit des sociétés. Elle se situe également dans le sillage d'une analyse duale de la délégation, jusqu'à présent minoritaire en doctrine.

2^{ème} Partie – La rupture avec la théorie moniste

476. À la « théorie moniste »¹³⁹², dans laquelle les aspects interne et externe du contrat de mandat constituent les deux facettes d'un même rapport de droit, succède la théorie moderne ou dualiste¹³⁹³, façonnée par la doctrine germanique, dans laquelle ces deux aspects sont juridiquement dissociés.

477. **La « théorie dualiste du mandat », ou le principe de dissociation et d'autonomie juridique des rapports interne et externe.** Conformément à la théorie dualiste du mandat, la représentation volontaire¹³⁹⁴ ne dérive pas du contrat de mandat, mais constitue une institution à part entière, inconnue du droit interne : la procuration au sens de *Vollmacht*¹³⁹⁵, dont la prokura constitue une variété¹³⁹⁶. Chacun de ces mécanismes – mandat et pouvoir de représentation – concerne donc un rapport juridique distinct : interne pour le premier, externe pour le second.

Cette construction du mécanisme de représentation repose sur l'adjonction de deux principes : le principe de dissociation (le « *Trennungsprincip* ») des rapports interne et externe et le principe d'abstraction (l'« *Asbtraktionsprinzip* ») du pouvoir de représentation.

C'est cet isolement des rapports interne (entre le représentant et le représenté) et externe (entre le représenté et le tiers) qui a permis de consacrer leur autonomie juridique dans le modèle germanique.

478. Dans ce modèle, l'organisation interne et externe de la société, ainsi que les interactions entre ces deux sphères sociales, sont régies par ces deux principes : le premier (« *Trennungsprincip* ») impose de distinguer les rapports établis par la personne morale

¹³⁹² Cf. *supra*, spéc. n° 36.

¹³⁹³ A. GILSON-MAES, thèse préc., spéc. n° 133 et s. Adde, J.-F. QUIEVY, thèse préc., pp. 206 et s., et C. MANGEMATIN, thèse préc., n° 70, qui emploient la notion de « *structure dualiste du mandat* », en relation, toutefois, avec les dispositions du mandat en droit français.

¹³⁹⁴ Sur la distinction entre la représentation volontaire et la représentation conventionnelle, v. *infra*, n° 564.

¹³⁹⁵ V. *infra*, n° 551, la définition légale de la « *Vollmacht* » et de son homologue polonais, le « *pełnomocnictwo* ».

¹³⁹⁶ Cf. *supra*, n° 296 et s.

dans l'ordre interne, d'une part, et dans l'ordre externe, d'autre part, tandis que le second (l'« *Asbtraktionsprinzip* ») consacre l'autonomie juridique de chacun de ces rapports juridiques.

479. L'analyse du mécanisme d'association d'un tiers à la gouvernance sociale à l'aune de la théorie dualiste est transposable en droit français et semble même devoir s'imposer, puisqu'il a été démontré qu'il était matériellement impossible de réduire les rapports nés dans chacune des deux sphères sociales à un rapport juridique unique.

En pratique, l'analyse de la délégation de pouvoirs sous le prisme de la théorie dualiste permettra également de concilier le flou et l'émiettement de ses conditions de mise en œuvre – qui varient confusément, comme on l'a vu, selon les différentes chambres de la Cour de cassation –, ainsi que la variété de définitions du délégataire retenues en jurisprudence¹³⁹⁷.

480. Dans le contexte sociétaire, l'objet juridique des rapports en œuvre dans chacune des deux sphères sociales a pu être identifié. Le rapport interne charge un agent d'une *fonction* à accomplir pour le compte de l'entrepreneur délégant¹³⁹⁸. Le rapport externe naît quant à lui de l'exercice d'un *pouvoir* de représentation, appréhendé comme un simple instrument de mise en œuvre de cette fonction¹³⁹⁹.

481. La théorie dualiste, qui disjoint de manière formelle ces deux catégories de rapports, apparaît parfaitement adaptée au droit des sociétés, car elle tient compte de cette dualité d'objet, dont il a été démontré l'irréductible individualité.

482. L'analyse de la technique de la délégation de pouvoirs à l'aune de la théorie dualiste suppose donc d'isoler juridiquement les deux catégories de rapports inhérents à sa mise en œuvre (**Titre I**). Cet examen permettra de correctement situer la technique de la délégation par rapport à la *prokura*, qui n'intéresse que la sphère sociale externe.

Toute réflexion sur l'intérêt qu'il y aurait à introduire en droit français un pouvoir de représentation conventionnel spécialement façonné pour répondre aux besoins de l'activité commerciale – sur le modèle de la *prokura* germanique – implique également de

¹³⁹⁷ Cf. *supra*, n° 239 et s., spéc. n° 383 et s.

¹³⁹⁸ Cf. *supra*, n° 363 et s.

¹³⁹⁹ Cf. *supra*, n° 375 et s.

situer la technique de la délégation dans chacune des deux sphères sociales par rapport à la structure organique de la société, et donc à son mode d'action par le biais de ses organes.

Contrairement aux droits allemand et polonais, la distinction entre ces deux modalités d'action de la société – par le biais d'un organe d'une part, et d'un substitut d'autre part – n'est en effet pas clairement établie et se trouve fréquemment remise en cause au sein de la doctrine française (**Titre II**).

TITRE I L'ISOLEMENT DES RAPPORTS JURIDIQUES EN ŒUVRE DANS CHACUNE DES DEUX SPHERES SOCIALES

483. Isoler juridiquement les rapports interne (**Chapitre I**) et externe (**Chapitre II**) dans la mise en œuvre de la délégation de pouvoirs conduit à individualiser juridiquement l'attribution conventionnelle d'une fonction directoriale, dans l'ordre interne, par rapport à son instrument de mise en œuvre dans l'ordre externe (le pouvoir de représentation).

Cette démarche permettra, dans le même temps, de dessiner les contours de la procuration germanique – dont la prokura constitue une variété¹⁴⁰⁰ – et de situer correctement l'institution de la délégation de pouvoirs par rapport à la prokura, qui pourrait lui servir de modèle en vue de son institutionnalisation, prônée par une partie de la doctrine française.

¹⁴⁰⁰ Cf. *supra*, n° 296 et s.

CHAPITRE I - L'ISOLEMENT DU RAPPORT INTERNE :

LA DELEGATION FONCTIONNELLE

484. Le rapport interne permet aux dirigeants, dans l'ensemble des législations étudiées, de se substituer un tiers dans l'exercice d'une fonction directoriale, mécanisme que l'étude appréhende sous la notion de délégation fonctionnelle.

La délimitation du contenu du rapport interne (**Section 1**) précèdera l'étude du support juridique de la délégation fonctionnelle dans une perspective comparée (**Section 2**).

Section 1 / Le contenu du rapport interne

485. L'isolement du rapport obligationnel interne par rapport à son moyen de mise en œuvre (le pouvoir de représentation) est le fruit du travail de la doctrine allemande du XIX^{ème} siècle. La conception dualiste du mandat est l'œuvre, en particulier, de deux¹⁴⁰¹ juristes allemands¹⁴⁰², l'un privatiste, l'autre publiciste : Rudolf von JHERING¹⁴⁰³, considéré

¹⁴⁰¹ V. égal. la contribution de Ludwig MITTEIS, auteur autrichien : *Die lehre von der stellvertretung nach römischem recht, mit berücksichtigung des österreichischen rechtes*, *op. cit.*

¹⁴⁰² Ph. DIDIER, thèse préc., n° 63, pp. 40-41, spéc. p. 41 ; G. REINER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand », in D. MAZEAUD, *et al.*, *op. cit.*, p. 24, ainsi que les auteurs cités note 17 (doctrine allemande) : K. ZWEIFERT et H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, t. II, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1969, pp. 116 et s. V. égal. D. MEDICUS, *op. cit.*, p. 353. En littérature polonaise, v. M. SMYK, thèse préc., II, I, pt. 5.2 ; J. PAZDAN, *Pełnomocnictwo w prawie prywatnym międzynarodowym*, *op. cit.*, pt. 4, note 23 ; Z. KRZEMIŃSKI, « Pełnomocnictwo a tak zwany stosunek podstawowy », *Pal.* 1970, n° 2, p. 33 ; J. FABIAN, *op. cit.*, pp. 42 et 74-75.

¹⁴⁰³ V. R. VON JHERING, « Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte » in *Jahrbücher für die Dogmatik des Deutschen heutigen römischen Privatrechts*, 1858, pp. 237-350. JHERING est l'auteur de la *Repräsentationstheorie* (cf. *supra*, n° 117), à laquelle se joindra le romaniste Bernhard WINDSCHEID : v. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts in drei Bänden*, t. I, Düsseldorf, 1862, § 73 N 16b. V. égal. la traduction en langue française de la thèse formulée par JHERING : R. VON JHERING, « De la coopération aux actes juridiques d'autrui », traduction d'Octave De MEULENAERE, in *Études complémentaires de l'Esprit du droit romain*, Paris : A. Marecq, 1880-1892, étude n° VI, p. 113, disponible en ligne : ark:/12148/bpt6k55346b.

comme son précurseur¹⁴⁰⁴, et Paul LABAND¹⁴⁰⁵. Ces deux auteurs sont à l'origine de la théorie du *Trennungs – und Asbtraktionsprinzip* applicable à la représentation. Le *Trennungsprinzip* (principe de dissociation), postule que les rapports interne et externe sont dissociés, et que seul ce dernier est concerné par la représentation. Au principe de dissociation s'ajoute le principe d'abstraction (*Asbtraktionsprinzip*), qui acte l'autonomie juridique du rapport externe, et donc du pouvoir de représentation¹⁴⁰⁶.

C'est ainsi l'adjonction des deux principes de dissociation et d'abstraction, opérée par LABAND (**Sous-section 2**), qui servira de terreau à l'élaboration de la théorie générale de la représentation allemande, à laquelle est dédiée une réglementation autonome¹⁴⁰⁷. Les travaux de LABAND prennent appui sur ceux de son prédécesseur, JHERING, qui aura décelé dans le mandat l'existence de deux facettes distinctes (**Sous-section 1**).

¹⁴⁰⁴ J. PAZDAN, *Pełnomocnictwo w prawie prywatnym międzynarodowym*, *op. cit.*, pt. 4, note 23 ; F. RIGAUX, thèse préc., pp. 41-42.

¹⁴⁰⁵ V. P. LABAND, « Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen. Deutschen Handelsgesetzbuch », ZHR 10, 1866, pp. 183-241.

¹⁴⁰⁶ Cf. *infra*, n° 572 et s. sur l'étude de la procuration en tant que pouvoir abstrait d'action dans la sphère d'autrui.

¹⁴⁰⁷ Cf. *supra*, n° x, spéc. note x

Sous-section 1 / La thèse de Rudolph von Jhering

486. **La reconnaissance d'une dichotomie intrinsèque au contrat de mandat : La distinction entre les facettes interne et externe du mandat, systématisée par JHERING.** Le principe de dissociation (« *Trennungszprincip* ») des rapports interne et externe procède du constat, commun aux systèmes juridiques objets de cette étude¹⁴⁰⁸, selon lequel le mandat (visant l'action au nom d'autrui) possède en réalité deux facettes distinctes. L'une, interne, qui embrasse les rapports entre le mandant et le mandataire, et la seconde, externe, qui détermine les rapports entre le tiers, d'une part, et le mandant et le mandataire d'autre part, ces deux derniers intervenant alors respectivement en qualité de représenté et de représentant. La systématisation de cette distinction¹⁴⁰⁹, au sein de la doctrine germanique, est attribuée à JHERING¹⁴¹⁰.

487. L'analyse de JHERING prend le contre-pied du principe romain d'unicité juridique entre les effets d'un acte et son origine, censés provenir et se matérialiser sur une même personne¹⁴¹¹. En distinguant deux types de rapports juridiques, interne et externe, cet auteur extrait l'origine (ou la *cause*¹⁴¹²) d'un acte juridique – soit l'action du représentant – de ses effets de droit, qui se réalisent dans la sphère du représenté, et non du représentant¹⁴¹³.

¹⁴⁰⁸ En droit français, v. *supra*, n° 39 et 40 (analyse doctrinale de la structure du mandat), et *supra*, n° 165 à 167 (règles ayant vocation à régir respectivement chacune de ces deux facettes).

¹⁴⁰⁹ Ces deux aspects sont qualifiés par JHERING de « *innere Seite* » (« *facette interne* ») et « *auszere Seite des Verhältnisses* » (« *facette externe du rapport [de droit]* ») : R. VON JHERING, « *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte* », art. préc., p. 184.

¹⁴¹⁰ F. RIGAUX, thèse préc., p. 41 ; Ph. DIDIER, thèse préc., p. 41.

¹⁴¹¹ R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*, *op. cit.*, p. 176, note 225 (cité par M. SMYK, thèse préc., note 63). PAUL écrit ainsi que « [t]ous les actes qui tirent leur origine de nos contrats sont nuls, à moins que l'obligation n'ait commencé dans notre personne. Ainsi nous ne pouvons stipuler, acheter, vendre, contracter, de manière qu'un autre puisse intenter en son nom les actions qui naissent de ces contrats » (« *Quaecumque gerimus cum ex nostro contractu originem trahunt [cause], nisi ex nostra persona obligationis initium sumant [effet], inanem nostrum actum efficiunt (...)* ») : v. *Dig.*, L. XLIV, t. 7, 11^{ème} loi, ainsi que la traduction française du *Corpus Iuris Civilis* par MM. H. HULOT, *et al.*, *op. cit.*, p. 603.

¹⁴¹² La notion de cause doit être ici entendue dans son acception première, soit comme un « *élément générateur, source, facteur, origine ; se dit, relativement à un fait – pris comme conséquence ou effet –, du fait antérieur qui peut être retenu comme ayant produit ce résultat* » : G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « *cause* », (I, 1). Sur l'appréhension du rapport obligationnel interne comme cause du rapport externe, v. *infra*, n° 507.

¹⁴¹³ « *Die wahre, echte Stellvertretung beruht auf einer Trennung der Ursache und Wirkung beim Rechtsgeschäft ; die Ursache : die Handlung fällt auf die Person des Stellvertreters, die Wirkung : das Recht auf die Repräsentirten* » : R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*, *op. cit.*, p. 176, note 225.

Selon les termes de JHERING, « [1]a représentation (...) n'est autre chose que la séparation de la cause et de l'effet de l'acte ; la cause : l'action, concerne la personne du représentant ; l'effet : le droit, concerne le représenté ; il y a donc là une séparation artificielle de ce qui, dans l'état naturel du rapport est un »¹⁴¹⁴.

488. Les auteurs allemands vont recourir à la notion de « *Vollmacht* »¹⁴¹⁵ pour qualifier cette relation externe et mettre en évidence sa particularité par rapport à la relation interne, le mandat proprement dit, l'« *Auftrag* »¹⁴¹⁶. Cette distinction amorce le processus de dissociation (« *Trennungsprinzip* ») entre la représentation proprement dite (« *Vertretung* ») et le rapport contractuel encadrant les relations entre le représentant et le représenté (« *Grundverhältnis* »¹⁴¹⁷)¹⁴¹⁸, en scellant la séparation d'objet propre à chacune des deux facettes du contrat de mandat.

489. Cette dichotomie intrinsèque au contrat de mandat, telle qu'elle est appréhendée par la doctrine du début du XIX^{ème} siècle, ne revêt, *prima facie*, qu'un intérêt théorique. La doctrine allemande considère, dans un premier temps, que ces deux tissus de relations – interne et externe – reposent sur un rapport de droit unique, le contrat de mandat¹⁴¹⁹. La notion de « *Verbindungsprinzip* » – soit littéralement, le « principe de connexion » –, est employée par les auteurs allemands pour exprimer l'assimilation entre le contrat de mandat et la technique de la représentation¹⁴²⁰.

490. **Le *Verbindungsprinzip*.** Avec le *Verbindungsprinzip*, c'est la conception moniste du mandat qui caractérise également le droit germanique au début du XIX^{ème} siècle. La construction juridique de l'action *pour le compte* d'autrui, d'une part, et *au nom* d'autrui,

¹⁴¹⁴ R. VON JHERING, *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. O. DE MEULENAERE, t. IV, Paris, 1888, pp. 171-172 (cité par R. POPESCO-RAMNICEANO, thèse préc., p. 31, note 11).

¹⁴¹⁵ R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*, *op. cit.*, p. 213.

¹⁴¹⁶ R. VON JHERING, *ibid.*

¹⁴¹⁷ Traduit en français par la notion de « contrat de base » : *cf. infra*, note 1468.

¹⁴¹⁸ Ph. DIDIER, thèse préc., n° 63, p. 40.

¹⁴¹⁹ J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 16.

¹⁴²⁰ Ph. DIDIER, *loc. cit.*, ainsi que les auteurs cités, note 71 (doctrine allemande) : G.- J. ALBRECHT, *Auftrag und Vollmacht – Eine historische und rechtvergleichende studie*, thèse Kiel, 1970, pp. 33 et s. ; H. COING, *Europäisches Privatrecht*, t. II, 19. Jahrhundert, 1989, p. 455, n° 1 ; U. FLOBMANN, *Österreichische Privatrechtsgeschichte*, Vienne : Springer, 1983, p. 251.

d'autre part – ainsi que la dialectique sous-tendant l'efficacité de l'action permettant d'imputer les effets d'un acte juridique dans la sphère juridique d'autrui – rejoint, dans un premier temps¹⁴²¹, la conception française du mandat, qui postule l'indivisibilité des rapports interne et externe.

Cette route commune, empruntée par les deux représentants de la famille romano-germanique, ne connaîtra un tournant majeur que dans la deuxième partie du XIX^{ème} siècle¹⁴²².

491. À cette époque en effet, outre-Rhin, la distinction terminologique entre le contrat de mandat (*Auftrag*) et la procuration (*Vollmacht*) prend finalement un nouveau relief avec les études menées par Paul LABAND. Professeur en droit public allemand et historien du droit à l'Université de Strasbourg¹⁴²³, cet auteur théorise le principe de dissociation juridique entre les rapports internes, seuls concernés par le contrat de mandat, et les rapports externes, soit la représentation proprement dite, dont la procuration (*Vollmacht*) constitue le volet volontaire, aux côtés de la représentation légale¹⁴²⁴.

¹⁴²¹ Ph. DIDIER, *loc. cit.*

¹⁴²² Ph. DIDIER, *loc. cit.*

¹⁴²³ L'Alsace-Moselle est annexée par l'Empire allemand depuis le traité de Francfort du 18 mai 1871, jusqu'à son rattachement à la France acté par le Traité de Versailles du 18 juin 1919.

¹⁴²⁴ Les droits allemand et polonais ne reconnaissent que deux sources au pouvoir de représentation : la représentation peut être d'origine légale ou volontaire. Sur la classification du pouvoir de représentation dans les différents droits étudiés, v. *infra*, n° 559, et sur la distinction entre la représentation volontaire et conventionnelle, v. *infra*, n° 561.

Sous-section 2 / L'apport de Paul Laband

492. **Le *Trennungsprincip* appliqué à la représentation : la thèse de l'autonomie de la facette externe du mandat, formulée par Paul LABAND.** Le Professeur Paul LABAND affirme le premier¹⁴²⁵ que ces deux facettes, interne et externe, du contrat de mandat, que JHERING avait relevé avant lui¹⁴²⁶, ne reposent pas sur un même rapport de droit¹⁴²⁷, mais forment « *deux rapports de droit tout à fait distincts ayant des conditions d'existence, des objets et des effets différents* »¹⁴²⁸.

Cette formule confère à la distinction entre les deux faces du mandat une portée nouvelle. Le rapport constitué par ce que la doctrine qualifiait jusque-là de « facette externe du mandat » – soit le rapport juridique formé avec les tiers (lien de représentation de nature volontaire) – ne devant plus être confondu ni lié au contrat de mandat, ces deux tissus de relations ne reposant pas, ainsi que le concevait la doctrine, sur un même rapport juridique. En relevant « *l'existence de deux rapports de droit tout à fait distincts* », LABAND affirme que ces deux tissus de relations juridiques sont à dissocier¹⁴²⁹. C'est ainsi que le *Trennungsprincip* se trouve appliqué à la représentation.

493. La thèse de la dissociation du pouvoir de représentation par rapport au contrat de mandat ne se borne pas à émanciper la *Vollmacht* ou procuration – soit le pouvoir de représentation volontaire – du mandat. En réalité, la théorie de LABAND édifie l'affranchissement complet de la technique de représentation (la *Vertretung*) – quelle que soit sa source (volontaire ou légale¹⁴³⁰) – de tout rapport obligationnel interne –, là encore sans égard à sa nature (ce peut être un contrat de travail, un louage, un contrat de gestion d'affaires d'autrui¹⁴³¹).

¹⁴²⁵ J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 17 ; F. RIGAUX, thèse préc., p. 41, note 3.

¹⁴²⁶ Cf. *supra*, n° 486.

¹⁴²⁷ P. LABAND, « Die Stellvertretung beim dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch », art. préc., pp. 183 et s., pp. 203 et s.

¹⁴²⁸ P. LABAND, art. préc., p. 183 (traduction de J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 16).

¹⁴²⁹ F. RIGAUX, thèse préc., p. 24 ; Ph. DIDIER, thèse préc., p. 41.

¹⁴³⁰ À la différence du droit français, les droits allemand et polonais attribuent à la représentation deux sources possibles : la loi ou la volonté : cf. *infra*, n° 559.

¹⁴³¹ R. SCHULTZE, « La représentation - propos introductifs », in D. MAZEAUD *et al.* (dir.), *op. cit.*, p. 15, et la doctrine allemande citée, note 34 ; R. BORK, *op. cit.*, n° 1480 et s. Le rapport obligationnel interne reçoit la qualification générique de contrat de base (cf. *infra*, n° 509). Pour des illustrations concrètes, v. *infra*, n° 513.

494. **L'émancipation juridique inconditionnelle du rapport externe (la représentation) de tout lien obligationnel relevant du rapport interne.** Le *Trennungsprincip*, appliqué à la représentation, permet que celle-ci (qu'elle émane ou non d'un acte de volonté, comme c'est le cas de la procuration germanique) soit formellement dissociée du contrat de mandat¹⁴³² et, de manière générale, de toute autre convention¹⁴³³.

À la différence de la conception française traditionnelle¹⁴³⁴, le pouvoir de représentation ne constitue donc plus, en droit allemand, l'*objet* ou l'*effet* du rapport obligationnel interne, et ce indifféremment à sa nature (que ce rapport soit un mandat ou un autre type de convention¹⁴³⁵). Le pouvoir de représentation correspond dès lors à une institution juridiquement distincte.

495. À l'aube du XX^{ème} siècle, les rédacteurs du B.G.B. actent l'émancipation du pouvoir de représentation en lui dédiant une réglementation distincte, dans la Partie générale du Code¹⁴³⁶. La procuration, correspondant au volet volontaire de la représentation, en fait partie. Le législateur allemand prévoit en outre que celle-ci prend naissance dans un acte juridique unilatéral émanant du représenté¹⁴³⁷, à la différence du rapport juridique interne, par essence de nature conventionnelle, contenu dans *un contrat de base*¹⁴³⁸.

496. À l'aune de ces éléments, il reste à définir et à circonscrire le contenu du rapport interne en droit commun, d'une part (§ 1), et en droit des sociétés, d'autre part (§ 2).

¹⁴³² Cl. WITZ, *Le droit allemand, op. cit.*, p. 106 ; M. FROMONT, A. RIEG (dir.), *Introduction au droit allemand, op. cit.*, p. 59.

¹⁴³³ Cl. WITZ, *Droit privé allemand, vol 1, op. cit.*, n° 507 ; J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 17 ; F. RIGAUD, thèse préc., p. 42.

¹⁴³⁴ Cf. *supra*, n° 151 et s., spéc. n° 159 et 160.

¹⁴³⁵ Cf. *infra*, n° 513.

¹⁴³⁶ V., au sein du Livre 1 du B.G.B., les § 164 et s. du Titre V intitulé « *De la représentation – de la procuration* ». À l'image du B.G.B., le Code civil polonais régit la représentation dans la Partie générale du code (Livre I), dans le Titre IV, « *Des actes juridiques* », en son chapitre VI, intitulé « *De la représentation* », aux articles 95 et s.

¹⁴³⁷ Cf. *infra*, n° 579.

¹⁴³⁸ Cf. *infra*, n° 509.

§ 1 – L’objet du rapport interne en droit commun

497. **Définition et contenu du rapport interne (*Innenverhältnis*¹⁴³⁹ ou *inneres Verhältnis*¹⁴⁴⁰ (all.), *stosunek wewnętrzny*¹⁴⁴¹ (pl.)).** La notion de rapport interne désigne strictement le lien juridique formé entre le représentant et le représenté¹⁴⁴². Ce rapport investit le représentant d’une *mission* de représentation¹⁴⁴³, à l’exclusion de son moyen de mise en œuvre (le pouvoir de représentation, soit, selon l’appellation allemande et polonaise, la procuration).

¹⁴³⁹ F. RIGAUX, thèse préc., p. 23 ; Ph. DIDIER, thèse préc., n° 63, p. 41 ; M. SMYK, thèse préc., II, I, pt. 5 ; J. PAZDAN, *Pełnomocnictwo w prawie prywatnym międzynarodowym*, *op. cit.*, I, § 3, A-1 ; P. JABORNEGG et P. APATHY, *Kommentar zum HGB: Handelsgesetzbuch mit Firmenbuchgesetz und Handelsmaklerrecht*, Springer-Verlag, 1997, *passim*, spéc. p. 466, § 50.

¹⁴⁴⁰ F. RIGAUX, *ibid.* *Adde*, les auteurs cités, note 3.

¹⁴⁴¹ V. p. ex. : W. KUBALA, « Prokura - z problematyki pełnomocnictwa handlowego », *Pr. Sp.* 2000, n° 2, p. 11 ; T. SIEMIĄTKOWSKI, « W sprawie tzw. prokury oddziałowej », *Pal.* 1995, n° 5-6, p. 35 ; M. SMYK, thèse préc., II, I, pt. 5 ; J. PAZDAN, *Pełnomocnictwo w prawie prywatnym międzynarodowym*, *op. cit.*, I, § 3, B-2.

¹⁴⁴² F. RIGAUX, thèse préc., p. 22 ; Ph. STOFFEL MUNCK, « Le nouveau droit de la représentation et le contrat de mandat », in G. LARDEUX (dir.), *op. cit.*, p. 79.

¹⁴⁴³ *Cf. supra*, n° 73 (modèle germanique) et 155 (droit français).

Au sein du modèle germanique, en application du principe de dissociation des rapports interne et externe, le rapport interne n'est pas concerné par les dispositions relatives au pouvoir de représentation¹⁴⁴⁴. De par sa nature, il n'intéresse pas les tiers¹⁴⁴⁵ – qui sont étrangers à cette relation juridique – et revêt un caractère occulte¹⁴⁴⁶, les tiers n'étant pas censés connaître le contenu de cette relation. En effet, seul le pouvoir de représentation contenu dans le document de la procuration¹⁴⁴⁷ (l'*instrumentum*, soit l'écrit qui constate la substance de l'acte juridique¹⁴⁴⁸) est porté à la connaissance des tiers¹⁴⁴⁹. Partant, le lien interne est présenté en doctrine en opposition avec le lien externe¹⁴⁵⁰, qui désigne le rapport juridique liant le représenté au tiers¹⁴⁵¹.

498. Cette analyse – c'est-à-dire la dissociation juridique du rapport externe par rapport au rapport interne – est transposable au droit français, et s'impose même au regard de l'introduction récente de dispositions dédiées au *pouvoir* de représentation, dont il a pu être mis en évidence l'irréductible individualité par rapport à son support causal de référence (le contrat de mandat), tant au regard des textes de 1804, qu'au regard de ceux prévus dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux¹⁴⁵².

499. En droit des sociétés, l'objet du rapport interne est nécessairement plus vaste qu'en droit commun, du moins lorsque la fonction qu'il octroie correspond à une fonction directoriale, et non à une simple fonction de représentation qui, en tant que telle, ne correspond qu'à une fonction exécutive.

¹⁴⁴⁴ G. REINER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand », in D. MAZEAUD, *et al.*, *op. cit.*, pp. 24 et p. 35. Rapp. du PCCR, selon lequel le chapitre 6 consacré à la représentation « ne s'applique pas aux relations internes entre le représentant et le représenté » (article II. — 6 : 101, al 3 PCCR).

¹⁴⁴⁵ F. RIGAUX, thèse préc., p. 23.

¹⁴⁴⁶ F. RIGAUX, *ibid.*

¹⁴⁴⁷ La « *Vollmachtsurskunde* » en droit allemand et « *dokument pełnomocnictwa* » en droit polonais.

¹⁴⁴⁸ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Instrumentum ».

¹⁴⁴⁹ M. SMYK, *loc. cit.*

¹⁴⁵⁰ Z. RADWANSKI (réd.), *Prawo cywilne - część ogólna*, *op. cit.*, p. 330 ; M. MEKKI, « La distinction entre acte juridique et acte matériel à l'aune du contrat de mandat », in *Le mandat en question*, sous la dir. de B. Rémy, *op. cit.*, n° 48 et s.

¹⁴⁵¹ *Cf. infra*, n° 545.

¹⁴⁵² Cf. *supra*, n° 163 et s., spéc. n° 170 et s.

§ 2 – L’objet du rapport interne en droit des sociétés

500. Dans le contexte sociétaire, la mission des différentes personnes agissant pour le compte de l’être moral – mandataires sociaux, substitués, préposés subalternes – prend les contours d’une fonction¹⁴⁵³. Plus précisément, cette fonction est une fonction sociale pour les premiers, une fonction de gestion et/ou de représentation pour les seconds (le chargé de fonction se substitue aux dirigeants seulement dans l’exercice de la « fonction poste-de service », et non dans la « fonction-titre » (de mandataire social)¹⁴⁵⁴, et une fonction exécutive purement matérielle pour les derniers.

501. La fonction directoriale a, par hypothèse, un objet plus vaste que la mission du mandataire ordinaire, dans la mesure où, contrairement à ce dernier, l’intermédiaire – au sens de *medium* (organe, délégataire) – a également vocation à « engendrer » la volonté de l’être moral. La fonction directoriale ne saurait se réduire à la mission ou charge d’engager la société vis-à-vis des tiers ; son cœur réside bien au contraire dans la fonction de gérer la marche interne de l’activité sociale¹⁴⁵⁵ (la direction *stricto sensu*).

Dans le contentieux traitant de la responsabilité pénale du substitué en lieu et place du chef d’entreprise, l’effectivité de la substitution fonctionnelle est d’ailleurs appréciée à l’aune de l’autorité, de la compétence et des moyens du délégataire, attributs qui n’ont de sens qu’en considération du poste de service de direction occupé par ce dernier dans l’ordre interne.

La délégation d’une fonction purement représentative intéresse au contraire uniquement la question de l’engagement de la société vis-à-vis des tiers, au titre de la conclusion d’actes juridiques en son nom. Une telle délégation ne confère à son bénéficiaire que la qualité de représentant *stricto sensu*. Seuls les agents auxquels est déléguée la responsabilité d’un poste de service de gouvernance se voient, en pratique, affublés du titre de « directeur », de « cadre » ou de « haut cadre ».

En outre, comme il a été mis en évidence, le critère distinctif de la fonction directoriale est constitué par le pouvoir de décision, et non par le pouvoir de représentation qui, en tant que tel, ne constitue qu’un pouvoir d’exécution¹⁴⁵⁶.

¹⁴⁵³ Cf. *supra*, n° 265 (en ce qui concerne les premiers) et n° 363 et s. (en ce qui concerne les seconds).

¹⁴⁵⁴ Cf. *supra*, n° 271, et les références citées, note 837.

¹⁴⁵⁵ Cf. *supra*, n° 274 et s.

¹⁴⁵⁶ *Cf. supra*, n° 347 et s.

502. Cette délimitation claire et précise entre les différentes fonctions identifiées (de direction *stricto sensu* et de représentation d'une part, et de décision et d'exécution, d'autre part) est quelque peu mise à mal en présence de représentants dotés de pouvoirs légalement circonscrits par le législateur, comme c'est le cas des fondés de pouvoir dans le modèle germanique ou des représentants statutaires en droit français. En effet, en premier lieu, de tels représentant se trouvent, *en fait*, investis d'un pouvoir décisionnel corrélatif¹⁴⁵⁷. En second lieu, l'exercice d'un tel pouvoir de représentation peut se révéler comme participant de la mise en œuvre, à l'égard des tiers, d'une décision intéressant la gestion interne de la marche de l'activité sociale. Par exemple, le pouvoir de licencier le personnel rentre dans les pouvoirs légaux du fondé de pouvoir. Sur le plan interne, l'usage de cette prérogative traduit l'exercice d'une fonction de gestion du personnel. Dans ce cas de figure, la fonction représentative du représentant se trouve donc, en réalité, couplée avec une fonction de direction *stricto sensu*.

Sous cette réserve, soit lorsque le pouvoir du représentant ne s'accompagne d'aucune prérogative décisionnelle relative à la gestion ou au contrôle des affaires sociales, le représentant n'est qu'un simple exécutant : dans cette hypothèse, différents agents – au moins deux – concourent à la manifestation de la volonté sociale à l'égard des tiers : l'agent chargé de décider de la mesure – soit le véritable chargé de fonction directoriale – et celui (ceux) chargé(s) de son exécution (simple(s) exécutant(s)).

503. **Conclusion de la Section 1.** Conformément à la théorie dualiste, dans le cadre d'une opération effectuée par le biais de la représentation, le rapport interne investit exclusivement le représentant d'une charge ou mission de représentation, à l'exclusion de son moyen de mise en œuvre (le pouvoir de représentation). En droit des sociétés, cet objet endogène prend les contours d'une fonction, qui peut être une fonction sociale, directoriale ou exécutive en considération du titre en vertu duquel elle est exercée : un mandat social, une délégation fonctionnelle (lorsqu'elle confère à son titulaire un pouvoir décisionnel relatif à la gestion interne de l'activité sociale) ou un simple contrat de travail.

504. Contrairement au modèle germanique, le support juridique du mécanisme chargeant un tiers à l'organe directorial de l'exercice de fonctions directoriales est controversé en droit français.

¹⁴⁵⁷ Sur les liens entre ces deux catégories de prérogatives, v. *supra*, n° 347 et s.

Cette controverse pourra être résolue sans difficulté à l'aune de la théorie dualiste du mandat.

Section 2 / Le support juridique de la délégation fonctionnelle dans une perspective comparée

505. En droits allemand et polonais, l'exercice d'une fonction directoriale au sein de l'entreprise s'effectue sur le fondement d'un contrat réglementant les rapports internes entre les parties, c'est-à-dire entre la société, d'une part, et un mandataire social ou un tiers à l'organe directorial, d'autre part, contrat dit « de base ». Dans ces deux législations, ce contrat est habituellement un contrat de mandat, de service ou de travail (**Sous-section 1**).

Cette construction est transposable au droit français, et c'est plus spécifiquement le contrat de mandat, dans la compréhension dualiste que l'on peut en avoir, qui apparaît comme la convention la mieux adaptée pour recueillir la délégation fonctionnelle, dès lors que l'activité déléguée est de nature essentiellement juridique (**Sous-section 2**).

Sous-section 1 / Dans le modèle germanique : le contrat « de base »

506. Dans le modèle germanique, le rapport interne habilite les personnes agissant pour le compte d'une société à exercer une fonction dans la sphère sociale interne en même temps qu'il constitue la *causa* du pouvoir de représentation que ces derniers peuvent se voir octroyer afin de réaliser des actes de représentation (§ 1).

La relation à la fois causale et abstraite¹⁴⁵⁸ entretenue par la procuration et le rapport interne commande de préciser les fonctions du contrat de base (§ 2).

¹⁴⁵⁸ Cf. *infra*, n° 572 et s.

§ 1 – Le rapport interne : fondement de l'exercice d'une fonction dans la sphère sociale interne et cause du pouvoir de représentation

507. Si la procuration est une institution indépendante de l'acte pour la réalisation duquel elle est conférée¹⁴⁵⁹, celle-ci trouve son fondement ou sa cause (*causa*) dans le rapport juridique interne¹⁴⁶⁰. C'est ce qu'indiquent expressément les textes traitant de la représentation : le § 168 du B.G.B. vise en ce sens la procuration en lien avec le « *rapport juridique sur le fondement duquel elle a été conférée* »¹⁴⁶¹, et les articles 101 et 106 du Code civil polonais « *le rapport juridique constitutif du fondement de la procuration* »¹⁴⁶² (nous soulignons). C'est donc le rapport interne qui détermine le sens et le but de la représentation¹⁴⁶³. Comme le relève Monsieur DIDIER, si c'est « *dans le rapport avec les tiers qu'apparaît la représentation* », on ne saurait « *se limiter à cette constatation (...) [qui laisse] de côté la question de la cause de la dérogation [constituée par l'imputation des effets d'un acte dans le patrimoine d'autrui]* »¹⁴⁶⁴ : cette cause trouve son fondement dans le rapport interne.

508. Lorsqu'une procuration se trouve secondée par un lien interne, ce dernier rapport est qualifié de contrat *de base*, précisément en raison de la relation causale qui unit ces deux rapports juridiques (le rapport interne constitue la *base* ou fondement du pouvoir de représentation), tandis que la procuration est qualifiée de « *procuration liée* »¹⁴⁶⁵ ou

¹⁴⁵⁹ W. LUDWICZAK, *op. cit.*, p. 8.

¹⁴⁶⁰ F. RIGAUX, thèse préc., p. 51 ; G. REINER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand », in D. MAZEAUD, *et al.*, *op. cit.*, pp. 24 et s. ; Ph. DIDIER, thèse préc., p. 128 ; Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, n° 509, p. 394.

¹⁴⁶¹ Traduction de Cl. WITZ, *Code civil allemand*, *op. cit.*, p. 59, § 168, 1^{ère} phrase.

¹⁴⁶² Traduction libre.

¹⁴⁶³ Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, n° 508, p. 393 ; M. SMYK, thèse préc., II, I, pt. 5 ; A. SZPUNAR, « Stanowisko prawne pełnomocnika », art. préc., p. 67.

¹⁴⁶⁴ Ph. DIDIER, thèse préc., p. 128.

¹⁴⁶⁵ *Cf.* la littérature citée *supra*, note 1749.

« causale »¹⁴⁶⁶, par opposition à la « procuration isolée » fonctionnant en dehors de tout contrat de base¹⁴⁶⁷.

509. Le « contrat de base » (*Grundverhältnis*¹⁴⁶⁸ (all.), *stosunek podstawowy*¹⁴⁶⁹ (pl.)). Le rapport interne est un lien obligationnel que la doctrine qualifie de contrat de base¹⁴⁷⁰, ou, plus rarement, de « contrat d'exécution »¹⁴⁷¹, de « rapport sous-jacent »¹⁴⁷², voire, parmi les défenseurs de la théorie dualiste en droit français, de « contrat de gestion des affaires d'autrui »¹⁴⁷³. Le contrat de base « [explique] la raison d'être de l'action pour le compte d'autrui »¹⁴⁷⁴ et en détermine le contenu, à savoir les contours de la mission conférée à son bénéficiaire.

510. Le contrat de base, comme sa dénomination l'indique, procède d'un échange de volonté entre le représentant et le représenté (à la différence de la procuration, qui revêt une nature unilatérale¹⁴⁷⁵).

¹⁴⁶⁶ Cf. la littérature citée *supra*, note 1750.

¹⁴⁶⁷ Cf. la littérature citée *supra*, note 1751.

¹⁴⁶⁸ V. en doctrine française : Ph. DIDIER, thèse préc., n° 63, p. 40 ; M. MEKKI, in J.-Cl. Civil, v° « Mandat – Définition et caractères distinctifs », art. 1984 à 1990, fasc. 10, *op. cit.*, n° 5. En doctrine polonaise, v. : M. SMYK, thèse préc., II, I, pt. 5 ; A. SZPUNAR, « Stanowisko prawne pełnomocnika », art. préc., pp. 66 et s., et, du même auteur, « Udzielenie pełnomocnictwa », art. préc., pp. 27 et s. ; J. FABIAN, *op. cit.*, p. 39. V. égal. au sein de la doctrine allemande, sur les rapports entre la procuration et le contrat de base en droits suisse et allemand : A. SCHNURRENBERGER, *Vollmacht und Grundverhältnis nach schweizerischem und deutschem Recht* (Diss.), Basel, 1969.

¹⁴⁶⁹ Littéralement, « le rapport de base » : v. p. ex. : M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 80 ; W. KUBALA, « Prokura - z problematyki pełnomocnictwa handlowego », art. préc., p. 11 ; T. SIEMIĄTKOWSKI, « W sprawie tzw. prokury oddziałowej », art. préc., p. 35 ; M. SMYK, *ibid.*

¹⁴⁷⁰ Ch.-W. CHEN, thèse préc., n° 54, p. 34 ; S. ASENSIO, art. préc., n° 19 ; R. SCHULTZE, « La représentation - propos introductifs », in D. MAZEAUD *et al.* (dir.), *op. cit.*, p. 15 ; M. MEKKI, in J.-Cl. Civil, v° « Mandat – Définition et caractères distinctifs », art. 1984 à 1990, fasc. 10, *op. cit.*, n° 82 ; A. GILSON-MAES, thèse préc., n° 116 ; C. MANGEMATIN, thèse préc., n° 70.

¹⁴⁷¹ V. par. ex. : M. FROMONT, A. RIEG (dir.), *Introduction au droit allemand*, *op. cit.*, p. 59.

¹⁴⁷² G. REINER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand », in D. MAZEAUD, *et al.*, *op. cit.*, pp. 24 et s.

¹⁴⁷³ J.-F. QUIEVY, *ibid.*, n° 119, pp. 207-208. Rappr. T. GENICON, « Mandat et représentation », in B. REMY (dir.), *op. cit.*, n° 68, pp. 66-67.

¹⁴⁷⁴ Ch.-W. CHEN, thèse préc., n° 80, p. 47. Les conséquences de la relation causale entre la procuration et le contrat de base seront analysées ultérieurement, à l'occasion de l'étude des limites du principe d'abstraction dans le modèle germanique : cf. *infra*, n° 596 et s.

¹⁴⁷⁵ Cf. *infra*, n° 579.

La qualité de ces deux agents dans les rapports internes (mandant/mandataire ; employeur/salarié ; client/prestataire de service, etc..) sera déterminée par la nature juridique du contrat de base. En effet, la dissociation juridique formelle entre le contrat de mandat et le pouvoir de représentation dans le modèle germanique a permis que, dans le cadre d'une opération réalisée au moyen de la représentation, le rapport interne soit contenu non seulement dans un contrat de mandat, mais encore dans tout autre contrat¹⁴⁷⁶.

511. La nature juridique du contrat de base dans la pratique. Pour l'accomplissement des actes de la vie courante entre particuliers par le biais du mécanisme de représentation, comme pour l'achat d'un bien mobilier, une procuration pour effectuer un acte déterminé¹⁴⁷⁷ est conférée à un intermédiaire pour l'habiliter à conclure l'achat projeté avec un tiers (donc à agir *au nom* du constituant). Cette procuration est généralement complétée, dans les rapports internes¹⁴⁷⁸, par un contrat de mandat dont l'objet est de préciser les modalités de la mission confiée à l'intermédiaire (mais également les droits et obligations respectifs des parties)¹⁴⁷⁹. Dans la mesure où il régit strictement les rapports internes (le contenu de l'action *pour le compte* du constituant¹⁴⁸⁰), le mandat seul ne permet pas de produire les effets de la représentation : en droit polonais,

¹⁴⁷⁶ Cf. *supra*, n° 493.

¹⁴⁷⁷ « *Pełnomocnictwo do poszczególnej czynności* », prévu à l'article 98 K.C., *in fine* (autrement qualifiée de procuration spécifique, « *pełnomocnictwo szczególne* », individuelle, « *indywidualne* » ou spéciale, « *specjalne* »). *Nota* : le Code civil allemand ne propose pas de typologie des différentes procurations en fonction de leur étendue, comme c'est le cas en droit français et polonais. Toutefois, une typologie similaire aux droits français et polonais se retrouve dans la littérature allemande, qui distingue la « *Generalvollmacht* » (procuration générale), la « *Gattungsvollmacht* » (procuration pour certaines affaires), et la « *Sonder- oder Spezialvollmacht* » (procuration spéciale) : H. LEHMANN, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin 1952, p. 295 ; H. SCHULTZE v. LASAULX in H.T. SOERGEL, *op. cit.*, p. 842 ; D. MEDICUS, *op. cit.*, p. 348 ; H. BROX, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1996, p. 237 ; W. THIELE, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, *op. cit.*, p. 1105 ; B. RÜTHERS, *Allgemeiner Teil des BGB*, München, 1980, p. 255 ; K.H. SCHRAMM, *op. cit.*, pp.1462-1463 ; O. JAUERNIG, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, München, 1994, p. 124 ; H. HEINRICHS in O. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. I, *Allgemeiner Teil des BGB*, München, 1998, p. 165 ; K. LARENZ, M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 2004, pp. 880 et 881 (cités par M. SMYK, thèse préc., note 689).

¹⁴⁷⁸ Du principe d'abstraction de la représentation résulte le caractère facultatif du rapport interne (cf. *infra*, n° 587 et s.). En conséquence de ce même principe, sa nullité ou les vices qui l'affectent n'ont pas d'effet sur la procuration qui a été donnée : (cf. *infra*, n° 583).

¹⁴⁷⁹ Cf. *infra*, n° 515 et s., sur les fonctions du contrat de base.

¹⁴⁸⁰ Ce contrat est défini en droit allemand comme la convention par laquelle « *le mandataire assume l'obligation de s'occuper gratuitement pour le compte du mandant de l'affaire confiée par celui-ci* » (§ 662 B.G.B., traduction de G. LARDEUX *et al.*, *op. cit.*, p. 248) et, en droit polonais, comme le contrat qui « *engage le mandataire à effectuer un acte juridique déterminé pour le compte du mandant* » (traduction libre de l'article 734, § 1, K.C.).

l'article 104 K.C. précise que si un acte juridique unilatéral est réalisé au nom d'autrui en l'absence de procuration, ou en dépassement de celle-ci, ce dernier est frappé de nullité ; en présence d'un contrat, l'efficacité de l'acte dépendra, tout comme en droit allemand (§ 177, 1^{er} alinéa B.G.B.) de sa ratification par le représenté (article 103, § 1, K.C.).

512. Dans le contexte sociétaire, de même qu'un contrat relevant du droit civil ou du droit du travail peut encadrer l'exercice des fonctions d'un mandataire social dans l'ordre interne¹⁴⁸¹ (c'est initialement le contrat social qui fait office, à leur égard, de contrat de base¹⁴⁸²), un tel contrat peut également viser l'accomplissement de fonctions directoriales par des personnes extérieures à l'organe de direction, en particulier par un fondé de pouvoir. Dans ce cas, comme dans le droit commun, le contrat de base « concernera [exclusivement] la relation juridique qui existe entre le fondé de pouvoir et l'entreprise qui l'a institué, à raison du contrat conclu entre eux »¹⁴⁸³. Selon les termes d'un auteur, cette « habilitation à diriger [conduire les affaires sociales] peut s'appuyer aussi bien sur un rapport relevant du droit du travail que sur d'autres fondements, tel un contrat de droit civil [ou] un acte organisationnel interne (...) [notamment les statuts] ou une décision de justice (...) »¹⁴⁸⁴. Outre le contrat de mandat¹⁴⁸⁵, dans la plupart des hypothèses, le contrat de base sera donc constitué par un contrat de travail¹⁴⁸⁶, de service¹⁴⁸⁷ ou de louage.

Comme le relève la doctrine polonaise, les personnes investies de fonctions directoriales dans l'ordre interne forment simplement « une catégorie particulière de travailleurs en raison de la place qu'ils occupent dans la structure hiérarchique interne

¹⁴⁸¹ Cf. *supra*, n° 215 et 216.

¹⁴⁸² Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, n° 508, p. 393 ; S. ASECIO, art. préc., n° 19 ; F. FERRAND, *Droit privé allemand*, *op. cit.*, n° 839 et s. (donnant pour exemple le cas du gérant de la société à responsabilité limitée allemande). C'est, au niveau de ce rapport interne que se manifeste, dans le modèle germanique, la liberté contractuelle : Cl. WITZ, *ibid.* ; S. ASECIO, *ibid.* ; F. FERRAND, *ibid.* ;

¹⁴⁸³ M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 80 (traduction libre).

¹⁴⁸⁴ A. DRAL, « Podstawowe kryteria różnicowania statusu prawnego pracowników zarządzających w imieniu pracodawcy zakładem pracy », *Mon. praw. pracy* 2014, n° 3, p. 123, ainsi que la doctrine citée, note 8 : T. DURAJ, *Podporządkowanie pracowników zajmujących stanowiska kierownicze w organizacjach*, Warszawa 2013, pp. 200–201.

¹⁴⁸⁵ V. par ex., M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 81 ; W. KUBALA, « Prokura - z problematyki pełnomocnictwa handlowego », art. préc., p. 11 ; T. SIEMIĄTKOWSKI, « W sprawie tzw. prokury oddziałowej », art. préc., p. 36.

¹⁴⁸⁶ V. par ex., J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 18 ; M. KASPRZYK, *loc. cit.* ; W. KUBALA, *loc. cit.* ; T. SIEMIĄTKOWSKI, *loc. cit.*

¹⁴⁸⁷ V. par ex., M. KASPRZYK, *loc. cit.* ; T. SIEMIĄTKOWSKI, *loc. cit.*

[à son sommet] *ainsi qu'en raison de la particularité de leur fonction (c'est-à-dire de la nature du travail qu'ils effectuent)* »¹⁴⁸⁸. Parmi ces derniers, le législateur polonais réglemente spécialement la situation des personnes qui dirigent une « entité économique »¹⁴⁸⁹ ou une partie de cette entité, au titre d'un contrat de travail (article 128 § 2 du Code de travail polonais) ou d'un contrat de droit civil (*ibid.*, art. 241²⁶ § 2), fonction qui peut naturellement être exercée par un fondé de pouvoir¹⁴⁹⁰. Dans la sphère sociale interne, ces « chefs d'unité » « *représentent [au sens large] l'employeur à l'égard des salariés (...) et les directives qu'ils [leur] adressent (...) sont réputées émaner de ce dernier* »¹⁴⁹¹.

513. La même construction, consistant dans la combinaison de rapports juridiques distincts, intéresse naturellement les simples préposés subalternes dans le modèle germanique, lorsque la fonction de ces agents requiert l'accomplissement d'une certaine catégorie d'actes juridiques au nom du constituant. Dans cette hypothèse, leur contrat de travail sera complété par une procuration spéciale¹⁴⁹² ou générale¹⁴⁹³ aux fins de les habiliter à réaliser tous les actes juridiques inhérents et nécessaires à leur(s) fonction(s) (ce qui inclut par exemple le pouvoir qu'un transporteur a d'émettre une facture au nom de son commettant aux fins de réparer son véhicule).

514. Au regard de la relation causale unissant le rapport externe et interne, et de la possibilité d'engager autrui en dehors du tout engagement obligationnel (ce dernier étant facultatif¹⁴⁹⁴), il convient de s'interroger sur les fonctions remplies par le contrat de base.

¹⁴⁸⁸ A. DRAL, art. préc., p. 122.

¹⁴⁸⁹ La jurisprudence française définit l'entité économique comme « *un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre* » : Cass. soc., 7 juill. 1998, n° 08-40.393.

¹⁴⁹⁰ https://kadry.infor.pl/kadry/zbiorowe_prawo_pracy/uklady_zbiorowe_pracy/104848.3.Wyrok-SN-z-dnia-8-grudnia-2005-r-sygn-I-PK-12505.html

¹⁴⁹¹ A. DRAL, art. préc., p. 123.

¹⁴⁹² Article 98 K.C, préc., note 1477.

¹⁴⁹³ « *Pełnomocnictwo ogólne* » en droit polonais (article 98 K.C.), et « *Generalvollmacht* » en droit allemand (*cf. supra*, note 1477).

¹⁴⁹⁴ *Cf. supra*, p. 73.

§ 2 – Les fonctions du contrat de base

515. Le contrat de base renseigne d’abord, comme vu précédemment¹⁴⁹⁵, sur le sens et le but des actes de représentation. Également, c’est dans ce rapport obligationnel que les modalités d’exercice de la mission octroyée sont convenues et formalisées entre les parties. Une obligation quelconque ne peut, par définition, être contenue que dans le contrat de base, à l’exclusion de la procuration¹⁴⁹⁶, dans la mesure où celle-ci procède d’un acte juridique unilatéral¹⁴⁹⁷.

516. **La détermination des obligations et devoirs respectifs des parties.** Le contrat de base impose généralement des obligations au chargé de fonction, obligations positives (par exemple un devoir de loyauté¹⁴⁹⁸) ou négatives (obligation d’abstention). À titre d’exemple, le rapport interne contient fréquemment des clauses de non-concurrence¹⁴⁹⁹. Le contrat de base permet encore de définir ses droits¹⁵⁰⁰ (soit les obligations du maître de l’affaire à son encontre), notamment sa rémunération¹⁵⁰¹ ou le remboursement des frais¹⁵⁰² qu’il aura engagés pour accomplir sa mission. Certains des obligations et devoirs incombant aux parties découleront directement de la réglementation du contrat choisi par ces dernières pour formaliser leur relation dans l’ordre interne (mandat, louage, contrat de travail...¹⁵⁰³).

517. En raison de l’étendue quasi-illimitée de l’habilitation du fondé de pouvoir, un contrat de base accompagne généralement l’attribution de cette procuration spéciale dans

¹⁴⁹⁵ Cf. *supra*, n° 507.

¹⁴⁹⁶ R. LONGCHAMPS DE BERIER, *Zobowiązania*, (oprac. J. Górski), Poznań, 1948, p. 130, A. SZPUNAR, « Udzielenie pełnomocnictwa », art. préc., p. 24 ; J. STRZEBIŃCZYK in *Kodeks cywilny. Komentarz*, E. GNIEWEK (éd.), Warszawa, 2008, p. 242.

¹⁴⁹⁷ Cf. *supra*, n° 579.

¹⁴⁹⁸ G. REINER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand », in D. MAZEAUD *et al.*, *op. cit.*, p. 24.

¹⁴⁹⁹ M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 81.

¹⁵⁰⁰ Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, n° 508, p. 393 ; L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 36.

¹⁵⁰¹ Cl. WITZ, *ibid.* ; F. RIGAUX, thèse préc., p. 24.

¹⁵⁰² Cl. WITZ, *ibid.* ; F. RIGAUX, *ibid.*.

¹⁵⁰³ Cf. *supra*, n° 511 à 513 pour des exemples de contrats de base.

un autre objectif : celui de délimiter ou de préciser la nature de la mission de ce représentant dans les rapports internes.

518. La délimitation de la mission du titulaire d'une prokura dans les rapports internes. La coexistence de la prokura avec un contrat de base correspond à une construction comparable à celle consacrée dans les textes par le législateur français en ce qui concerne, par exemple, les directeurs généraux délégués des SA monistes. En effet, dans les rapports externes, l'étendue des pouvoirs de ces représentants statutaires est impérativement définie par les textes : ils disposent des mêmes pouvoirs que le représentant légal en application de l'article L. 225-56, II, alinéa 2, du Code de commerce. Toutefois, cet article précise que dans l'ordre interne, leur champ d'action est déterminé par le conseil d'administration en accord le directeur général (*ibid*, alinéa 1^{er}). La délimitation interne des pouvoirs des directeurs généraux délégués consacrée par cette disposition correspond précisément à l'objet du contrat de base en ce qui concerne le fondé de pouvoir. À titre d'exemple, le contrat de base va permettre au constituant d'obliger le fondé de pouvoir à requérir ses instructions avant d'accomplir des actes dans la sphère externe¹⁵⁰⁴, de restreindre sa mission à un domaine d'activité¹⁵⁰⁵, comme l'achat de matières premières¹⁵⁰⁶, ou de lui interdire la passation de certains actes¹⁵⁰⁷, comme les opérations de cautionnement¹⁵⁰⁸. Il peut encore décider de subordonner l'accomplissement de ceux-ci à l'accord d'un ou plusieurs autres organes, ou encore limiter le montant à partir duquel le fondé de pouvoir ne devra pas engager seul l'entreprise¹⁵⁰⁹.

Les exemples de limitations internes sont en pratique extrêmement nombreux. Toutefois, celles-ci n'ont qu'une portée interne. À l'instar des pouvoirs externes des directeurs généraux délégués des SA monistes, l'étendue de la prokura est en effet impérativement fixée par le législateur. L'acte passé par le fondé de pouvoir en violation des stipulations contenues dans son contrat de base est valable. Il ne sera possible, pour l'entrepreneur représenté, de sanctionner les agissements du fondé de pouvoir qu'en

¹⁵⁰⁴ L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 37.

¹⁵⁰⁵ L. MOSKWA, *ibid*.

¹⁵⁰⁶ J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 17.

¹⁵⁰⁷ L. MOSKWA, *loc. cit.* ; W. KUBALA, « Prokura - z problematyki pełnomocnictwa handlowego », art. préc., p. 11 ; T. SIEMIĄTKOWSKI, « W sprawie tzw. prokury oddziałowej », art. préc., p. 36. V. pour des exemples de restrictions, J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 23.

¹⁵⁰⁸ M. FROMONT, A. RIEG (dir.), *Introduction au droit allemand, op. cit.*, p. 380.

¹⁵⁰⁹ L. MOSKWA, *loc. cit.*

engageant sa responsabilité contractuelle en cas de préjudice causé à la société ou en révoquant son pouvoir.

519. Nous avons vu que, dans le modèle germanique, différents types de conventions – tombant sous la qualification générique de contrat de base – pouvaient servir de support à l'exercice de fonctions dans la sphère sociale interne, quelle que soit leur nature (fonctions sociales, directoriales ou salariés).

En ce qui concerne les fonctions de nature directoriale, le support juridique fondant leur exercice par un tiers à l'organe directorial est, à la différence du modèle germanique, controversé en droit français. Il apparaîtra que celle-ci pourra être aisément résolue à l'aune de la théorie dualiste du mandat.

Sous-section 2 / Identification du support juridique de la délégation fonctionnelle en droit français

520. En droit français, il est possible d'analyser la délégation fonctionnelle comme un contrat de gestion dont l'objet est d'attribuer conventionnellement à un tiers l'exercice d'une fonction directoriale en lieu et place du chef d'entreprise dans la sphère sociale interne. On trouve un exemple de délégation fonctionnelle organisée dans les textes, avec la figure des gérants de succursale. Ainsi, le contrat de gérance-mandat est défini par l'article L. 146-1 du Code de commerce comme la convention par laquelle le chef d'entreprise « fixe [aux gérants] une mission, en leur laissant toute latitude, dans le cadre ainsi tracé, de déterminer leurs conditions de travail, d'embaucher du personnel et de se substituer des remplaçants dans leur activité à leurs frais et sous leur entière responsabilité ».

Dans la plupart des hypothèses, ce mécanisme n'existe pas de manière autonome, mais constitue, pour reprendre la formule d'un auteur, un « *contrat de superposition* »¹⁵¹⁰. En effet, dans la pratique, la délégation s'insère, se « superpose » à un autre rapport

¹⁵¹⁰ V. THOMAS, « La délégation de pouvoirs peut être permanente », note préc., n° 3, et, du même auteur, « Qui peut déléguer ses pouvoirs dans la société ? », in Colloque Dijon, préc., n° 2.

juridique constitué le plus souvent par un contrat de travail¹⁵¹¹ ou, en son absence¹⁵¹², à tout le moins, à l'organisation légale de la structure sociale¹⁵¹³.

La délégation vient donc le plus souvent compléter le contrat de travail sous la forme d'une clause, que la doctrine rattache de manière quasi-unanime à la qualification de mandat ou de mandat spécial¹⁵¹⁴.

521. Dans la construction prétorienne du régime de la délégation, les juges ont fait échapper deux éléments à l'application du droit commun du mandat, circonstance qui a amené une partie de la doctrine à récuser la qualification de mandat au sujet de cette technique. Nous verrons toutefois que l'effet pénal de la délégation fonctionnelle (§ 1) ainsi que son maintien en cas de cessation des fonctions du constituant (§ 2) ne remettent pas en cause la qualification de mandat appliquée à l'institution ; ces éléments révèlent simplement que la délégation fonctionnelle est un mandat spécial, car il porte sur l'exercice d'une *fonction* : les spécificités de la fonction par rapport à la mission du mandataire de droit commun rejaillissent simplement sur cette figure contractuelle en lui conférant une coloration particulière.

§ 1 – L'effet pénal de la délégation fonctionnelle

522. Lorsque les conditions d'exercice de la fonction déléguée sont pénalement sanctionnées et que le délégataire peut être identifié comme étant son titulaire effectif (à raison de son autorité, de ses moyens et de sa compétence), la délégation va produire certains effets inhabituels à la qualité de mandataire : la substitution du délégataire-mandataire dans les responsabilités pénales du chef d'entreprise¹⁵¹⁵, et l'imputation à la personne morale de ses actes matériels constitutifs d'une infraction pénale¹⁵¹⁶.

¹⁵¹¹ D. GIBIRILA, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 7. V. par ex., Cass. soc., 8 juill. 2009, n° 09-60.021 (délégation contenue dans un avenant au contrat de travail) – Crim., 23 févr. 1988, n° 87-84.160 : *Bull. crim.*, n° 93 (délégation contenue dans une clause du contrat de travail). – Crim., 21 déc. 1982, *Bull. crim.* n° 410 (la Cour qualifie la délégation fonctionnelle de « modalité d'exécution du contrat de travail »).

¹⁵¹² La délégation peut également être contenue, à titre d'exemple, dans une lettre d'information ou un document présentant l'organigramme de l'entreprise : E. TERNYNCK, art. préc., spéc. p. 43.

¹⁵¹³ V. THOMAS, « La délégation de pouvoirs peut être permanente », note préc., n° 3.

¹⁵¹⁴ *Cf. supra*, n° x.

¹⁵¹⁵ *Cf. infra*, n° 771 et s.

¹⁵¹⁶ *Cf. infra*, n° 799 et s.

Ces deux phénomènes, bien qu'inhabituels, ne sont pas incompatibles avec la qualification de mandat, du moins dans la compréhension dualiste de ce contrat¹⁵¹⁷, entendu strictement comme un contrat de gestion des affaires d'autrui.

523. **Particularité des effets de la délégation fonctionnelle en matière pénale par rapport au mandat de droit commun en droit français.** Dans le droit commun du mandat, les faits matériels du mandataire et les infractions qu'il pourrait commettre à l'occasion de l'exécution de sa mission lui sont personnels. En effet, en matière pénale, le mandant n'engage sa responsabilité que s'il est coauteur ou complice des méfaits commis par son mandataire, ou encore s'il est à l'origine d'une infraction distincte, conformément au principe selon lequel « *nul n'est responsable que de son propre fait* » (article 121-1 du Code pénal).

En droit français, la délégation fonctionnelle efficace en matière pénale a semblé-t-il, au contraire, pour effet de « transférer » sur la tête du délégataire les responsabilités pénales incombant, en application des textes, au chef d'entreprise. Une partie de la doctrine estime en outre que ce prétendu effet translatif de responsabilités reposerait lui-même sur un transfert de pouvoirs du délégant vers le délégataire, interprétation qui, si elle est vérifiée, exclurait naturellement la délégation de la qualification de mandat¹⁵¹⁸.

Aucune de ces propositions ne résiste en vérité à l'analyse des principes gouvernant l'organisation de la société et du fondement de la responsabilité pénale du substitut en lieu et place du chef d'entreprise. L'absence d'effet translatif de la délégation se vérifiera tant en ce qui concerne les fonctions incombant au mandataire social (A), que pour sa responsabilité pénale (B).

A) *La délégation n'opère pas de transfert fonctionnel*

524. Nombreux sont les auteurs, en doctrine française, à considérer que le mécanisme de « délégation de pouvoirs » opère un transfert de pouvoirs de l'organe délégant vers le délégataire¹⁵¹⁹. Il s'agit là, il est vrai, d'une propriété qu'on retrouve habituellement dans

¹⁵¹⁷ Cf. *supra*, n° 174, et la littérature citée, note 577.

¹⁵¹⁸ Le critère tenant à l'absence de dessaisissement du mandant est invoquée en doctrine comme un élément caractéristique du mandat (v. par ex., Ph. Le TOURNEAU, *Rép. civ.*, *Dalloz*, v° « Mandat », *op. cit.*, n° 65 ; A. GILSON-MAES, thèse préc., n° 81 et 82) qui permet de distinguer les « vrais » des « faux » mandats : v. *ibid.*, n° 81 et s.

¹⁵¹⁹ V. par ex. D. GIBIRILA, *Rép. soc. Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 7, pour qui « [l]e deuxième [élément caractéristique de la délégation] consiste en un dessaisissement du délégant au profit du

les techniques qualifiées de délégation en droit privé¹⁵²⁰. Pour ne citer qu'un exemple, en droit de la famille, la délégation de l'autorité parentale a pour effet de dessaisir le parent délégant de l'autorité parentale, qui est transférée sur la tête du délégataire (article 377, alinéa 1, du Code civil). Toutefois, le législateur a introduit, par une loi du 4 mars 2002¹⁵²¹, une seconde forme de délégation de l'autorité parentale, qualifiée en doctrine de « délégation-partage »¹⁵²², qui n'a pas pour effet de dessaisir le parent délégant, mais seulement d'attribuer à un tiers délégataire l'exercice de l'autorité parentale (article 377-1, alinéa 2, du Code civil).

525. En droit des sociétés, si l'effet translatif de pouvoirs de la délégation venait à être vérifié, il reposerait nécessairement sur un transfert fonctionnel corrélatif, les pouvoirs délégués n'étant que le pendant d'une fonction déléguée dans les rapports internes¹⁵²³. En d'autres termes, la possibilité de caractériser un transfert de fonction impliquerait le transfert des pouvoirs inhérents à son exécution, et inversement. C'est la raison pour laquelle la question de la prétendue propriété translatrice de la délégation sera analysée en considération de ces deux versants, soit de la fonction et des prérogatives qu'elle confère, notamment de représentation.

526. Il est incontesté que l'association à la gouvernance sociale réalisée par le biais d'une délégation doit impérativement se conformer à l'organisation légale de la société¹⁵²⁴.

*délégataire. Ce dernier ne peut normalement intervenir dans l'exercice des pouvoirs délégués, sauf le risque de se voir reprocher de s'immiscer dans l'activité du délégataire (...) » ; T. DALMASSO et A. BOURCEREAU, note préc., n° 17, affirmant que « [l]a délégation de pouvoirs suppose donc un dessaisissement total par le délégant des pouvoirs objet de la délégation, la moindre immixtion dans le ou les domaines délégués rendant la délégation purement et simplement caduque » ; P. DURAND-BARTHEZ, *Le guide de la gouvernance des sociétés 2021/22*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Guides Dalloz, 2020, p. 162, pour qui « le délégant se dessaisit d'une partie de ses pouvoirs » ; V. ORIF, art. préc., n° 2 ; B. BEDARIDE et S. PLA BUSIRIS, art. préc., n° 13 ; F. MARMOZ, « Le pouvoir de licencier dans les SAS », note préc., p. 346 ; J. CALVO, « La délégation de pouvoirs en matière pénale », LPA, vol. 152, août 1999, p. 2 (éd. élec.).*

¹⁵²⁰ Ainsi, dans sa thèse consacrée à l'élaboration d'une théorie générale de la délégation de pouvoir en droit privé, Monsieur MARMOZ décrit la délégation comme le « transfert de l'exercice d'un pouvoir » : thèse préc., n° 202. V. égal. pour une définition générique de la délégation : G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « délégation », I, n° 1 : « Opération parfois permise par le Droit par laquelle le titulaire d'une fonction (ou, plus rarement, l'autorité qui le contrôle) en transfère l'exercice à une autre personne ».

¹⁵²¹ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

¹⁵²² C. NEIRINCK, in J.-Cl. Civil, v° « Autorité parentale », art. 371 à 387, fasc. 30, janv. 2018, spéc. n° 22 et s.

¹⁵²³ Cf. *supra*, n° 362.

¹⁵²⁴ P. MERLE et A. FAUCHON, *op. cit.*, n° 489, pp. 575-576 ; A. TADROS, art. préc., n° 5 ; D. GIBIRILA, *Rép. soc. Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 82.

Or, l'analyse des règles encadrant cette organisation exclut l'interprétation selon laquelle la délégation opérerait un quelconque transfert de fonctions et donc, corrélativement, des pouvoirs inhérents à son exécution. Autrement dit, la délégation étudiée emprunte nécessairement la même logique que la « délégation-partage » connue du droit de la famille, au vu des principes régissant l'organisation et la répartition des fonctions sociales, dont il convient de rappeler la teneur.

527. **L'existence d'une structure légale préétablie.** En premier lieu, tout groupement fait l'objet d'une organisation légale, autrement dit d'un moule juridique prédéterminé ou d'une « *structure théorique* »¹⁵²⁵ définie par la loi. En droit français, les contours de l'architecture sociétaire sont principalement issus du dispositif de la loi de 1966¹⁵²⁶. Celle-ci s'ordonne autour d'organes impératifs, qui sont propres à chacune des formes sociales prévues par le législateur. La structure du groupement doit être conforme à la forme sociale choisie par les associés : ces derniers sont dans l'obligation d'instituer les organes légaux imposés par cette forme sociale. Seule la SAS française laisse une grande liberté d'aménagement, avec une réserve, qui consiste dans l'institution impérative d'un président. Comme le précisent des auteurs, « *le moule légal est un cadre à prendre tel quel ou à laisser, il n'appartient ni aux statuts ni à un quelconque montage contractuel de l'altérer* »¹⁵²⁷. En d'autres termes, l'organisation légale des sociétés anonymes ou des

¹⁵²⁵ Selon l'expression empruntée à D. VIDAL, F. MASQUELIER et N. SIMON DE KERGUNIC, « La délégation de pouvoirs dans la société anonyme », *Actes prat. ing. Sociétaire*, vol. 50, mars 2000, n° 12.

¹⁵²⁶ Avant la loi de 1966, le législateur français avait déjà eu l'occasion d'introduire des dispositions relatives aux organes de direction à l'occasion de la création de la S.A.R.L. en 1925, ainsi que dans la loi du 16 novembre 1940 relative aux sociétés commerciales, à propos de la SA : Ph. DIDIER, « L'évolution de la représentation de la société depuis la loi de 1966 », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CORNAC (dir.), *op. cit.*, n° 5, p. 73.

¹⁵²⁷ J. MESTRE, D. VELARDO et C. BLANCHARD-SEBASTIEN, *Lamy sociétés commerciales*, Wolters Kluwer, juill. 2021, n° 40.

sociétés à responsabilité limitée présente un caractère impératif¹⁵²⁸ et relève d'un ordre public sociétaire¹⁵²⁹ « *absolu, insusceptible d'aménagement* »¹⁵³⁰.

En second lieu, chaque organe social se voit conférer par les textes un certain nombre d'attributions. La répartition de ces attributions relève également de cet ordre public sociétaire impératif.

528. Les principes gouvernant la répartition des pouvoirs – et donc des fonctions – dévolus aux organes sociaux. La répartition des pouvoirs entre les organes du groupement est gouvernée par les principes de hiérarchie, de séparation et de spécialité¹⁵³¹, qui sont d'ordre public. En application de ces principes, chaque organe doit exercer personnellement les pouvoirs qui lui ont été attribués de manière impérative par les textes¹⁵³². C'est la raison pour laquelle il n'est pas possible de bouleverser – de façon conventionnelle (par le biais des statuts¹⁵³³ ou d'une délégation ordinaire¹⁵³⁴) – la répartition légale des pouvoirs (et donc des fonctions) dévolues aux organes par le législateur en les dépouillant de leurs attributions, que ce soit à l'échelle organique (aucun organe ne peut se substituer à un autre) ou à l'échelle extra-organique (une personne n'ayant

¹⁵²⁸ En jurisprudence, v. l'arrêt Motte du 4 juin 1946, préc., confirmé ultérieurement : Cass. civ., 11 juin 1965, n° 63-10.240 : *Bull. civ.* III, n° 361, R.T.D. com. 1965, p. 861, obs. obs. HOUIN : « *si les statuts peuvent aménager, au mieux des intérêts sociaux, les modalités de l'administration et de la direction, cette liberté s'exerce sous la condition expresse d'absence de bouleversement des principes généraux de hiérarchie et de compétence des divers rouages institués par la loi* ». – CA Aix, 28 sept. 1982, *Rev. soc.* 1983, p. 773, note MESTRE : les juges observent que « *les textes fixent de manière impérative les pouvoirs et prérogatives des différents organes de la société* » ; qu'ainsi, « *le président ne [pouvait] valablement renoncer au profit d'un tiers à exercer ses pouvoirs de direction* ». *Adde*, Com., 6 mai 1996, n° 93-16.558 : *Bull. civ.* IV, n° 127 ; *Bull. Joly* 1996. 821, note LE CANNU ; D. 1996. Somm. 346, obs. HALLOUIN.

¹⁵²⁹ Pour Monsieur GUYON, ces règles impératives relèvent d'un ordre public à la fois de protection (des tiers et des associés) et de direction : thèse préc., n° 9.

¹⁵³⁰ M.-C. MONSALLIER, thèse préc., n° 884 et s.

¹⁵³¹ Ces principes ont été consacrés en droit français dans le fameux arrêt Motte du 4 juin 1946, préc. : « *Attendu en effet que la société anonyme est une société dont les organes sont hiérarchisés et dans laquelle l'administration est exercée par un conseil, élu par l'assemblée générale ; qu'il n'appartient donc pas à l'assemblée générale d'empiéter sur les prérogatives du conseil en matière d'administration* ». Cette solution, rendue au sujet d'un conflit intervenu au sein d'une société anonyme, s'applique à l'ensemble des structures sociétaires.

¹⁵³² Dans ce sens, D. VIDAL, F. MASQUELIER et N. SIMON DE KERGUNIC, art. préc.

¹⁵³³ Arrêt Motte du 4 juin 1946, préc. – Cass. civ., 11 juin 1965, n° 63-10.240, préc.

¹⁵³⁴ Cass. com., 6 mai 1996, n° 93-16.558, préc. – CA Aix, 28 sept. 1982, préc. : « *le président ne peut valablement renoncer au profit d'un tiers à exercer ses pouvoirs de direction* ». – T. civ. Seine, 9 juill. 1953 : J.C.P. 1954. II. 8074, note J. R (le gérant ne saurait, par le biais de la délégation de pouvoirs, se faire remplacer par une autre personne).

pas la qualité de mandataire social ne saurait agir avec cette qualité ni se voir transférer l'exercice de fonctions sociales).

529. L'absence d'effet translatif de la délégation est particulièrement mise en évidence en ce qui concerne l'association d'un tiers à l'exercice de la fonction exécutive (représentative). La possibilité pour le chef d'entreprise de transférer l'exercice de cette fonction à des tiers se heurte au caractère impératif de ses attributions dans l'ordre externe. Doté « *des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société* »¹⁵³⁵, le chef d'entreprise ne saurait valablement opposer aux tiers un quelconque défaut de pouvoir de représentation tenant à son « transfert » dans les mains d'un délégataire. Imaginons par exemple un directeur général de société anonyme qui aurait « délégué » le pouvoir d'accorder des cautions, aval et garanties au nom de la société à un délégataire dans la limite de l'autorisation accordée par le conseil d'administration (article R. 225-28, alinéa 4, du Code de commerce). La société qui se serait portée garante de l'engagement d'un tiers par le biais de son directeur général (dans la limite de l'autorisation concédée par le conseil d'administration) ne saurait valablement invoquer son défaut de pouvoir pour échapper à la mise en œuvre de la garantie dans le cas où son bénéficiaire serait défaillant. Une autre hypothèse de délégation, consacrée dans les textes, permet au chef d'entreprise de déléguer le pouvoir de déclarer les créances sociales à un « *mandataire [représentant]* » (article L. 622-24, alinéa 2, du Code de commerce). Dans l'hypothèse où le directeur général d'une société anonyme aurait délégué à un tiers le pouvoir de déclarer les créances sociales, on n'imagine pas le débiteur défaillant opposer à son créancier le défaut de pouvoir du directeur général qui aurait personnellement accompli cet acte. En outre, les textes qui encadrent ces deux types de délégation ne font nullement référence à un quelconque transfert de pouvoirs sur le délégataire ayant pour effet de priver le délégant de la faculté d'exercer lui-même cette catégorie d'actes.

Aux travers de ces exemples, on voit que le pouvoir de représentation du chef d'entreprise – à l'instar de la fonction exécutive qui lui est sous-jacente – n'est en aucun

¹⁵³⁵ V., au sein du Code de commerce, les articles L. 223-18, al. 5 (SARL) ; L. 225-56, I, al. 1^{er} (SA moniste) ; L. 227-6, al. 1^{er} (SAS).

cas transféré au délégataire¹⁵³⁶, mais seulement attribué¹⁵³⁷ à ce dernier, de sorte que la délégation permet au substitut d'exercer les pouvoirs délégués concurremment à leur titulaire légal¹⁵³⁸. Ce principe n'est pas limité à la fonction exécutive, mais vaut pour l'ensemble des fonctions directoriales¹⁵³⁹.

En ce qui concerne strictement le pouvoir de représentation, on relèvera encore qu'une règle générale consacre dorénavant ce principe d'*attribution* à propos de la représentation volontaire¹⁵⁴⁰. En effet, le nouvel article 1159 du Code civil circonscrit le transfert du pouvoir de représentation du représenté au représentant – transfert forcé¹⁵⁴¹ – dans le cas où la représentation est de nature légale ou judiciaire¹⁵⁴². Ce même article précise, en son deuxième alinéa, que « [l]a représentation conventionnelle laisse au représenté l'exercice de ses droits ». Si la doctrine relève que cette règle a vocation à s'appliquer en l'absence de stipulation contraire¹⁵⁴³, il ne saurait y être dérogé en matière sociétaire, pour les raisons susmentionnées : il ne peut être porté atteinte aux fonctions impérativement dévolues par les textes au chef d'entreprise.

¹⁵³⁶ Dans ce sens, N. FERRIER, thèse préc., pp. 32-33, n° 19 ; L. NURIT-PONTIER, « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 040 ; T. DALMASSO et A. BOURCEREAU, note préc., n° 10. On relèvera qu'il s'agit là d'un point commun avec la délégation de droit public : comme l'écrit un auteur à son sujet, « [d]élégation n'est pas synonyme d'abandon de compétence, car l'autorité délégante ne perd pas sa compétence, elle ne fait qu'habiliter une autre autorité à l'exercer provisoirement (...) » : V. LARROSA, *Recherches sur la notion de hiérarchie en droit administratif français*, thèse, Toulouse, 1998, p. 300.

¹⁵³⁷ Expression utilisée par la Cour de cassation : v. Cass. com., 28 sept. 2004, n° 03-12.023 : *Bull.* 2004, IV, n° 173 p. 194. – Com., 7 février 1960 : *Bull. civ.* III, n° 77 ; R.T.D. com. 1966, p. 961, obs. R. HOUIN. V. égal. en doctrine : N. FERRIER, *ibid.* ; F. MARMOZ, thèse préc., n° 648 ; H. MOUSIT, thèse préc., pp., 420 et 433 ; R. MARTIN, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, thèse Nancy, 1977, n° 186 ; D. VIDAL, F. MASQUELIER et N. SIMON DE KERGUNIC, art. préc., pp. 5 et s., spéc. n° 101.

¹⁵³⁸ L. NURIT-PONTIER, « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 040 ; T. DALMASSO et A. BOURCEREAU, note préc., n° 10. Dans ce sens égal., par application du droit commun de la représentation conventionnelle, G. WICKER, « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », art. préc., n° 16, pour qui l'article 1159 du Code civil confirme que « le représenté, parce qu'il conserve les prérogatives dont il a délégué l'exercice, peut valablement les exercer lui-même, sans que l'acte accompli soit entaché de nullité ». En droit polonais, v. M. KASPRZYK, *loc. cit.*

¹⁵³⁹ Comp. L. NURIT-PONTIER, « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 002 et 040, pour qui « [l]a délégation de pouvoirs touche à l'exercice du pouvoir, elle n'en transfère pas la titularité ». Dans le même sens, v. N. FERRIER, thèse préc., n° 122 ; H. MOUSIT, thèse préc., p. 339, pour qui, « s'il y a substitution [du délégataire au délégant], c'est dans l'exercice du pouvoir et non dans sa titularité qui reste, dans tous les cas, attachée à l'organe qui en est légalement investi ».

¹⁵⁴⁰ Ph. DIDIER, « La représentation dans le nouveau droit des obligations », art. préc., p. 5 (éd. élec.).

¹⁵⁴¹ G. WICKER, « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », art. préc., n° 14.

¹⁵⁴² G. WICKER, *ibid.* ; N. DISSAUX, « Articles 1152 et suivants : la représentation », art. préc., II.

¹⁵⁴³ Dans ce sens, Ph. DIDIER, « La représentation dans le nouveau droit des obligations », art. préc., p. 5 (éd. élec.).

Cette différence d'effet entre les différents types de représentation est justifiée selon la doctrine dans la mesure où, contrairement à la représentation légale et judiciaire, la représentation conventionnelle « *constitue le moyen pour le représentant d'associer une personne qu'il choisit, le représentant, à l'exercice des prérogatives dont il conserve la titularité* »¹⁵⁴⁴ ; elle opère un « *clonage juridique qui ne porte pas atteinte aux facultés du modèle souche* »¹⁵⁴⁵. La technique de la délégation, habituellement présentée comme une technique d'*association* à la gouvernance sociale¹⁵⁴⁶, répond précisément à cette logique, à l'instar de la *prokura* dans le modèle germanique, puisque le fondé de pouvoir rempli, selon les termes de la doctrine, le rôle d'« alter ego » du chef d'entreprise¹⁵⁴⁷. À l'image de la délégation, la *prokura* n'a pas pour effet de transférer un quelconque pouvoir à son bénéficiaire¹⁵⁴⁸. Le fondé de pouvoir et son constituant sont dotés d'attributions parallèles¹⁵⁴⁹.

530. Un dernier élément atteste de l'absence d'effet translatif de la délégation, à savoir que, comme nous aurons l'occasion de l'approfondir à l'occasion de l'étude comparée des modalités d'action de la personne morale par le biais de ses organes et de ses substitués¹⁵⁵⁰, la substitution dans les fonctions du chef d'entreprise est nécessairement parcellaire, dans la mesure où ce dernier conserve la maîtrise de la fonction déléguée¹⁵⁵¹ et demeure tenu d'une obligation de surveillance de ses modalités d'exécution¹⁵⁵². En d'autres termes, l'exercice de la fonction n'est jamais abandonné entre les mains de son titulaire conventionnel. Cette circonstance caractériserait, en réalité, une gestion de fait du substitut¹⁵⁵³.

¹⁵⁴⁴ G. WICKER, *loc. cit.*

¹⁵⁴⁵ N. DISSAUX, « Articles 1152 et suivants : la représentation », art. préc., II.

¹⁵⁴⁶ *Cf. supra*, n° X et la littérature citée, note 1.

¹⁵⁴⁷ *Cf. supra*, n° 8, et la littérature citée, notes 43 (doctrine polonaise et française) et 44 (doctrine allemande).

¹⁵⁴⁸ M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 27.

¹⁵⁴⁹ M. KASPRZYK, *ibid.* V. égal. dans ce sens G. REINER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand », in D. MAZEAUD, *et al.*, *op. cit.*, p. 29, et la doctrine allemande citée, note 32 (Cl. SCHUBERT, *Münchener Kommentar*, t. I, 7^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2015, § 164), à propos de la procuration de droit commun.

¹⁵⁵⁰ *Cf. infra*, n° 692 et s., Titre II, Partie II.

¹⁵⁵¹ *Cf. infra*, n° 825.

¹⁵⁵² *Cf. infra*, n° 782.

¹⁵⁵³ *Cf. infra*, n° 819.

531. Si la délégation n'opère pas de transfert fonctionnel, une étude approfondie du fondement de la responsabilité pénale du substitut en lieu et place du chef d'entreprise permettra de mettre en évidence que cette technique n'a pas non plus pour effet de « transférer » sur la tête du délégataire les responsabilités pénales incombant initialement, en application des textes, au chef d'entreprise.

B) *L'absence d'effet translatif de responsabilités de la délégation*

532. En droit français, les effets inhabituels de la délégation en matière pénale par rapport au mandat de droit commun s'expliquent d'abord par l'objet particulier de ce contrat dans le contexte sociétaire : l'exercice d'une fonction directoriale, typologie de fonction à laquelle la loi rattache quasi-systématiquement des charges pénalement sanctionnées. Ils s'expliquent ensuite par les effets singuliers de ce contrat. La délégation fonctionnelle engendre en effet une situation juridique spécifique : elle opère « *substitution de la qualité d'employeur ou de chef d'entreprise* [en la personne du délégataire] »¹⁵⁵⁴ ; le chargé de fonction directoriale se trouve « *placé dans la même situation que le chef d'entreprise* »¹⁵⁵⁵, débiteur légal des obligations pénales.

Les effets inhabituels de la délégation fonctionnelle en matière pénale reposent, enfin, sur l'idée que la responsabilité pénale n'est pas – par principe – attachée au statut de chef d'entreprise (donc à la fonction-titre)¹⁵⁵⁶, mais à la fonction directoriale, entendue comme un poste de service¹⁵⁵⁷. Le délégataire occupant ce poste en lieu et place de son titulaire légal et dans les mêmes conditions que ce dernier (en considération de son autorité,

¹⁵⁵⁴ T. DALMASSO et A. BOURCEREAU, note préc., n° 9.

¹⁵⁵⁵ N. FERRIER, thèse préc.

¹⁵⁵⁶ Position que semblait avoir initialement adoptée la jurisprudence : v. par ex. Cass. crim. 7 déc. 1981 : *Bull. crim.* n° 525 (« *La responsabilité pénale pèse sur le chef d'entreprise auquel il appartient de veiller au respect de la législation* ») ; Crim. 22 oct. 1991, n° 89.86.770 (« *Le chef d'entreprise, tenu de veiller personnellement à la stricte et constante exécution des dispositions édictées, en vue d'assurer la sécurité des travailleurs est, en règle générale, pénalement responsable à cet égard sur ses chantiers* »). Dans un arrêt du 28 février 1956, la Cour a même considéré que le chef d'entreprise était un responsable du fait d'autrui (« *La responsabilité pénale peut naître du fait d'autrui dans les cas exceptionnels, où certaines obligations légales imposent le devoir d'exercer une action directe sur les faits d'un subordonné* » : 28 févr. 1956 : J.C.P. 1956. II. 9304. V. égal. Crim. 19 avr. 1997, *Droit pénal*, 1997, p. 15, jugeant que « *la présomption de responsabilité du dirigeant social qu'instituent les articles 52 et 244 de la loi du 24 juillet 1966, en ce qu'elle n'a pas pour objet de renverser la charge de la preuve, n'est pas contraire à la présomption d'innocence...* »).

¹⁵⁵⁷ Comp. H. MATSOPOULOU, « Le salarié prisonnier de la délégation de pouvoirs », in *colloque Dijon*, préc. p. 1 (éd. élec.), qui relève que la responsabilité pénale du chef d'entreprise « *repose sur la qualité de l'agent, ou plus exactement [elle] est attachée à la fonction exercée* ».

de ses moyens et de sa compétence), il en devient le titulaire effectif et, en même temps, la personne la mieux à même de prévenir les infractions dans son exécution.

Non pas comme un outil de transfert¹⁵⁵⁸ ou d'exonération¹⁵⁵⁹ de responsabilité pénale, la délégation fonctionnelle opère donc en réalité comme une cause de non-imputabilité pour le chef d'entreprise¹⁵⁶⁰, et d'imputabilité pour le délégataire fonctionnel¹⁵⁶¹.

533. Le rattachement de la responsabilité pénale à la fonction-poste de service plutôt qu'à la fonction-titre relève d'un choix de politique législative et jurisprudentielle. À titre de comparaison, certaines législations, à l'instar du droit polonais, excluent que la délégation fonctionnelle puisse substituer le délégataire dans les responsabilités pénales du chef d'entreprise, quand bien même cet effet aurait été voulu par les parties. Dans cette législation, l'association d'un tiers à l'exercice d'une fonction directoriale peut, tout au plus, avoir pour effet d'aménager et d'alléger la responsabilité pénale du chef d'entreprise dans les conditions prévues par les textes. Le régime de responsabilité applicable au substitut fait quant à lui l'objet de dispositions spéciales. On en conclut qu'à la différence du droit français, le droit polonais conçoit que la responsabilité pénale se rattache de manière irréductible à la fonction-titre (celle de mandataire social), et non à la fonction-poste de service, bien que l'exercice du poste de service par un tiers à l'organe directorial influe, dans certaines hypothèses, sur la responsabilité pénale du mandataire social d'une part, et de son substitut, d'autre part.

Par exemple, le législateur polonais admet que la délégation de la gestion de la comptabilité ait pour effet de mettre à la charge du substitut certaines des obligations et responsabilités afférentes au chef d'entreprise, sous son accord, tout en précisant que cette délégation ne peut avoir pour effet de libérer le chef d'entreprise de la responsabilité qui lui incombe au titre de son devoir de surveillance¹⁵⁶².

En ce qui concerne l'association d'un tiers à la fonction de prévention de l'hygiène et de la sécurité des travailleurs, le législateur polonais précise au contraire que le remplacement

¹⁵⁵⁸ En ce sens, v. B. BEDARIDE et S. PLA BUSIRIS, art. préc., n° 11 et s ; J. CALVO, art. préc., p. 2 (éd. élec.).

¹⁵⁵⁹ En ce sens, v. A. CHARVERIAT, art. préc., pt. 26, n° 1 et s.

¹⁵⁶⁰ C. MANGEMATIN, thèse préc., n° 705, p. 586. Comme l'affirme un auteur, « *il est moins question d'exonérer l'employeur d'une responsabilité qui continuerait à peser sur lui que de supprimer les sources mêmes d'une telle responsabilité* » : A. MAYNAUD, « Responsables et responsabilités », *Dr. social* 2000. 941, p. 946.

¹⁵⁶¹ C. MANGEMATIN, *ibid.* ; Y. MAYNAUD, *ibid.*, spéc. p. 945.

¹⁵⁶² Article 4, 5^{ème} alinéa, de la loi comptable du 29 sept. 1994 (ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości., Dz.U. 1994 n° 121 poz. 591).

fonctionnel n'influe pas sur la responsabilité de l'employeur¹⁵⁶³. Ainsi, à la différence de la fonction comptable à l'égard de laquelle le législateur polonais admet que les obligations attachées à son exercice puissent être scindées entre, d'un côté, le chef d'entreprise, et de l'autre, son substitut (le premier demeurant dans tous les cas tenu d'une obligation de contrôle), avec une répartition corrélative des responsabilités, les obligations et responsabilités du chef d'entreprise en matière d'hygiène et de sécurité des travailleurs lui sont, en application des textes, personnelles et à ce titre « indivisibles »¹⁵⁶⁴.

534. D'autres attributs spécifiques à la fonction par rapport à la mission de droit commun ont déjà été relevés, tel que son caractère permanent¹⁵⁶⁵. Cet attribut explique également une autre spécificité de la délégation fonctionnelle par rapport au contrat de mandat classique¹⁵⁶⁶ : l'indifférence de la cessation des fonctions du constituant pour son maintien.

¹⁵⁶³ Article 207, § 1, alinéa 1^{er}, du Code de travail polonais. En jurisprudence, v. p. ex. SN., 3 août 2007, I UK 367/06 : MoPr 2008, n° 2, p. 102 (jugeant que l'employeur ne peut s'exonérer de la responsabilité qui lui incombe en cas d'infraction aux dispositions en matière d'hygiène et de sécurité du travail en invoquant la défaillance d'un salarié qui n'a pas rempli les obligations auxquelles il était tenu dans ce domaine) et SN., 12 mai 2000 r., II UKN 547/99, OSNAPIUS 2001, n° 23, poz. 695. V. égal. en doctrine polonaise, K. SIEMIENKIEWICZ, « Odpowiedzialność karna pracodawcy za wypadek przy pracy », MoPr 2020, n° 3, spéc. p. 18.

¹⁵⁶⁴ W. MUSZALSKI (réd.), *Kodeks pracy. Komentarz*, 12^{ème} éd., 2019, v° art. 207 K.P., pt. 2.

¹⁵⁶⁵ Cf. *supra*, n° 268.

¹⁵⁶⁶ A l'inverse, cet attribut justifie qu'il ne soit pas dérogé au droit commun en ce qui concerne l'absence d'obligation de stipuler une durée pour laquelle une délégation est conférée, principe qui intéresse naturellement tant la fonction déléguée que les prérogatives dont elle est le support. Le but de cette technique est d'améliorer le fonctionnement interne de la société, finalité qui s'accommode mal avec la nécessité de renouveler constamment l'habilitation des délégataires. La stabilité des délégations est garante du bon fonctionnement de l'activité sociale (D. GIBIRILA, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 110). Après une controverse doctrinale qui a néanmoins entourée cette question, c'est dans ce sens que s'est prononcée la chambre commerciale dans un arrêt du 17 janvier 2012, où la Cour censure une décision des juges du fond ayant prononcé l'invalidité d'une délégation du pouvoir de représentation au motif qu'elle n'était pas limitée dans le temps, et affirme dans son attendu de principe « qu'aucune disposition n'exige que la délégation du pouvoir de représenter une société en justice soit donnée pour une durée déterminée » (Cass. com., 17 janv. 2012, n° 10-24.811, préc. V. déjà en ce sens en doctrine : N. Ferrier, thèse préc., n° 139, p. 198). Il résulte de la généralité de cet attendu que la solution ne doit pas être cantonnée aux hypothèses où la délégation porte sur le pouvoir d'ester en justice, mais qu'elle s'applique à toutes les délégations, indifféremment à leur objet (L. NURIT-PONTIER, « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 068). On remarquera que la Cour a choisi de fonder sa solution sur les règles applicables au mandat (art. 1984 et 2003 C. civ), mais qu'elle aurait pu tout aussi bien asseoir sa décision sur les règles applicables aux conventions conclues pour une durée indéterminée, qui consacrent la possibilité pour les parties de résilier à tout moment leur engagement au nom du principe de prohibition des engagements perpétuels (v. les nouveaux art. 1210 et 1211 C. civ) : V. THOMAS, « La délégation de pouvoirs peut être permanente », note préc., n° 5. *De lege lata* – et hors exception légale (ainsi de la délégation conférée par le conseil d'administration à son président du pouvoir de consentir des cautions, avals ou garanties au nom de la société, dont la durée ne peut dépasser un an ; afin d'être prorogée, la délégation requière un renouvellement exprès (art. [R. 225-28](#), C.com.)), la délégation peut donc être conférée aussi bien à durée déterminée qu'à durée indéterminée (v. en doctrine, D. PORACCHIA, « La délégation de pouvoir d'agir en justice peut être à durée indéterminée », note sous Cass. com., 17 janv. 2012, *B.J.S.* 2012, [n° 182](#), p. 293). La délégation ne saurait toutefois être perpétuelle (qualification retenue par la

Cet attribut particulier concerne naturellement tant la fonction que les prérogatives qui y sont attachées ou qui permettent sa mise en œuvre (et donc, le pouvoir de représentation), puisqu'elles permettent précisément sa réalisation. Cette caractéristique concerne pour cette raison également l'institution de la prokura.

§ 2 – L'indifférence de la cessation des fonctions du constituant pour le maintien de la délégation et de la prokura

535. Par dérogation au droit commun du mandat¹⁵⁶⁷, le maintien de la délégation en cas de cessation des fonctions du délégant fait l'objet d'une approbation unanime en doctrine¹⁵⁶⁸ et en jurisprudence¹⁵⁶⁹ (indifféremment à l'origine de cette cessation : qu'elle

jurisprudence à l'égard de l'engagement qui, sans contenir de limitations temporelles, ôte ou rend illusoire l'exercice par l'une ou les deux parties de leur faculté de résiliation unilatérale : [Civ. 1^{re}, 7 mars 2006, n° 04-12.914](#) : *Bull. civ.* n° 132, p. 123) : elle est nécessairement temporaire, donc limitée dans le temps (v. Cass. com., 22 déc. 1975 : *Bull. civ.* IV, n° 314, et D. GIBIRILA, *ibid.*, n° 109). La solution retenue en droit français rejoint le modèle germanique, qui admet que la procuration revête un caractère permanent (v. par ex. en droit polonais, SN., 23 oct. 2001 r., I CKN 323/99, préc., reconnaissant l'existence d'une procuration permanente (« *stale pełnomocnictwo* ») tacite au profit d'un salarié). On remarquera qu'en ce qui concerne la prokura, l'encadrement temporel des fonctions du fondé de pouvoir peut être convenu dans le contrat de base. Le cas échéant, la stipulation d'une durée s'analyse comme une limitation conventionnelle de la prokura, qui est donc de ce fait inopposable aux tiers (K. GRZEGORZ, *op. cit.*, II, pt. 2.2). La validité de la prokura n'est en aucun cas affecté par l'arrivée du terme pour lequel elle a été conférée. En dehors des causes légales d'extinction de la prokura limitativement énumérées (*cf. infra*, note 1573), elle subsiste tant qu'elle n'a pas été révoquée.

¹⁵⁶⁷ « Le mandat finit (...) [p]ar la mort, la tutelle des majeurs ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire » : article 2003, 3^{ème} alinéa, C. civ.

¹⁵⁶⁸ « La délégation initiale de pouvoir est conférée par un organe de la société et non par une personne physique déterminée lorsqu'il s'agit du président du conseil d'administration, du président du directoire ou du directeur général, ni par une communauté de personnes individualisées lorsqu'il s'agit du conseil d'administration, du directoire ou de l'assemblée générale des actionnaires. La conséquence directe de cette situation est la permanence de la délégation en cas de modification intégrale ou partielle de la composition de l'organe collégial ou de changement de la personne de président ou de son directeur général. La délégation demeure valable, parce qu'elle a été donnée par tel organe de la société et non personnellement par la personne physique qui la représente » : D. VIDAL, F. MASQUELIER, N. SIMON DE KERGUINIC, art. préc., p. 19. V. égal. N. FERRIER, thèse préc., n° 172, spéc. n° 173 et s. ; D. GIBIRILA, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 44 ; V. THOMAS, « La délégation de pouvoirs peut être permanente », note préc., n° 4 ; Ph. DIDIER, « Maintien de la délégation de pouvoir autorisant un préposé à déclarer une créance en cas de changement de direction », note sous CA Paris, 25 janv. 2018, *Revue soc.* 2018, p.500 ; A. CHARVERIAT, art. préc., pt. 25, n° 10.

¹⁵⁶⁹ En jurisprudence, v. not : CA Paris, Pôle 5, 9^{ème} ch., 25 janvier 2018, n°17-01883 : RJDA 4/2018, n° 326 ; *Rev. soc.* 2018. 500, note Ph. DIDIER. – Cass. com., 3 juin 2009, n° 08-13.355 : *Bull.* 2009, IV, n° 74 ; *Rev. soc.* 2009. 865, J. P. SORTAIS, J.C.P. éd. E. 2009.1926 note HOVASSE, statuant dans son attendu de principe « que la délégation de pouvoirs faite par le représentant légal d'une société [en l'espèce, le P-DG d'une SA], pour le compte de celle-ci, continue d'engager la personne morale, même après le changement du représentant légal de la société, tant que cette délégation n'a pas été révoquée ». – Com., 8 juill. 2008, n° 07-13.868 (FS-P+B) : BRDA n° 14-2008 ; D. 2008. 2072, obs. A. LIENHARD ; *B.J.S.* 2008, n° 216, p. 1012, note N. FERRIER ;

soit volontaire ou forcée, qu'elle résulte du décès, de la démission ou de la révocation du délégué¹⁵⁷⁰). La même solution s'applique en cas de subdélégation¹⁵⁷¹. Ainsi, la délégation subsiste tant qu'elle n'a pas été révoquée¹⁵⁷².

536. À l'instar de la solution retenue en droit français, le changement d'identité de l'organe instituant ne rentre pas dans les causes de cessation de la prokura¹⁵⁷³, par dérogation au droit commun de la procuration¹⁵⁷⁴. En droit polonais, l'article 101 § 2 K.C. prévoit en effet que « [l]e pouvoir s'éteint par la mort du constituant ou du fondé de procuration, à moins que les parties en aient stipulé autrement pour des motifs contenus dans le rapport constituant le fondement de la procuration [i.e., le contrat de base] ». En droit allemand, le § 168 B.G.B. prévoit simplement que « l'extinction de la procuration se règle d'après le rapport juridique sur le fondement duquel elle a été conférée »¹⁵⁷⁵.

537. Cette dérogation au droit commun du mandat et de la procuration est parfaitement adaptée à l'esprit de la prokura et de la délégation. Ces deux techniques permettent précisément à l'entreprise de poursuivre son activité malgré l'empêchement, par exemple,

R.T.D. com. 2009, n° 1, p. 206, note A. MARTIN-SERF ; J.C.P. éd. E. 2009 n° 1, p. 30, note P. PETEL. V. déjà en ce sens dans une SA moniste, pour une délégation effectuée par le président du conseil d'administration : Com., 15 mars 2005, n° 03-13.032, préc., et Com., 4 févr. 1997, n° 94-20.681 : *Bull. civ.* IV, n° 44 : RJDA 6/1997, n° 780 ; J.C.P. éd. G. 1997. I. 676, obs. A. VIANDIER et J. J. CAUSSAIN ; *Defrénois* 1997. 663, obs. HOVASSE ; J.C.P. éd. E. 1997, pan. 285 ; J.C.P. éd. G. 1997, IV, n° 702 ; BRDA 5/1997, p. 2 ; *Banque* 1997, note J.L. GUILLOT ; *Dr. & patr.* 1997, p. 93 ; *Dr. soc.* 1997, comm. 56 ; *Dalloz Affaires* 1997, p. 354. – Crim., 25 juin 1991, n° 90-83.846.

¹⁵⁷⁰ Ph. DIDIER, « Maintien de la délégation de pouvoir autorisant un préposé à déclarer une créance en cas de changement de direction », note préc., n° 4 et 5.

¹⁵⁷¹ A. CHARVÉRIAT, art. préc., pt. 25, n° 10. En jurisprudence, v. Cass. com., 8 juillet 2008, n° 07-13.868, préc.

¹⁵⁷² Com., 15 mars 2005, n° 03-13.032, préc. ; Ph. DIDIER, « Maintien de la délégation de pouvoir autorisant un préposé à déclarer une créance en cas de changement de direction », note préc., n° 4.

¹⁵⁷³ En droit polonais, les causes d'extinction de la prokura sont limitativement énumérées dans les textes. Il s'agit de : l'ouverture d'une procédure collective ou de liquidation à l'encontre de la société représentée, sa transformation, la radiation de l'entreprise du registre national judiciaire (article 109⁷ § 2), la mort du fondé de pouvoir (article 109⁷ § 3) et la nomination d'un administrateur provisoire (le placement de la société en « curatelle ») (article 109⁷ § 3¹). En droit allemand, le § 52, 3^{ème} alinéa, H.G.B., précise seulement que « [l]a prokura ne s'éteint pas avec la mort du propriétaire du fonds de commerce ».

¹⁵⁷⁴ En droit polonais, l'article 101 § 2 K.C. prévoit en effet que « [l]e pouvoir s'éteint par la mort du constituant ou du fondé de procuration, à moins que les parties en aient stipulé autrement pour des motifs contenus dans le rapport constituant le fondement de la procuration [i.e., le contrat de base] ». En droit allemand, le § 168 B.G.B. prévoit simplement que « l'extinction de la procuration se règle d'après le rapport juridique sur le fondement duquel elle a été conférée » (traduction de G. LARDEUX *et al.*, *op. cit.*, p. 59, § 168 B.G.B.).

¹⁵⁷⁵ Traduction de G. LARDEUX *et al.*, *op. cit.*, p. 59, § 168 B.G.B.

pour l'organe instituant, d'exercer ses fonctions¹⁵⁷⁶. La reconstitution de cet organe (suite à une révocation, démission ou un décès) « *s'analyse seulement en un changement de personne investie de la qualité de dirigeant. Or il ne saurait y avoir de vacance dans la fonction de direction d'une personne morale* »¹⁵⁷⁷. Aussi, il va de l'intérêt de l'entreprise de ne pas remettre systématiquement en cause les chaînes de délégation mises en place par un dirigeant dans l'exercice de ses fonctions¹⁵⁷⁸. Cette solution « *permet d'éviter toute entrave au fonctionnement de l'entreprise* »¹⁵⁷⁹.

538. Le maintien de la délégation et de la prokura dans le cas où l'organe constituant cesse ses fonctions trouve son fondement dans le lien direct qui unit le délégataire et le fondé de pouvoir au groupement bénéficiaire de la fonction¹⁵⁸⁰. En effet, ces instruments sont institués, sans intermédiation aucune, au nom et pour le compte de ce celui-ci¹⁵⁸¹, et non du constituant. On considère que la délégation et la prokura sont conférées par la personne morale elle-même¹⁵⁸². Dès lors, le délégataire et le fondé de pouvoir agissent au nom et pour le compte de l'entrepreneur¹⁵⁸³, et non en celui des associés, de l'organe de direction ou, plus spécifiquement, du constituant¹⁵⁸⁴.

¹⁵⁷⁶ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁵⁷⁷ N. FERRIER, thèse préc., n° 177, p. 256.

¹⁵⁷⁸ Relativement aux chaînes de délégations, v. N. FERRIER, *ibid.*, p. 257.

¹⁵⁷⁹ Avis SN., 16 juin 2016, V CZ 26/16, p. 6.

¹⁵⁸⁰ H. MOUBSIT, thèse préc., p. 339 ; L. NURIT-PONTIER, « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 042 ; N. FERRIER, thèse préc., n° 78 et n° 169. Comme l'affirme cet auteur, la délégation a pour effet d'unir « *directement la personne morale entrepreneur au délégataire, créant entre eux un lien de nature contractuelle* » : *ibid.*, n° 178, pp. 257-258. L'absence de lien contractuel entre le délégataire et l'organe qui l'a institué justifie en outre, pour l'auteur, l'écart de l'assimilation entre la délégation de pouvoir et la substitution de mandataire ; en effet, à la différence du délégataire, « *le mandataire substitué est lié contractuellement au mandataire principal et de manière discutée au mandant initial* » : *ibid.*, n° 78.

¹⁵⁸¹ Comme l'affirme Monsieur DAUBLON, la délégation est accordée par l'organe de direction « *pour le compte de l'être moral et, en aucune manière, pour [son] propre compte. Autrement dit, d'un point de vue scientifique, il faut considérer que le mandat émane de la société elle-même* » : G. DAUBLON, « La pérennité des procurations consenties par les représentants légaux d'une société », art. préc., p. 950 ; D. GIBIRILA, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 44 : la délégation est conclue « *non point entre l'organe du groupement et le délégataire, mais entre la personne morale et le délégataire* » ; A. CHARVERIAT, art. préc., pt. 25, n° 10 ; R.L. KWASNICKI et A. RATAJ, art. préc., p. 14.

¹⁵⁸² V. not. M. GERMAIN ET P.-L. PERIN, « Mandat social et délégation de pouvoirs dans les SAS », note préc., n° II, pt. 1, et, des mêmes auteurs, « La Cour de cassation redonne sa cohérence à la pratique des délégations de pouvoir dans la SAS », note préc., n° 4.

¹⁵⁸³ J.-F. BULLE, art. préc., p. 1 (éd. élec.).

¹⁵⁸⁴ La jurisprudence a affirmé maintes fois que la délégation de pouvoir est toujours consentie « *au nom et pour le compte de la société, et non en son nom personnel [du délégant]* » : Cass. com., 4 févr. 1997, n° 94-20.681, préc. – Com., 15 mars 2005, n° 03-13.032, préc. En doctrine, v. égal. N. FERRIER, thèse préc., spéc. n° 21, pp. 34-

La restructuration d'une société a au contraire pour effet de mettre un terme aussi bien à la délégation qu'à la prokura, précisément parce que ce lien direct est rompu du fait de la disparition de la personnalité juridique du constituant. Cet évènement constitue donc une limite au principe du maintien des délégués et fondés de pouvoir dans leur fonction, en cas de disparition de l'organe constituant.

539. Restructuration de la société : effets sur la délégation et la prokura de la transformation, absorption et fusion de la société. La fusion d'une ou plusieurs sociétés entraîne leur dissolution et donc la disparition de la personnalité juridique. Aussi la fusion – par transmission du patrimoine à une société existante ou par constitution d'une société nouvelle – emporte naturellement la caducité de la délégation¹⁵⁸⁵. La même solution s'impose en cas de scission d'une société¹⁵⁸⁶, celle-ci entraînant, à l'instar de la fusion, la disparition de la société scindée.

La fusion d'une ou plusieurs sociétés ainsi que leur scission constituent également des causes d'extinction de la prokura. Ce principe est expressément consacré dans les textes en Pologne, qui disposent que la radiation de l'entreprise du registre national judiciaire met fin à la prokura (article 109⁷, § 2, K.C.).

En droit français, le principe selon lequel la délégation devient caduque est également établi en jurisprudence en cas de transformation de la société¹⁵⁸⁷, au motif que si la transformation « *n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle, [elle] aboutit à appliquer successivement les dispositions légales particulières à l'administration de chaque type de société* »¹⁵⁸⁸. Cette solution est majoritairement approuvée en

35 ; H. MOUBSIT, thèse préc., p. 339 ; F. MARMOZ, « Le pouvoir de licencier dans les SAS », note préc., p. 346 ; A. TADROS, art. préc., n° 6. En doctrine polonaise, v. R. L. KWAŚNICKI et A. RATAJ, art. préc., p. 14 ; W. KUBALA, « Prokura - z problematyki pełnomocnictwa handlowego », art. préc., p. 11.

¹⁵⁸⁵ N. FERRIER, *ibid.*, n° 171, pp. 251-252 ; D. GIBIRILA, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 38 et 39 ; B. BEDARIDE et S. PLA BUSIRIS, art. préc., n° 35. En outre, une réponse ministérielle est venue préciser que la transmission universelle du patrimoine de la société apportée à la société absorbée ou apportée à la société absorbante ou bénéficiaire n'emporte pas transfert des contrats conclus *intuitus personae* avec les tiers : Rép. min. n° 16073, JO Sénat Q, 30 sept. 1999, p. 3236. V. en jurisprudence, Cass. crim. 20 juill. 2011, n° 10-87.348 : *B.J.S.* 2011, n° 12, p. 957, note N. FERRIER ; BRDA 18/2011, n° 2 ; RJDA 12/11 n° 1035 ; LPA 3 nov. 2011, n° 219, p. 12, note PESCHAUD.

¹⁵⁸⁶ N. FERRIER, *ibid.*, p. 252 ; D. GIBIRILA, *ibid.*, n° 40.

¹⁵⁸⁷ Cass. crim., 3 janv. 1986, n° [85-91.905](#) : *B.J.S.* 1986, n° 3, p. 376 ; *D.* 1987, p. 84, note B. BOULOC ; R.T.D. com. 1987, p. 396, obs. Y. REINHARD ; *Rev. soc.* 1986, p. 221. – Crim., 20 juill. 2011, n° 10-87.348, préc. (transformation d'une SA moniste en SNC). En doctrine, v. A. CHARVERIAT, art. préc., pt. 25, n° 12.

¹⁵⁸⁸ Cass. crim., 3 janv. 1986, n° [85-91.905](#), préc.

doctrine¹⁵⁸⁹. Là encore, il n'y a pas de différence avec la prokura : par exemple, le législateur polonais prévoit expressément que la transformation de la société met fin à la prokura (article 109⁷, § 2, K.C.)¹⁵⁹⁰.

540. **Conclusion de la Section 2.** En droit français, l'analyse de la technique de la délégation de pouvoirs et du contrat de mandat sous le prisme de la théorie dualiste permet de rendre compte de la compatibilité de leur nature juridique, assimilation qui achoppait au contraire à de nombreuses difficultés techniques lorsque ces mécanismes étaient appréhendés à l'aune de la théorie moniste¹⁵⁹¹. La prétendue propriété translatrice de la délégation (de fonctions et/ou de responsabilités) – qui seule aurait pu faire obstacle à cette assimilation – a pu être remise en cause, tant au regard des textes impératifs régissant l'organisation de la vie sociale, que du véritable fondement de la responsabilité pénale du substitut en lieu et place du chef d'entreprise. Cet effet est en outre spécifique au droit français, qui admet que la responsabilité pénale est par principe rattachée à la fonction-poste de service – dont l'exercice peut être matériellement confié à un tiers –, et non à la fonction-titre (de mandataire social).

Un autre attribut spécifique à la fonction par rapport à la mission du mandataire de droit commun réside dans son caractère permanent, attribut qui concerne tant la fonction que les prérogatives qui y sont attachées, puisqu'elles permettent précisément sa mise en œuvre. Cet attribut explique l'indifférence de la cessation de ses fonctions par le constituant pour le maintien du substitut dans l'exercice de ses fonctions et prérogatives, notamment de représentation.

¹⁵⁸⁹ V. *Mémento Lefebvre Sociétés commerciales*, *op. cit.*, n° 13620 ; J. MESTRE, A.S. MESTRE-CHAMI et D. VELARDOCCHIO, *Lamy Sociétés commerciales*, *op. cit.*, n° 1601 ; D. GIBIRILA, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 42 : l'auteur réserve toutefois à ce principe l'hypothèse dans laquelle « la transformation ne provoque aucune rupture dans le fonctionnement de la société » (*ibid.*, n° 41). *Contra*, N. FERRIER, thèse préc., n° 183, pour qui la transformation d'une société laissant subsister la personne morale, son patrimoine et les contrats auxquels elle est partie, celle-ci devrait également laisser subsister les délégations consenties. Dans le même sens, P. Le CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 505, p. 336. De façon plus nuancée, v. D. VIDAL, F. MASQUELIER, N. SIMON DE KERGUNIC, art. préc., p. 7, qui relèvent que la continuité des délégations de pouvoirs équivaudrait toutefois « à admettre que des pouvoirs réservés exclusivement à certains organes par la loi ou les statuts puissent être exercés sans délégation expresse et spéciale de l'organe concerné, lequel n'existait pas au moment de la délégation. ».

¹⁵⁹⁰ Pour une analyse critique de cette solution, v. J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, pp. 196-197. On relèvera qu'en droit polonais, le principe de la cessation de la prokura en cas de transformation de la société s'écarte de la solution applicable aux procurations civiles, qui sont maintenues : *ibid.*

¹⁵⁹¹ Cf. *supra*, n° 243 et s.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

541. La construction dualiste du contrat de mandat est le fruit du travail de la doctrine germanique du XIX^{ème} siècle. Conformément à la conception germanique, le rapport juridique constitué par ce que la doctrine qualifiait jusque-là de « facette externe du mandat » ne se confond pas avec ce contrat, strictement cantonné aux rapports internes aux parties. La dissociation parfaite entre ces deux versants – interne et externe – en application du *Trennungzprincip*, permet en outre que, dans le cadre d'une opération réalisée au moyen de la représentation, le rapport interne puisse être contenu dans tout autre contrat faisant office de « contrat de base ».

542. Transposé au droit des sociétés français, le *Trennungzprincip* impose de dissocier les rapports établis par la personne morale dans chacune des deux sphères sociales, interne et externe. Plus précisément, en droit des sociétés, le rapport interne vient déterminer la nature des fonctions assignées à l'ensemble des chargés de fonction qu'il est possible d'identifier dans le contexte sociétaire : les mandataires sociaux, leurs substituts et les simples préposés.

Les premiers exercent des fonctions sociales. Les seconds se voient conférer conventionnellement l'exercice de fonctions de gestion et/ou de représentation. Il a pu être mis en évidence qu'à défaut d'être couplée avec une fonction décisionnelle intéressant la marche interne de l'activité sociale, la fonction représentative ne revêt pas, en elle-même, les contours d'une fonction directoriale ; au contraire, lorsqu'elle est appréhendée seule, elle n'apparaît que comme une simple fonction exécutive, entièrement compatible avec la dernière fonction identifiée dans le contexte sociétaire : la fonction salariée.

Dans l'hypothèse particulière de la *prokura*, en l'absence de contrat de base – donc de rapport interne formalisé entre les parties –, cette institution n'en confère pas moins également une fonction de représentation vis-à-vis du constituant : celle-ci est simplement tacite.

543. Le titre juridique à l'origine du lien social ou organique d'une part, et du rapport de préposition d'autre part, ne pose aucune difficulté : il s'agit du mandat social, pour le premier, et du contrat de travail, pour le second. Dans le modèle germanique, le support juridique de la délégation fonctionnelle ne pose également aucune difficulté en raison de la dissociation parfaite opérée entre les rapports noués par la personne morale dans l'ordre

interne d'une part, et dans l'ordre externe, d'autre part : ce peut être un contrat de travail, de service, de louage ou de mandat.

En droit français, la compréhension dualiste du contrat de mandat, entendu strictement comme un contrat de gestion des affaires d'autrui, a permis de lever les obstacles traditionnellement soulevés par la doctrine française quant à l'identification de la technique de la délégation au contrat de mandat, en ce qui concerne exclusivement son versant interne (la fonction assignée au délégataire, appréhendée indépendamment de son moyen de mise en œuvre). En outre, à la lumière de la théorie dualiste, rien ne semble s'opposer à ce qu'un autre type de convention puisse servir de support à la délégation fonctionnelle, à l'image du modèle germanique, tel un contrat de prestation de service.

544. Après avoir défini et circonscrit le domaine du rapport interne, la même démarche s'impose vis-à-vis du rapport externe, seul concerné par le pouvoir de représentation et l'institution de la prokura.

CHAPITRE II – L'ISOLEMENT DU RAPPORT EXTERNE :

LE POUVOIR DE REPRESENTATION

545. **Définition du rapport externe**¹⁵⁹² (*Außenverhältnis*¹⁵⁹³ ou *Auszenvollmacht*¹⁵⁹⁴ (all.), *stosunek zewnętrzny*¹⁵⁹⁵ (pl.)). Le rapport externe constitue le rapport de droit qui s'établit entre le représenté et le tiers¹⁵⁹⁶, conséquemment à la mise en œuvre du pouvoir de représentation dont est investi le représentant. Il est possible de relever, dans les textes et en doctrine, une définition plus large des rapports externes, selon laquelle ces derniers peuvent également concerner le rapport entre le représentant et le tiers¹⁵⁹⁷. Nous ne retiendrons toutefois, dans notre étude, que l'acception stricte du rapport externe, qui correspond, en même temps, à sa définition dans le modèle germanique. Dans sa thèse consacrée à la « *Procuracion d'après le Code civil [polonais]* », Monsieur SMYK condamne l'acception large du rapport externe, qui vise le lien supposé entre le fondé de procuration (le représentant) et le tiers. Comme l'affirme cet auteur, « *aucun lien juridique ne lie le fondé de procuration au tiers ; celui qui agit au nom d'autrui est certes partie à l'acte juridique passé avec le tiers, mais n'est pas partie au lien de droit qui résulte de cet*

¹⁵⁹² La relation externe est aussi qualifiée de « statut de la représentation » : v. F. RIGAUX, thèse préc., p. 29, qui y consacre sa thèse éponyme. En anglais, le rapport externe correspond à l'« *external relation* » ou « *external authorization* » : F. RIGAUX, *ibid.*, p. 26, ainsi que les auteurs cités, note 3 et 4.

¹⁵⁹³ V. M. MEKKI, in J.-Cl. Civil, v° « Mandat – Définition et caractères distinctifs », art. 1984 à 1990, fasc. 10, *op. cit.*, n° 5 ; F. RIGAUX, *ibid.* ; Ph. DIDIER, thèse préc., n° 63, p. 41. En doctrine allemande, v. M. GUTZWILLER, *Internationales Privatrecht*, ap. Stammlers Enzykl., 1930, p. 1614 ; M. SCHOCH, « Über Auftrag und Vollmacht im IPR », *Giur. comp.* IV, p. 292 ; H. NISZSCHE, *Die Überschreitung der Vertretungsmacht des Bevollmächtigten und die Abgrenzung der Überschreitung vom Missbrauch der Vertretungsmacht*, Diss. Iena, 1939, p. 3.

¹⁵⁹⁴ V. F. RIGAUX, *ibid.* ; W. MÜLLER-FREIENFELS, *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*, *op. cit.*, p. 403 (cité par F. RIGAUX, *ibid.*, note 2).

¹⁵⁹⁵ V. par ex. : M. SMYK, thèse préc., I, I, pt. 2 et II, I, pt. 4 ; J. PAZDAN, *Pełnomocnictwo w prawie prywatnym międzynarodowym*, *op. cit.*, I, § 3, B-2.

¹⁵⁹⁶ F. RIGAUX, *loc. cit.* ; Ch.-W. CHEN, thèse préc., p. 46, n° 75 ; Ph. STOFFEL MUNCK, « Le nouveau droit de la représentation et le contrat de mandat », in G. LARDEUX (dir.), *op. cit.*, p. 79 ; M. SMYK, thèse préc., II, I, pt. 5 ; M. PAZDAN, in *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne - część ogólna*, t. II, Z. RADWAŃSKI (réd.), Warszawa, 2008, p. 516.

¹⁵⁹⁷ P. ex., le PCCR prévoit que le Chapitre 6 relatif à la représentation « *s'applique aux relations externes créées par les actes de représentation, c'est-à-dire aux relations entre (a) le représenté et le tiers, (b) et le représentant et le tiers* » : article II. — 6 : 101, alinéa 1. Dans ce sens égal., G. WICKER, « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », art. préc., n° 4, pour qui les rapports externes sont ceux « *qui se nouent entre, d'une part, le représenté ou le représentant, et, d'autre part, le tiers contractant* ».

acte »¹⁵⁹⁸. Ce lien de droit représente « *la finalité du rapport de représentation* »¹⁵⁹⁹, finalité qui réside dans l'engagement direct du représenté, par-dessus la tête du représentant, lequel n'est pas juridiquement lié par l'acte qu'il accomplit¹⁶⁰⁰. C'est pourquoi la représentation, au sens strict¹⁶⁰¹, correspond à un mécanisme d'imputation des actes dans la sphère juridique d'autrui¹⁶⁰².

L'acception stricte du rapport externe renvoie donc au lien juridique qui puise sa source dans le pouvoir d'agir au nom d'autrui, qui seul permet d'imputer les effets d'un acte dans la sphère juridique d'un sujet qui n'a pas personnellement réalisé cet acte¹⁶⁰³, et qui correspond au seul type de représentation reconnu par le modèle germanique¹⁶⁰⁴. Conformément à cette définition, seuls le représenté et le tiers sont parties au lien juridique externe¹⁶⁰⁵.

546. En droit français, la doctrine distingue parfois les « *rappports internes du mécanisme de représentation* »¹⁶⁰⁶ des « *rappports externes du mécanisme de représentation* »¹⁶⁰⁷. À l'aune de l'approche dualiste du mandat proposée par l'étude, les rapports internes ne relèvent pas de la représentation mais au contraire s'y opposent. Quant à la seconde formule, elle équivaut, du point de vue de la théorie dualiste, à une tautologie.

Les attributs du rapport de droit externe expliquent que ce lien ne peut procéder que d'une action réalisée *au nom* d'autrui, dans une logique d'opposition avec l'action pour le *compte* d'autrui, qui relève quant à elle des rapports internes¹⁶⁰⁸.

¹⁵⁹⁸ M. SMYK, thèse préc., II, I, pt. 5 (traduction libre).

¹⁵⁹⁹ F. RIGAUX, thèse préc., p. 23. Comp. Ph. DIDIER, thèse préc., p. 26, n° 37, pour qui, « [e]n soi, la représentation désigne un effet juridique, indépendamment de sa cause. ».

¹⁶⁰⁰ Au sein de la jurisprudence française, v. par ex., Cass. com., 21 mars 1995 : *Bull. civ.* IV, n° 101, p. 89 ; *D.* 1995, inf. rap., p. 139 ; J.C.P. 1995 IV 1226 ; J.C.P. éd. E., 1995, panor. n° 630.

¹⁶⁰¹ En ce qui concerne l'acception large de la notion de représentation, v. *supra*, n° 142 et s.

¹⁶⁰² Ph. DIDIER, thèse préc., n° 63, p. 40.

¹⁶⁰³ F. RIGAUX, *loc. cit.*

¹⁶⁰⁴ *Cf. supra*, n° 136, sur l'exclusion de la représentation imparfaite du champ de la représentation dans le modèle germanique.

¹⁶⁰⁵ M. SMYK, *loc. cit.*

¹⁶⁰⁶ Ainsi, Ch.-W. CHEN, thèse préc., p. 29. *Adde*, Ph. STOFFEL MUNCK, « Le nouveau droit de la représentation et le contrat de mandat », in G. LARDEUX (dir.), *op. cit.*, p. 79.

¹⁶⁰⁷ Ch.-W. CHEN, *ibid.*, p. 45. *Adde*, Ph. STOFFEL MUNCK, *ibid.*, pp. 79-80.

¹⁶⁰⁸ *Cf. supra*, n° 181.

547. **L'action au nom d'autrui, signe distinctif du rapport externe et du pouvoir de représentation.** La locution « au nom d'autrui » est habituellement – et selon nous, exclusivement – le signe distinctif du pouvoir de représentation¹⁶⁰⁹. Cette expression signifie que, dans les rapports avec les tiers, l'intermédiaire n'agit pas en son nom (comme c'est le cas dans la représentation dite indirecte¹⁶¹⁰), mais au nom du représenté. Prosaïquement, à défaut d'agir *au nom* d'autrui, aucune représentation ne peut avoir lieu¹⁶¹¹, car l'action réalisée au nom du représenté « *est une condition sine qua non de la représentation* »¹⁶¹².

548. Il existe un accord unanime entre les législations étudiées, et plus généralement au sein de l'ensemble des législations contemporaines, sur les effets de la représentation¹⁶¹³. Le support juridique de la représentation volontaire n'est quant à lui, selon une approche classique, pas le même dans les deux modèles français et germanique : il s'agit de la procuration dans ce dernier, et du contrat de mandat en droit français. À l'aune de la théorie dualiste du mandat transposée au droit français dans l'analyse de la délégation de pouvoirs, l'institution germanique de la *Vollmacht* en droit des sociétés trouve son homologue dans la délégation du pouvoir de représentation. L'étude du support juridique du pouvoir de représentation dans une perspective comparée (**Section 1**) précèdera l'analyse des conditions tenant aux différents intervenants dans la mise en œuvre du rapport externe (**Section 2**).

¹⁶⁰⁹ Ph. PETEL, *Le contrat de mandat*, *op. cit.*, p. 2 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, coll. : Précis, 10^{ème} éd., 2015, n° 641 ; A. GILSON-MAES, thèse préc., n° 67 ; G. DECOCQ, C. GRIMALDI, J. HUET et H. LECUYER, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 31109 ; Ph. TOURNEAU, art. préc., n° 65 ; D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, Dalloz, coll. : Cours, 11^{ème} éd., 2018, n° 482 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, *op. cit.*, n° 1427. *Contra*, v. les principes UNIDROIT de 2016, relatifs aux contrats du commerce international, selon lesquels : « *Pour l'établissement d'une relation directe entre le représenté et le tiers, il suffit que le représentant agisse dans la limite de ses pouvoirs et que le tiers sache ou doive savoir que le représentant agit pour le compte d'une autre personne. A contrario, il n'est pas nécessaire que le représentant agisse au nom du représenté* » : commentaire de l'article 2.2.3, pt. 3, p. 84.

¹⁶¹⁰ Sur cette notion, v. *supra*, n° 136 et s.

¹⁶¹¹ Ch.-W. CHEN, thèse préc., n° 77, spéc. n° 80, p. 47 : « *On est souvent tenté de lier ce caractère à l'idée de représentation : en agissant pour le compte du mandant, le mandataire le représenterait et l'acte conclu produirait ses effets directement dans le patrimoine du mandant. Mais il ne faut pas céder à cette tentation : lorsque le mandataire engage le mandant par le jeu de la représentation, c'est seulement parce qu'il agit au nom de celui-ci. C'est à cet élément-là qu'est liée la représentation* ».

¹⁶¹² Ch.-W. CHEN, *ibid.*, n° 75, p. 46.

¹⁶¹³ *Cf. supra*, n° 119 et *infra*, n° 552.

Section 1 / Le support juridique du pouvoir de représentation dans une perspective comparée

549. Dans le modèle germanique, le pouvoir de représentation repose sur la figure de la procuration (*Vollmacht*), une institution inconnue du droit français, dont la *prokura* constitue une variété (**Section 1**).

Par comparaison, en droit français, le pouvoir de représentation était traditionnellement rattaché au contrat de mandat, conformément à la conception moniste de ce contrat. En même temps, l'assimilation de la délégation de pouvoirs à cette figure contractuelle était constamment débattue en doctrine¹⁶¹⁴.

L'isolement du rapport externe dans la mise en œuvre de la délégation de pouvoirs et la reconnaissance de son individualité juridique – conformément au principe de dissociation porté par la théorie dualiste – conduit au contraire à appréhender séparément la délégation du pouvoir de représentation de la délégation fonctionnelle, donc du contrat de mandat (**Section 2**).

Sous-section 1 / Dans le modèle germanique : la procuration au sens de *Vollmacht*, une institution inconnue du droit français

550. La doctrine germanique est unanime sur la nature juridique de la *prokura* : il s'agit d'une procuration spéciale¹⁶¹⁵. Dans la mesure où ce terme est employé pour traduire la notion de *Vollmacht* – et de son homologue polonais, le *pełnomocnictwo* –, il ne recouvre aucune des acceptions généralement attribuées à la notion de procuration en droit français (§ 3). Dans le modèle germanique, la procuration correspond au support juridique exclusif de la représentation volontaire (§ 1) et revêt un caractère abstrait (§ 2).

¹⁶¹⁴ V. *supra*, les auteurs en faveur de l'assimilation entre les deux institutions (note 82) ainsi que ses détracteurs (note 81).

¹⁶¹⁵ Cf. *supra*, n° 296 et s.

§ 1 – La procuration, support exclusif de la représentation directe et volontaire dans le modèle germanique

551. **Définition légale de la procuration au sens de *Vollmacht* (droit allemand) et de *pełnomocnictwo* (droit polonais).** Le Code civil allemand pose une définition légale de la procuration dans son § 166, alinéa 2, aux termes duquel la *Vollmacht* est le « *pouvoir de représentation conféré par un acte juridique* »¹⁶¹⁶. En droit polonais, l'article 96 du Code civil dispose que la procuration correspond au « *pouvoir d'agir au nom d'autrui* » qui s'appuie « *sur une déclaration de volonté du représenté* »¹⁶¹⁷. L'origine de l'habilitation du représentant est la même dans les deux droits : tout acte juridique procède d'une déclaration de volonté¹⁶¹⁸. Autrement dit, la procuration correspond à un pouvoir de représentation de nature volontaire.

552. L'effet de la représentation est précisé dans ces deux droits. Le § 164, alinéa 1^{er}, du B.G.B., intitulé « *Effet de la déclaration du représentant* »¹⁶¹⁹, prévoit que « *[t]oute déclaration de volonté, qu'émet une personne au nom du représenté dans les limites du pouvoir de représentation qui lui appartient, produit directement ses effets au profit ou à l'encontre du représenté* »¹⁶²⁰. En droit polonais, l'article 95, § 2 du Code civil dispose que « *l'acte juridique réalisé par un représentant dans les limites de son pouvoir produit des effets directement chez le représenté* »¹⁶²¹. Dans ces deux droits, la représentation est donc

¹⁶¹⁶ G. LARDEUX *et al.*, *op. cit.*, p. 58 ; Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, n° 506, p. 392. Il convient de remarquer qu'au sein de la première traduction française du B.G.B., une confusion est opérée entre le contrat de mandat et le mécanisme de représentation. L'alinéa 2 du § 166 B.G.B. est traduit en ses termes : « *Lorsque dans le cas du mandat conféré par un acte juridique (procuration) le représentant a agi suivant les instructions données par le représenté (...)* » : R. La GRASSERIE, *op. cit.*, p. 37.

¹⁶¹⁷ Traduction libre de l'article 96 K.C. Comp. avec la définition de la procuration retenue par Monsieur SMYK, dans sa thèse consacrée à la « *Procuration selon le Code civil* » ; pour cet auteur, la procuration désigne le « *lien juridique qui a pour origine une déclaration de volonté du représenté, en vertu duquel le fondé de procuration est habilité à agir au nom du représenté, et qui a pour corollaire l'obligation pour le représenté de supporter les effets de cette action* » : M. SMYK, thèse préc., I, II, pt. 2.4.2.

¹⁶¹⁸ « *Willenserklärung* » en allemand : G. REINER, « *La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand* », in D. MAZEAUD, *et al.*, *op. cit.*, p. 22, et « *oświadczenie woli* » en polonais.

¹⁶¹⁹ « *Wirkung der Erklärung des Vertreters* ».

¹⁶²⁰ Traduction de Cl. WITZ, *Code civil allemand*, *op. cit.*, p. 58 (§ 164 (1)).

¹⁶²¹ Traduction libre de l'article 95, § 2, K.C..

par définition directe¹⁶²². Lorsque la représentation est régulière, le représentant s'efface entièrement et ne subit pas les effets de sa déclaration, aussi bien en droit allemand¹⁶²³ qu'en droit polonais.

Aussi la représentation est-elle, contrairement à l'institution de la délégation de pouvoirs, de l'essence même de la *prokura*¹⁶²⁴.

553. Si, dans la première réglementation de la *prokura*, le principe de l'engagement direct de l'entrepreneur constituant faisait l'objet d'une disposition spéciale¹⁶²⁵, cette règle trouve dorénavant son fondement dans le droit commun de la procuration¹⁶²⁶. Les dispositions traitant de la *prokura* sont en effet *lex specialis* par rapport au droit commun¹⁶²⁷, ce qui implique que, dans le silence des textes, les règles de droit commun de

¹⁶²² Cf. *supra*, n° 136, sur l'exclusion de la représentation imparfaite du champ de la représentation dans le modèle germanique.

¹⁶²³ G. REINER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand » in D. MAZEAUD, *et al.*, *op. cit.*, p. 19.

¹⁶²⁴ « *Prokura ist eine Vertretungsmacht für Aussengeschäfte des Unternehmens* » (la *prokura* est par essence liée à la sphère externe de l'entreprise) : L. MOSKWA, « Zakres *prokury* – próba oceny propozycji Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego (cz. 2) », art. préc., p. 14.

¹⁶²⁵ En effet, la première réglementation de la *prokura* revêt un caractère exhaustif (J. GRYKIEL, *Powstanie *prokury**, *op. cit.*, p. 13) et ne s'appuie pas, comme aujourd'hui, sur le droit commun. Aussi, la première réglementation de la *prokura* est composée de onze dispositions (v. les §§ 41 à 46 et §§ 52 à 56 de l'A.D.H.G.B., réglementés au Titre V, intitulé « *Des fondés de procuration et des fondés de pouvoir* », du Livre I, relatif au « *commerce en général* »), contre six aujourd'hui, dans le H.G.B. (v. les §§ 48 à 53 du H.G.B.). Pour être exact, le projet de Code de commerce du Royaume de Wurtemberg, présenté par Carl VON HOFACKER en 1839 contenait déjà des dispositions dédiées à la *prokura* : J. GRYKIEL, *ibid.* La réglementation de la *prokura* dans l'A.D.H.G.B. ne repose pas sur le droit commun, car jusqu'à l'entrée en vigueur du B.G.B. en 1900, le droit commun relève des lois locales des différents *Länder* composant l'Empire. Inversement, les règles de droit commercial codifiées dans le (premier) Code général de commerce allemand de 1861 ont vocation à s'appliquer à l'ensemble du territoire prussien et autrichien (l'A.D.H.G.B. de 1861 entre en vigueur en Autriche l'année suivante, en 1862). La première réglementation de la *prokura* contient ainsi certains des fondements de la procuration civile, qui seront repris par le législateur allemand dans le B.G.B. en 1896. Les effets des actes passés par le fondé de pouvoir sont précisés à l'alinéa 2 du § 52 de l'A.D.H.G.B., qui dispose que « [l] *'affaire conclue ne produit ni droits ni obligations entre le fondé de pouvoir (...) et les tiers* » (traduction de V. FOUCHER et L.-C.-J. TOLHAUSEN, *op. cit.*, p. 18.). C'est le principe de la représentation directe qui est consacré par cet article. Selon cette disposition, le fondé de pouvoir ne devient pas partie à l'acte qu'il accomplit avec le tiers, au nom du commerçant qu'il représente. En même temps, le premier alinéa du § 52 dudit Code précise que la *prokura* concerne les actes conclus par le fondé de pouvoir « *au nom du chef de la maison de commerce* ».

¹⁶²⁶ E. PŁONKA, *Mechanizm łączenia skutków działań prawnych z osobami prawnymi na przykładzie spółek kapitałowych*, *op. cit.*, pp. 35-36.

¹⁶²⁷ K. GRZEGORZ, *op. cit.*, I, pt. 1.2.

la procuration s'appliquent à la prokura¹⁶²⁸, dès lors qu'elles ne portent pas atteinte à l'essence de cette institution¹⁶²⁹.

554. En outre, la prokura, qui n'est qu'une variété de procuration¹⁶³⁰, est par définition un pouvoir de représentation volontaire. Pourtant, cette classification est discutée par la doctrine comparatiste, en raison de la fixation légale de l'étendue de l'habilitation du fondé de pouvoir.

555. **La nature volontaire controversée de la prokura.** La qualification, et donc la classification d'un rapport de représentation donné, est fondamentale, car elle détermine le régime juridique qui lui est applicable. La classification des différents rapports de représentation ne coïncide pas entièrement dans les législations étudiées (**A**). Aussi, tantôt évidente, cette classification peut poser des difficultés lorsqu'un rapport de droit fait intervenir des éléments propres à différents types de représentation. Tel est le point commun qui unit les représentants légaux à la figure du fondé de pouvoir. En effet, l'institution de ces deux catégories d'acteurs sociaux fait intervenir à la fois la volonté individuelle (la nomination aux fonctions sociales et l'institution d'un fondé de pouvoir procèdent d'une décision de l'organe compétent) et la volonté du législateur (en raison de la réglementation légale et impérative de l'étendue de leur habilitation). Il ne fait toutefois aucun doute, en doctrine allemande et polonaise, que la prokura relève – exclusivement – de la catégorie de la représentation volontaire (**B**).

A) *La classification du rapport de représentation*

556. Avant de nous intéresser aux sources du pouvoir de représentation, qui traditionnellement déterminent la nature juridique de ce dernier, il convient de relever que les droits allemand et polonais connaissent un second type de classification. En effet, ces deux droits ont la particularité d'opérer une distinction entre la représentation dite active d'une part, et la représentation dite passive, d'autre part.

¹⁶²⁸ K. GRZEGORZ, *ibid.* ; M. KASPRZYK, *op. cit.*, pp. 25 et 27 ; L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 28.

¹⁶²⁹ V. not. M. KASPRZYK, *ibid.*, p. 32.

¹⁶³⁰ *Cf. supra*, n° 296 et s.

557. **La distinction entre la représentation active¹⁶³¹ et la représentation passive¹⁶³² dans le modèle germanique (droits allemand et polonais).** La représentation active se manifeste lorsque « *la déclaration de volonté qui est passée par quelqu'un, en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés, au nom de la personne qu'il représente, a effet directement pour et contre le représenté* »¹⁶³³ tandis que, dans la représentation passive, « *la déclaration de volonté qui devait être faite à une personne, l'est à son représentant* »¹⁶³⁴.

Dans la première forme de représentation, le représentant émet une déclaration de volonté envers un tiers¹⁶³⁵ ; dans la seconde, il est le récepteur de la déclaration de volonté émise par le tiers¹⁶³⁶. En conséquence, une procuration peut être aussi bien conférée pour émettre une déclaration de volonté (représentation active) que pour réceptionner une déclaration de volonté (représentation passive)¹⁶³⁷.

Le droit des sociétés tient compte de cette distinction¹⁶³⁸, notamment en ce qui concerne la représentation de la société par un fondé de pouvoir : ou bien ce dernier agit au nom de la société et conclut des actes en son nom¹⁶³⁹, ou bien il réceptionne des déclarations de volontés adressées à la société par des tiers¹⁶⁴⁰.

¹⁶³¹ « *Aktive Vertretung* » (all.) ; « *reprezentacja czynna* » (pl.). La représentation active est codifiée au § 164, alinéa 1^{er}, du B.G.B, et à l'article 95, § 1 et 2, du Code civil polonais.

¹⁶³² « *Passive Vertretung* » (all.) ; « *reprezentacja bierna* » (pl.). La représentation passive est codifiée au § 164, 3^{ème} alinéa, du B.G.B, et à l'article 109 du Code civil polonais.

¹⁶³³ Traduction du § 164, alinéa 1^{er}, B.G.B., de J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 11.

¹⁶³⁴ Traduction du § 164, 3^{ème} alinéa, B.G.B., de J.-L. BRAEGGER, *ibid.* Dans le même sens, en droit polonais : M. SMYK, thèse préc., I, III, pt. 2.

¹⁶³⁵ J.-L. BRAEGGER, *loc. cit.* ; M. FROMONT, A. RIEG (dir.), *Introduction au droit allemand, op. cit.*, p. 60.

¹⁶³⁶ J.-L. BRAEGGER, *loc. cit.* ; M. FROMONT, A. RIEG (dir.), *ibid.*

¹⁶³⁷ V. en droit allemand : L. ENNECCERUS, H.K. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, zweiter Halbband, Tübingen 1960, p. 1087 ; D. MEDICUS, *op. cit.*, p. 328 ; O. JAUERNIG *op. cit.*, p. 120 ; K. LARENZ et M. WOLF, *op. cit.*, p. 830 (cités par M. SMYK, thèse préc., I, III, pt. 2, note 280) ; et, en droit polonais : A. SZPUNAR, « Stanowisko prawne pełnomocnika », art. préc., p. 74 ; B. GAWLIK, « Przedstawicielstwo », *op. cit.*, p. 730 ; J. STRZEBINCZYK in *Kodeks cywilny, op. cit.*, p. 255.

¹⁶³⁸ M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 22 ; J. GRYKIEL, *Powstanie prokury, op. cit.*, p. 339.

¹⁶³⁹ V. par ex., les articles 205, 373, 300⁶⁶ et 300⁷⁸ du Code des sociétés polonais, relatifs à la représentation de la S.A.R.L., de la SA et de la PSA à directoire et à conseil d'administration. En leur § 1, ces dispositions visent la représentation active : « *En l'absence de dispositions statutaires, l'émission de déclarations de volonté au nom de la société est subordonnée à l'action conjointe de deux membres de l'organe de direction ou d'un seul conjointement avec un fondé de pouvoir* » (traduction libre).

¹⁶⁴⁰ V. par ex., les articles 205, 373, 300⁶⁶ et 300⁷⁸ du Code des sociétés polonais, qui, en leur § 2, réglementent la représentation passive de la S.A.R.L., de la SA, de la PSA à directoire et à conseil d'administration : « *Les déclarations de volonté émises à l'égard de la société ainsi que la réception d'actes écrits peuvent être réalisés par l'un des membres de l'organe de direction ou par un fondé de pouvoir* » (traduction libre).

558. La distinction entre la représentation active et la représentation passive est avant tout théorique. En effet, en vertu de l'alinéa 3, du § 164, B.G.B., et de l'article 109 K.C., la représentation passive se voit appliquer le même régime que la représentation active¹⁶⁴¹. Ces deux modalités de la représentation produisent ainsi des effets juridiques identiques¹⁶⁴² (la déclaration émise ou acceptée par le représentant produit des effets directement dans la sphère juridique de la personne représentée). Surtout, la représentation passive n'est pas considérée comme une source d'habilitation à part entière¹⁶⁴³. Dès lors, l'institution d'un fondé de pouvoir et sa révocation emporte concomitamment la naissance et l'extinction de ces deux formes d'habilitation¹⁶⁴⁴.

559. **Les sources du pouvoir de représentation légalement consacrées en droits français, allemand, et polonais.** Traditionnellement, la nature juridique de la représentation est déterminée en fonction de sa source¹⁶⁴⁵. Les droits allemand et polonais en distinguent deux : la loi et la volonté¹⁶⁴⁶. Aussi, la représentation peut être légale¹⁶⁴⁷ ou volontaire¹⁶⁴⁸ (la « *Vollmacht* » allemande¹⁶⁴⁹ et le « *pełnomocnictwo* » polonais, sur lesquels s'appuie la *prokura*). La représentation volontaire, dans le modèle germanique, constitue le pendant de la représentation conventionnelle connue du droit français. À leurs

¹⁶⁴¹ En droit allemand, le 3^{ème} alinéa du § 164 B.G.B. prévoit que « [l]es dispositions de l'alinéa 1 [relatives à la représentation active] sont applicables par analogie lorsqu'une déclaration de volonté qui doit être mise en œuvre envers une autre personne a lieu envers son représentant » : traduction de Cl. WITZ, *Code civil allemand, op. cit.*, p. 58. En droit polonais, l'article 109 K.C. prévoit que « [l]es dispositions de la présente section [i.e. sur la représentation] s'appliquent respectivement, lorsqu'une déclaration de volonté doit être communiquée au représentant. » (traduction libre).

¹⁶⁴² J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 11.

¹⁶⁴³ J. GRYKIEL, *loc. cit.*

¹⁶⁴⁴ J. GRYKIEL, *loc. cit.*

¹⁶⁴⁵ F. RIGAUX, thèse préc., p. 8, spéc. § 4, pp. 7 et s., pour une analyse détaillée des principales classifications de la représentation.

¹⁶⁴⁶ En droit polonais, l'article 96 K.C. qui introduit les dispositions sur la représentation, dispose que « l'habilitation à agir au nom d'autrui peut s'appuyer sur la loi (*przedstawicielstwo ustawowe* [soit la représentation légale]) ou sur une déclaration de volonté du représenté (*pełnomocnictwo* [soit la procuration]) : traduction libre. Dans le B.G.B., il faut se référer aux premières dispositions sur la représentation, d'ordre général, qui concernent ensemble la représentation légale et la procuration (§§ 164 à 166) : Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, p. 392.

¹⁶⁴⁷ « *Gesetzliche Vertretung* » (all.), et « *przedstawicielstwo ustawowe* » (pl.).

¹⁶⁴⁸ Monsieur RIGAUX utilise également la notion de « représentation par habilitation » pour désigner la représentation volontaire : F. RIGAUX, thèse préc., *passim*.

¹⁶⁴⁹ F. RIGAUX, *ibid.*, p. 30. La « *Vollmacht* » est également, mais plus rarement, qualifiée de « *gewillkürte Vollmacht* » ou de « *rechtsgeschäftliche Vollmacht* » : *ibid.*, p. 7, ainsi que la littérature citée, note 1.

côtés, le droit français discerne, en plus, la représentation judiciaire¹⁶⁵⁰. Cette trilogie, traditionnelle en droit interne¹⁶⁵¹, est dorénavant consacrée à l'article 1153 du Code civil, qui distingue « [l]e représentant légal, judiciaire ou conventionnel (...) », typologie reprise aux articles suivants¹⁶⁵².

560. Les notions de représentation conventionnelle et volontaire – qui définissent respectivement la nature de la délégation du pouvoir de représentation et de la prokura – ne se recoupent pas entièrement (1), bien qu'elles soient fréquemment employées comme synonymes¹⁶⁵³, par opposition à la représentation légale et judiciaire¹⁶⁵⁴ (2).

¹⁶⁵⁰ Les internationalistes estiment que la représentation judiciaire n'est qu'une sous-catégorie de la représentation légale, qui comprendrait tous les cas dans lesquels les pouvoirs sont conférés par la loi, que le législateur désigne ou non expressément le titulaire de ces pouvoirs : F. RIGAUX, *ibid.*, pp. 8 et s. Cette précision n'a d'intérêt que pour le choix du régime juridique applicable à un rapport de droit mettant en cause différents systèmes juridiques, qui reconnaissent, en sus de la représentation légale, la représentation judiciaire.

¹⁶⁵¹ F. RIGAUX, *ibid.*, pp. 8-9.

¹⁶⁵² V. en particulier, les articles 1158, alinéa 1^{er}, et 1159, 2^{ème} alinéa, du Code civil.

¹⁶⁵³ Lorsque Monsieur RIGAUX répertorie les rapports de représentation existants dans les systèmes juridiques objets de son étude, cet auteur range la procuration dans la catégorie de la représentation volontaire, qu'il appelle également représentation par habilitation : F. RIGAUX, thèse préc., p. 30. Monsieur WITZ affirme pour sa part que la procuration relève de la représentation conventionnelle : Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op.cit.*, n° 506, p. 392. Il est vrai qu'en doctrine, ces trois appellations (représentation volontaire, par habilitation et conventionnelle) sont fréquemment employées comme des synonymes, désignant supposément la même chose, en particulier par opposition à la représentation légale et judiciaire.

¹⁶⁵⁴ V. par ex. F. RIGAUX, *ibid.*, pp. 7, 10 et 14.

1) Représentation volontaire et représentation conventionnelle

561. **Représentation volontaire (modèle germanique) et représentation conventionnelle (modèle français).** La représentation volontaire suppose que le pouvoir de représentation ait été volontairement conféré par le représenté. L'habilitation du représentant peut, à cet égard, dériver ou bien d'un acte bilatéral (donc d'un échange de volonté entre le représentant et le représenté), ou bien d'une manifestation de volonté du représenté¹⁶⁵⁵ (donc d'un acte juridique unilatéral). La première hypothèse correspond à la représentation conventionnelle qui, par définition¹⁶⁵⁶, exige un accord de volonté entre le maître de l'affaire et le représentant afin d'habiliter ce dernier à accomplir des actes au nom du représenté.

La représentation conventionnelle constitue donc un aspect de la représentation volontaire, dans la mesure où elle repose sur un accord de volonté. Inversement, la représentation volontaire n'est pas nécessairement conventionnelle, comme en témoigne la théorie de la représentation façonnée par le système germanique, dans laquelle le pouvoir du représentant puise sa source dans un acte juridique unilatéral du représenté¹⁶⁵⁷. Cette déclaration de volonté est indépendante de toute convention, constituée par un contrat de base intéressant les rapports internes entre les parties¹⁶⁵⁸.

562. **De lege lata : la source unilatérale de la prokura, et conventionnelle de la délégation du pouvoir de représentation.** À la différence de la délégation du pouvoir de représentation, la prokura revêt, en l'état actuel du droit positif¹⁶⁵⁹, un caractère unilatéral¹⁶⁶⁰ : l'habilitation du fondé de pouvoir trouve sa source dans la seule volonté du représenté¹⁶⁶¹. En droit français, le législateur a au contraire consacré une forme

¹⁶⁵⁵ F. RIGAUX, *ibid.*, p. 8 ; R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 3^{ème} éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, n° 1431.

¹⁶⁵⁶ « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations » : nouvel article 1101 du Code civil. V. égal. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Convention » (I, 1).

¹⁶⁵⁷ Cf. *infra*, n° 579. La notion de « représentation volontaire » est donc préférée à la notion de « représentation conventionnelle » dans les ouvrages traitant de ce mécanisme en droit allemand : v. not. M. FROMONT, A. RIEG (dir.), *Introduction au droit allemand*, *op. cit.*, p. 60.

¹⁶⁵⁸ Cf. *supra*, n° 579.

¹⁶⁵⁹ Le caractère unilatéral de l'habilitation du fondé de pouvoir en droit polonais paraît toutefois avoir été récemment remis en cause : cf. *supra*, n° 397 et s.

¹⁶⁶⁰ Cf. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, n° 512.

¹⁶⁶¹ Cf. *supra*, n° 579, et la littérature citée, note 1703.

conventionnelle de la technique de la représentation ; il s'en déduit que la délégation de ce pouvoir emprunte une nature contractuelle¹⁶⁶².

563. La représentation volontaire, à laquelle appartiennent la technique de la délégation du pouvoir de représentation en droit français et la *prokura* dans le modèle germanique, se distingue de la représentation légale ou forcée.

2) Représentation volontaire et représentation légale (forcée)

564. La représentation volontaire doit être distinguée de la représentation légale (ou forcée¹⁶⁶³). Dans le premier cas, la représentation émane d'une manifestation de volonté (unique dans le cas de la représentation volontaire caractéristique du modèle germanique, ou plurielle dans le cas de la représentation conventionnelle propre au droit français). Au contraire, la représentation forcée est imposée par le législateur ; le représentant tire ses pouvoirs de la loi. C'est le législateur qui confère à une personne déterminée le pouvoir d'en représenter une autre. La *procuracion* correspond, dans les droits allemand et polonais, au terme spécifique pour désigner la représentation volontaire, aux côtés de la représentation légale¹⁶⁶⁴.

La classification d'un rapport de représentation donné soulève toutefois des difficultés lorsque, sans être exclusive, la loi participe, aux côtés de la volonté, à la formation ou à l'étendue du rapport de représentation.

565. **Difficultés suscitées par le concours de sources à un même rapport de représentation.** L'intervention du législateur n'a pas nécessairement lieu au moment de la constitution du pouvoir de représentation, mais tient parfois à la détermination de son étendue. Lorsque le pouvoir de représenter une personne a pour origine un (ou plusieurs) acte(s) de volonté, mais que l'étendue du pouvoir de représentation est fixée impérativement par le législateur, convient-il de ranger ledit pouvoir dans la catégorie de la représentation volontaire ou dans celle de la représentation légale¹⁶⁶⁵ ? Ce concours de

¹⁶⁶² Cf. *supra*, n° 401 et s.

¹⁶⁶³ G. WICKER, « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », art. préc., n° 3.

¹⁶⁶⁴ Littéralement, « *gesetzliche Vertretung* » en allemand, et « *przedstawicielstwo ustawowe* » en polonais.

¹⁶⁶⁵ G. WICKER, « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », art. préc., n° 9.

sources, qui caractérise la prokura, interroge ainsi la doctrine française sur la classification de ce pouvoir de représentation.

B) La nature volontaire de l'habilitation du fondé de pouvoir

566. En droits allemand et polonais, la procuration de droit commun procède d'un acte de volonté unilatéral du représenté¹⁶⁶⁶. À la différence de la prokura, le constituant est également libre de déterminer l'étendue de l'habilitation. Le droit commun distingue trois différents types de procurations : la procuration spéciale, la procuration pour l'accomplissement d'un acte déterminé et la procuration générale¹⁶⁶⁷.

Pour certains auteurs, cette différence fondamentale entre la prokura, d'une part, et les différentes procurations civiles, d'autre part, a justifié à tort l'exclusion de la prokura de la catégorie de la représentation volontaire.

567. La classification controversée du rapport de représentation issu d'une prokura. Conformément à la *summa divisio* commune aux droits allemand et polonais¹⁶⁶⁸, la prokura appartient nécessairement à l'une ou l'autre catégorie de représentation : légale ou volontaire. Si l'institution d'un fondé de pouvoir procède, à l'instar de la procuration de droit commun, d'un acte de volonté de l'entrepreneur représenté, une controverse relative à la classification de la prokura au sein de la représentation volontaire résulte de la définition légale de l'habilitation du fondé de pouvoir¹⁶⁶⁹. Le fondé de pouvoir est habilité, en droits allemand et polonais, à réaliser « *tous les actes judiciaires et extra-judiciaires* » au nom de la société représentée (art. 109¹, § 1, K.C., en droit polonais ; § 49, § 1, H.G.B., en droit allemand). L'un des points fondamentaux qui distingue la prokura de la procuration civile réside dans son étendue qui est fixée par la loi, et non par le représenté, comme dans le droit commun. L'habilitation du fondé de pouvoir revêt en outre un caractère impératif¹⁶⁷⁰. Il n'est pas possible de limiter l'étendue de cette habilitation à l'égard des tiers. De telles limitations leur seraient inopposables¹⁶⁷¹.

¹⁶⁶⁶ Cf. *supra*, n° 580.

¹⁶⁶⁷ Cf. *supra*, note 1477.

¹⁶⁶⁸ Cf. *supra*, n° 559.

¹⁶⁶⁹ F. RIGAUX, thèse préc., p. 14.

¹⁶⁷⁰ Cf. *infra*, n° 610 e s.

¹⁶⁷¹ Cf. la littérature citée *infra*, note 1818.

568. En réalité, cette controverse repose sur une confusion entre, d'une part, la *source* de l'habilitation du représentant et, d'autre part, le concours de la loi dans la détermination de l'étendue de son pouvoir de représentation¹⁶⁷². La détermination légale et impérative de l'étendue du pouvoir de représentation du fondé de pouvoir justifie en elle-même, pour certains auteurs, la classification de la prokura dans la catégorie de la représentation légale¹⁶⁷³ ; d'autres auteurs indiquent simplement qu'il s'agit là d'un point commun entre la représentation légale et la prokura¹⁶⁷⁴.

Toutefois, la thèse de la représentation légale est rejetée de façon unanime en droits allemand et polonais.

569. **Le consensus unanime au sein des doctrines allemande et polonaise quant à la nature volontaire de la prokura.** L'origine du pouvoir de représentation constitue, tant en droit allemand qu'en droit polonais, le critère distinctif dans l'application du régime de la représentation légale ou volontaire. Monsieur GRYKIEL affirme que la notion de procuration de l'article 96 du Code civil polonais englobe « *tous les cas d'habilitation reposant sur une manifestation de volonté du représenté* »¹⁶⁷⁵. Or, comme dans le cas de la procuration de droit commun, l'habilitation du représentant ayant la qualité de fondé de pouvoir est imputable à un acte de volonté du représenté. C'est la raison pour laquelle les auteurs allemand et polonais considèrent de manière unanime que la prokura est, à l'instar de la procuration de droit commun, un pouvoir de représentation volontaire¹⁶⁷⁶.

¹⁶⁷² Cf. *supra*, n° 220, et la littérature citée, note 701.

¹⁶⁷³ Pour M. RAAPE, la représentation de la personne morale par ses organes constitue, à l'instar de la prokura, un mode de représentation non volontaire : L. RAAPE, *Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes du droit international privé*, Leiden, Boston : Brill, cop. 2008, p. 502-506, cité par F. RIGAUX, thèse préc., p. 13, note 1.

¹⁶⁷⁴ A. KIDYBA, *Prawo handlowe*, *op. cit.*, p. 106.

¹⁶⁷⁵ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 28

¹⁶⁷⁶ F. RIGAUX, thèse préc., p. 15. En doctrine polonaise, v. J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 8 ; M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 35 ; J. PAZDAN, *Pelnomocnictwo w prawie prywatnym międzynarodowym*, *op. cit.*, p. 5 (éd. élec.), et, en doctrine allemande : E. RABEL, « Vertretungsmacht für obligatorische Rechtsgeschäfte », *RabelsZ* 1929, pp. 811 et 835 ; L. RAAPE, *Internationales Privatrecht*, Berlin-Frankfurt a.M. 1961, p. 502 ; R. HAUSMANN in *Internationales Vertragsrecht*, Ch. REITHMANN, D. MARTINY (réd.), Köln 1996, p. 1351 ; J. RUTHIG, *op. cit.*, p. 100. V. égal., au sein de la littérature suisse, H. BERGER, *Das Statut der Vollmacht im schweizerischen IPR*, Zürich, 1974, pp. 119 et s. ; M. KELLER, D. GIRSBERGER in *IPRG Kommentar*, A. v. HEINI, M. KELLER, K. SIEHR, F. VISCHER, P. VOLKEN (réd.), Zürich, 1993, p. 1076, n° 7 (cités par J. PAZDAN, *ibid.*).

570. Nous avons vu que la procuration correspondait, dans le modèle germanique, à un pouvoir de représentation direct et volontaire, et que la *prokura* constituait une procuration qui a la particularité de voir son étendue légalement déterminée, caractéristique qui ne remet pas en cause la nature volontaire de ce pouvoir.

L'institution de la procuration remplit donc, au sein du modèle germanique, la fonction traditionnellement reconnue à la construction « du mandat de représentation » en droit français, figure à laquelle il convient de substituer celle du pouvoir de représentation introduit avec la réforme de 2016, réglementée aux articles 1153 et s. du Code civil.

571. Après avoir défini et isolé l'institution germanique de la procuration à la lumière du *Trennungsprinzip* (soit le principe de dissociation du pouvoir de représentation par rapport au rapport interne), il reste à établir le lien qu'elle entretient avec le rapport interne ou contrat de base. Ce lien est gouverné par le principe d'abstraction (*Abstraktionsprinzip*) qui consacre l'autonomie juridique de la procuration.

§ 2 – L'abstraction de la procuration dans le modèle germanique

572. Le Professeur Paul LABAND, dans sa célèbre formule¹⁶⁷⁷, indique, *in fine*, que les rapports interne et externe ont « *des conditions d'existence, des objets et des effets différents* »¹⁶⁷⁸. C'est le principe d'abstraction dans le domaine de la représentation qui est énoncé, et qui parachève juridiquement la séparation de la technique de représentation du contrat de mandat, et de tout autre rapport générateur d'obligations, en conférant à la représentation un régime juridique autonome.

Méthodiquement, cette nouvelle perception du pouvoir de représentation qui, conformément à la thèse soutenue par Paul LABAND, consiste en un pouvoir abstrait d'action dans la sphère juridique d'autrui, justifie et impose une réglementation séparée de la représentation et du contrat de mandat¹⁶⁷⁹.

¹⁶⁷⁷ Cf. *supra*, n° 492.

¹⁶⁷⁸ P. LABAND, art. préc., p. 183 (traduction de J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 16).

¹⁶⁷⁹ Cf. *supra*, note 63 (réglementation de la représentation en droit allemand et polonais), n° 52 et s. (réglementation du mandat en droit allemand), et n° 67 et s. (réglementation du mandat en droit polonais).

573. **Le principe d'abstraction : un fondement du droit privé allemand**¹⁶⁸⁰. Le principe d'abstraction (*Abstraktionsprinzip*) constitue l'un des principes fondamentaux du droit privé allemand ; c'est l'un des préceptes hérités du droit romain¹⁶⁸¹, dont le Saint-Empire germanique s'était donné pour ambition de prolonger la force. SAVIGNY, à l'origine de la notion de « contrat réel abstrait », est considéré comme le « père spirituel » de la théorie de l'abstraction¹⁶⁸². Par la suite, l'École des Pandectes allemande se l'approprie¹⁶⁸³ et le principe sera consacré par les rédacteurs du B.G.B.

574. **La notion de contrat réel abstrait avancée par SAVIGNY**. Dans son *Traité de droit romain*, SAVIGNY expose la notion de « contrat réel abstrait »¹⁶⁸⁴, à travers laquelle il consacre la séparation formelle entre le droit des obligations et le droit des biens. Rappelons que dans le contrat de vente, le droit romain opère une distinction entre le rapport d'obligation proprement dit, par lequel le vendeur s'engage à vendre et l'acquéreur à acheter (la *causa*), et le transfert de propriété, qui nécessite un acte matériel distinct, la remise de la chose (la *traditio*). Pour SAVIGNY, cette séparation de la *traditio* et de la *causa* constitue un pivot du droit romain. Fort de cette distinction, l'auteur formule la thèse selon laquelle l'opération de vente présuppose, en réalité, l'existence de deux rapports juridiques parallèles, tous deux de nature contractuelle : d'une part le rapport translatif de

¹⁶⁸⁰ Pour une étude détaillée de l'obligation abstraite en droit comparé, v. L. OSIAS, *L'acte abstrait en droit comparé*, thèse Paris 1924 ; H. DE PAGE, *L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1957 ; A. BOTTIAU et M. MARTINEK, « *Le célèbre Abstraktionsprinzip du droit allemand ou le trait de génie de Savigny entre passé et avenir* », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer*, Défossez, Montchrestien, 2012, pp. 29 et s. ; Y. THOMAS, « Une invention de la romanistique allemande : l'acte de transfert abstrait », *Droits*, 1988, p. 37 ; R. WINTGEN, *Etude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, th. Paris I, préf. J. Ghestin, L.G.D.J., 2004, n° 233 et s., et, en doctrine allemande, v. R. SCHULTZE, « La représentation - propos introductifs », in D. MAZEAUD *et al.* (dir.), *op. cit.*, les auteurs cités p. 15, note 35 ; J. CREUTZIG, art. préc. ; R. WINTGEN, *ibid.* ; L. BRÜTT, *Die abstrakte Forderung nach deutschem Reichsrecht*, Berlin, 1908 ; E. COHN, « Zur Lehre vom Wesen des abstrakten Geschäfts » in *Archiv für die civilistische Praxis*, t. 135, 1932 (cités, parmi d'autres auteurs, par J. CREUTZIG, *ibid.*, art. préc., p. 373, notes 1 et 2, et, pour l'obligation abstraite en droit anglais, v. les auteurs cités, p. 375, note 15).

¹⁶⁸¹ Cl. WITZ, *Le droit allemand*, *op. cit.*, p. 105 ; J. CREUTZIG, *ibid.*, p. 374

¹⁶⁸² Cl. WITZ, *Le droit allemand*, *op. cit.*, p. 105.

¹⁶⁸³ K. KREUZER, « La propriété mobilière en droit international privé », in *Recueil des cours - Collected courses of the Hague Academy of international law 1996*, t. 259, 1997, p. 96.

¹⁶⁸⁴ SAVIGNY, *Traité de droit romain*, traduit par C. GUENOUX, *op. cit.*, t. III, p. 312. L'institution du contrat réel abstrait est consacrée pour la première fois dans le Code civil du Royaume de Saxe (§ 254 du Sächsisches B.G.B.) de 1863/1865.

propriété¹⁶⁸⁵ (le *Verfügungsgeschäft*) et, d'autre part, le rapport contenant l'accord à la vente, soit l'engagement de vendre et d'acquérir sous-jacent et générateur d'obligations (le *Verpflichtungsgeschäft*).

575. Si le contrat de vente est un contrat réel, qui s'opère par la remise de la chose, encore faut-il déterminer le sort du rapport juridique sous-jacent (l'acte créateur d'obligations, la volition ou *causa*), une personne ne s'obligeant pas sans poursuivre un objectif déterminé¹⁶⁸⁶. Assurément, cette difficulté intéresse aussi bien la question du transfert de propriété que celle de l'habilitation d'un tiers à agir à la place d'autrui (avec le diptyque procuration/mandat).

576. **La signification du principe d'abstraction : la séparation de la cause et de ses effets.** La reconnaissance de deux liens juridiques parallèles dans le contrat de vente amène SAVIGNY à s'interroger sur les rapports entretenus entre le contrat réel et le rapport sous-jacent, créateur d'obligations. Si le principe de la *traditio* est largement répandu sur le territoire prussien et accepté par ses contemporains, la proposition de SAVIGNY de l'ériger en un acte abstrait, concept nouveau, se heurte au premier abord à une opposition d'éminents juristes allemands, qui y voient une déformation des textes romains¹⁶⁸⁷. Le principe d'abstraction implique que les contrats translatifs de propriété¹⁶⁸⁸ constituent des actes juridiques indépendants du contrat créateur d'obligations ; ainsi, la validité du transfert de propriété ne dépend plus du contrat obligationnel sous-jacent (la *causa*)¹⁶⁸⁹,

¹⁶⁸⁵ « *La traditio est donc un vrai contrat ; (...) car elle contient la déclaration de volonté des deux parties visant le transfert immédiat de la possession et de la propriété, et les rapports juridiques des acteurs sont modifiés.* », SAVIGNY, *loc. cit.*

¹⁶⁸⁶ J. CREUTZIG, art. préc., p. 375 (traduit de l'allemand par P. CHENUT).

¹⁶⁸⁷ S. VON PUFENDORF, J. N. HERTIUS, *Acht Bücher vom Natur- und Völkerrecht.*, 2^{ème} éd., Frankfurt/Main 1711, Hildesheim : Olms, 2001, p. 11. Ainsi, pour HUGO, THIBAUT et GLÜCK, l'interprétation de SAVIGNY des textes romains est erronée ; ces derniers renvoient au *titulus* (l'accord, la *causa*) et au *modus* (élément matériel, qui se traduit le plus fréquemment par la remise de la chose), et non à un quelconque contrat réel abstrait.

¹⁶⁸⁸ « *Verfügungsgeschäft* » (all.).

¹⁶⁸⁹ Comp. avec le système français « consensualiste » ou « causal de tradition » (expressions empruntées à K. KREUZER, art. préc., p. 97) qui, abandonnant la *traditio* romaine, confère au rapport obligationnel un effet translatif de propriété : « *Elle [la vente] est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé* » (article 1583 du Code civil). La même remarque s'applique à la donation en droit français (v. l'article 938, C. civ.). Monsieur KREUZER oppose le modèle français au « système abstrait de tradition » consacré par le législateur allemand : *ibid.*, p. 96.

ces deux rapports étant juridiquement autonomes¹⁶⁹⁰. Autrement dit, « *l'opération juridique est abstraite, puisqu'il s'y attache un effet indépendant de la réalisation du but poursuivi* »¹⁶⁹¹.

La distinction entre ces deux rapports de droit ainsi que le principe d'abstraction sont repris par les rédacteurs du B.G.B., qui réglementent dans deux parties séparées les actes créateurs d'obligation (Livre II du B.G.B.) et les actes de disposition (Livre III du B.G.B.)¹⁶⁹².

577. L'abstraction appliquée à la procuration. L'analyse des actes translatifs de propriété en droit allemand est transposable à la procuration. Cette institution, qui correspond dans le système germanique au pouvoir de représentation volontaire, est un acte abstrait¹⁶⁹³, « *comme l'est le transfert de propriété au contrat de vente* »¹⁶⁹⁴. Le principe d'abstraction, appliqué à la représentation¹⁶⁹⁵, peut donc se traduire comme « *la théorie de l'indépendance du pouvoir de représentation* »¹⁶⁹⁶ par rapport au contrat de

¹⁶⁹⁰ Le *Trennungs – und Abstraktionsprinzip* s'applique essentiellement au droit des biens, le droit allemand séparant nettement cette matière du droit des obligations : Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, n° 509 et, du même auteur, *Le droit allemand*, *op. cit.*, pp. 104 et s. ; K. KREUZER, art. préc., p. 96.

¹⁶⁹¹ J. CREUTZIG, art. préc., p. 376.

¹⁶⁹² V., pour le contrat de vente, le § 929 du B.G.B.

¹⁶⁹³ Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, p. 383 et s., n° 509 et s. ; Cl. WITZ, *Le droit allemand*, *op. cit.*, pp. 106 et 114-115 ; M. FROMONT, A. RIEG (dir.), *Introduction au droit allemand*, *op. cit.*, p. 59 ; F. RIGAUX, thèse préc., pp. 51 et s. En droit allemand, v. not. H. SCHULTZE v. LASAULX in H.T. SOERGEL, *op. cit.*, p. 796 : « *Während früher die abstrakte Natur streite war, ist sie jetzt in der deutschen Rechtsprechung und Lehre ganz allgemein anerkannt* » (« *Si pendant un temps l'abstraction était controversée, elle est dorénavant reconnue dans la jurisprudence et l'enseignement en Allemagne* » : traduction libre) ; K. LARENZ, M. WOLF, *op. cit.*, p. 870. Plus d'auteurs, v. M. SMYK, thèse préc., note 506. En droit polonais, v. not. S. GRZYBOWSKI, *System prawa cywilnego. Część ogólna*, t. I, Wrocław, 1974, p. 616, et, dans la doctrine d'avant-guerre : L. DOMAŃSKI, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Komentarz teoretyczno-praktyczny. Część ogólna*, Warszawa, 1936, et I. ROSENBLÜTH, in J. KORZONEK, I. ROSENBLÜTH, *Kodeks zobowiązań. Komentarz*, Kraków, 1934, pp. 187-188 (cités par M. SMYK, *ibid.*).

¹⁶⁹⁴ Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, n° 509, p. 394, et s. V. égal. du même auteur, *Le droit allemand*, *op. cit.*, p. 106, et R. SCHULTZE, « La représentation - propos introductifs », in D. MAZEAUD *et al.* (dir.), *op. cit.*, p. 14, et la doctrine allemande citée, note 28 : H. BROX et W.-D. WALKER, *Allgemeiner Teil des B.G.B.*, 39^{ème} éd., Munich, Vahlen, 2015, n° 117 et 551.

¹⁶⁹⁵ Le caractère abstrait de l'habilitation est qualifié d'« *abstraktes rechtsgeschäft* » : F. RIGAUX, thèse préc., p. 53.

¹⁶⁹⁶ « *Teoria samoistności pełnomocnictwa* » : M. SMYK, thèse préc., II, I, pt. 5.1, ou « *teoria samodzielności pełnomocnictwa* » : *ibid.*, pt. 5.2 ; G. REINER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand », in D. MAZEAUD, *et al.*, *op. cit.*, p. 24. Cette théorie s'oppose à la thèse de la procuration accessoire (au mandat) : M. SMYK, *ibid.*, pt. 5.1, et les auteurs cités note 495.

base **(A)** – nonobstant le lien causal qui les unit –, dont il conviendra de préciser la portée **(B)**.

A) L'autonomie juridique de la procuration

578. Dans le modèle germanique, en application des principes de séparation et d'abstraction, les rapports interne et externe sont juridiquement indépendants. Cette indépendance se matérialise dès l'acte constitutif de ces rapports de droit, propre à chacun d'eux **(1)**. Elle s'illustre encore par le caractère facultatif du rapport interne dans la réalisation de la représentation **(2)** et, en sa présence, par l'absence de convergence nécessaire entre son contenu et l'habilitation externe **(3)**.

1) *Un acte d'habilitation autonome*

579. **La source du pouvoir de représentation : la « *Bevollmächtigung* » en droit allemand, « *umocowanie* » en droit polonais.** Quelle que soit la nature du rapport conventionnel sous-jacent liant le représentant au représenté¹⁶⁹⁷, le pouvoir de représentation est indépendant et son existence requière un acte juridique distinct dudit contrat¹⁶⁹⁸, dénommé « *Bevollmächtigung* » en droit allemand et « *umocowanie* »¹⁶⁹⁹ en droit polonais. La *Bevollmächtigung* se définit comme « *l'acte par lequel une personne confère à autrui le pouvoir de représentation* »¹⁷⁰⁰ ; autrement dit, c'est un acte d'habilitation¹⁷⁰¹. Ainsi, la *Vollmacht* ou procuration tire sa source de l'acte d'habilitation¹⁷⁰², à l'instar de la *prokura*¹⁷⁰³. Par conséquent, c'est l'acte d'habilitation, et non le contrat de base¹⁷⁰⁴, qui définit l'étendue du pouvoir de représentation¹⁷⁰⁵.

La *Bevollmächtigung* se distingue donc du rapport contractuel liant le représenté au représentant (le rapport de base)¹⁷⁰⁶ ainsi que du rapport externe proprement dit¹⁷⁰⁷.

580. **La nature unilatérale de l'acte d'habilitation.** La définition de la procuration au § 166, alinéa 2, B.G.B. indique que la *Vollmacht* est le « *pouvoir de représentation conféré*

¹⁶⁹⁷ Cf. *supra*, pp. x et s.

¹⁶⁹⁸ R. SCHULTZE, « La représentation - propos introductifs », in D. MAZEAUD *et al.* (dir.), *op. cit.*, pp. 14-15.

¹⁶⁹⁹ M. SMYK, thèse préc., I, II, pt. 1.

¹⁷⁰⁰ Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, n° 506, p. 392 ; J.- L. BRAEGGER, thèse préc., p. 17.

¹⁷⁰¹ F. RIGAUX, thèse préc., p. 36. En jurisprudence polonaise, v. SN., 8 mai 2001, IV CKN 354/00, Lex n° 52538 : « *la confection d'une procuration constitue un acte juridique unilatéral d'habilitation (...)* » (traduction libre).

¹⁷⁰² Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, n° 507, p. 392.

¹⁷⁰³ Cl. WITZ, *ibid.*, n° 512.

¹⁷⁰⁴ Cl. WITZ, *ibid.*, n° 511.

¹⁷⁰⁵ Comme l'a rappelé la jurisprudence allemande au début du siècle passé, en application du principe d'abstraction, le tiers est censé vérifier si l'acte qu'il a passé avec le représentant rentre dans le champ de son habilitation, et non s'il est conforme au mandat : RG 14 juin 1909, RGZ 71, 219 ; RG 15 février 1911, RGZ 75, 299 (cités par F. RIGAUX, thèse préc., p. 53, note 2).

¹⁷⁰⁶ Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, n° 508, p. 393.

¹⁷⁰⁷ Cl. WITZ, *ibid.*, p. 392.

par un acte juridique »¹⁷⁰⁸ (par opposition à la représentation tirant sa source d'une disposition légale). À la différence du droit polonais, où le législateur précise que l'acte d'habilitation revêt un caractère unilatéral (article 96 K.C.¹⁷⁰⁹), le législateur allemand ne précise pas si cet acte est unilatéral ou bilatéral (§§ 166 et 167 B.G.B.¹⁷¹⁰). Aussi, dans le silence des textes, la question s'est posée, en doctrine allemande, de savoir si la volonté seule du représenté suffit à créer le pouvoir de représentation ou si l'acceptation du représentant est nécessaire. Il est aujourd'hui acquis¹⁷¹¹ qu'il s'agit d'un acte juridique unilatéral¹⁷¹², qui repose sur une déclaration de volonté du seul représenté¹⁷¹³. Il faut souligner ici que le droit polonais semble avoir remis en cause ce principe en ce qui concerne l'habilitation du fondé de pouvoir¹⁷¹⁴.

581. Les destinataires de l'acte d'habilitation. Par définition, l'acte d'habilitation s'adresse aux tiers¹⁷¹⁵, puisqu'il détermine les actes du représentant qui vont engager le représenté. En droits allemand et polonais, il est admis que la déclaration de volonté du représenté puisse ainsi être adressée, pour être valable, non seulement au bénéficiaire du

¹⁷⁰⁸ Cl. WITZ, *ibid.*, n° 506, p. 392. De même, en droit polonais, l'article 96 K.C. prévoit que « [l]e pouvoir d'agir au nom d'autrui s'appuie sur la loi (représentation légale) ou sur une déclaration de volonté du représenté (procuration). » (traduction libre).

¹⁷⁰⁹ V. égal. en doctrine, J. FABIAN, *op. cit.*, p. 46 ; M. SMYK, II, I, pt. 2 ; M. PAZDAN in *System Prawa Prywatnego*, *op. cit.*, p. 512 ; J. STRZEBINCZYK in *Kodeks cywilny*, *op. cit.*, p. 242, et, en jurisprudence, SA Varsovie, 13 févr. 1997 r., I ACr 18/97, Lex n° 29661. En Pologne, une partie de la doctrine estime toutefois que le pouvoir du représentant peut aussi procéder d'un rapport contractuel, et que c'est notamment le cas pour la procuration processuelle : M. SMYK, *ibid.*, et la littérature citée, note 387. C'est la position adoptée par la jurisprudence en ce qui concerne ce type de procuration : v. SN, 30 nov. 1999 r., I CZ 105/99, Lex n° 44071, et SN., 7 juin 1949 r., Kr. C. 241/49, PiP 1949, z. 12, pp. 150-151.

¹⁷¹⁰ « Dans le cas où le pouvoir de représentation est conféré par un acte juridique (procuration) (...) » (§ 166, alinéa 2, B.G.B.) ; « La procuration est conférée par une déclaration adressée à la personne qui doit en être titulaire ou au tiers à l'égard de qui la représentation doit avoir lieu. » (§ 167 B.G.B.) : traduction de G. LARDEUX *et al.*, *op. cit.*, p. 58.

¹⁷¹¹ La procuration est conçue originellement par LABAND comme un contrat consensuel : J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 18 citant P. LABAND, art. préc., p. 208. C'est LENEL qui affirme le premier qu'elle tire sa source d'un acte juridique unilatéral, au motif que le représentant n'est pas obligé par l'institution de la procuration, mais voit seulement sa capacité juridique augmentée par sa capacité à engager autrui, le représenté : J.-L. BRAEGGER, *ibid.*, p. 18 citant O. LENEL, « Stellvertretung und Vollmacht », in *Jherings Jahrbücher*, t. 36, 1896, pp. 1 et s.

¹⁷¹² « Ein einseitiges Rechtsgeschäft » (all.) ; « jednostronna czynność prawna » (pl.).

¹⁷¹³ Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, p. 393, n° 507 ; J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 14 ; F. RIGAUX, thèse préc., p. 51.

¹⁷¹⁴ Nous avons vu que législateur polonais avait, semble-t-il, érigé l'acceptation du fondé de pouvoir en condition de formation de la prokura, remettant ainsi en cause la nature unilatérale de son habilitation : *cf. supra*, n° 397 et s.

¹⁷¹⁵ F. RIGAUX, thèse préc., pp. 51-52.

pouvoir, mais également au tiers cocontractant¹⁷¹⁶, ou bien encore qu'elle soit publiquement déclarée¹⁷¹⁷ (de même en ce qui concerne l'acte d'habilitation dans les fonctions de *Prokurist*¹⁷¹⁸).

Dans ces deux dernières hypothèses, en droit allemand, la procuration est qualifiée d'externe (*Außenvollmacht*), par opposition à la première, interne¹⁷¹⁹ (*Innenvollmacht*)¹⁷²⁰. Cette distinction propre au droit allemand a, comme nous le verrons, une importance en ce qui concerne les modalités de l'extinction de la procuration¹⁷²¹.

On constate que dans les deux législations, les textes n'imposent pas que le représentant ait matériellement pris connaissance de son habilitation, mais seulement qu'il ait été en mesure d'en prendre connaissance¹⁷²². En conséquence, et puisque l'acte d'habilitation revêt un caractère unilatéral, une personne peut en pratique être habilitée sans en avoir été informée¹⁷²³. Cette hypothèse ne devrait toutefois plus être concevable en ce qui concerne le fondé de pouvoir en Pologne, en raison de la remise en cause, que l'on vient d'évoquer, du caractère unilatéral de son habilitation dans les textes¹⁷²⁴. La

¹⁷¹⁶ C'est ce que prévoit expressément le législateur en droit allemand : d'après l'article 167, alinéa 1^{er}, B.G.B., « [l]a procuration est conférée par une déclaration adressée à la personne qui doit en être titulaire ou au tiers à l'égard de qui la représentation doit avoir lieu » : traduction de G. LARDEUX *et al.*, *op. cit.*, p. 58.

¹⁷¹⁷ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 42, et, en doctrine allemande : P. KREBS et M. LIEB in K. SCHMIDT (réd.), *op. cit.*, p. 603 ; W.-H. ROTH in I. KOLLER, W. MORCK, W.-H. ROTH, *op. cit.*, p. 167.

¹⁷¹⁸ En ce sens, en doctrine polonaise, v. par ex. J. FABIAN, *op. cit.*, pp. 47-48 ; M. PAZDAN in *Kodeks cywilny*, t. 1, *Komentarz do art. 1-449*¹⁰, K. PIETRZYKOWSKI (réd.), Warszawa, 2015, p. 447, et, au sein de la littérature allemande, C. W. CANARIS, *op. cit.*, p. 285 ; H. OETKER, *op. cit.*, pp. 198-199 ; P. KREBS et M. LIEB, *ibid.* ; W.-H. ROTH, in I. KOLLER, W. MORCK, W.-H. ROTH, *op. cit.*, p. 167 ; A. BAUMBACH, K. DUDEN, K. J. HOPT, *Handelsgesetzbuch*, München, 1989, p. 148 ; H. BROX, *Handel und Wertpapierrecht*, *op. cit.*, p. 84 ; P. BÜLOW, *op. cit.*, p. 88 ; U. HÜBNER, *Handelsrecht*, *op. cit.*, p. 126 ; P. JUNG, *Handelsrecht*, *op. cit.*, pp. 159-160. Dans ce sens égal., au sein de la littérature d'avant-guerre : F. LITTHAUER, U. MOSSE, *op. cit.*, p. 51 ; H. KÖNIGE, A. PINNER, J. STRAUZ, *Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, t. I, Berlin, 1906, p. 229 ; C. RITTER, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München und Berlin, 1932, p. 100.

¹⁷¹⁹ La notion de procuration interne n'a donc aucun lien avec le rapport interne, mais signifie seulement que la déclaration de volonté du constituant a été adressée au bénéficiaire de l'habilitation.

¹⁷²⁰ Cf. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, n° 510, p. 395.

¹⁷²¹ Cf. *infra*, n° 598.

¹⁷²² V. par ex., au sein de la jurisprudence polonaise, SN., 20 janv. 2004, II CK 358/02, *Wokanda* n° 9/2004, p. 6.

¹⁷²³ J. GRYKIEL, « Przyjęcie prokury jako przesłanka powstania umocowania », art. préc., p. 107. En effet, l'obligation de mettre en mesure le bénéficiaire de l'habilitation d'en prendre connaissance ne garantit pas, en fait, la prise de connaissance réelle de l'institution – du moins, dans l'immédiat.

¹⁷²⁴ Cf. *supra*, n° 397 et s.

reconnaissance du caractère bilatéral de la prokura suppose en effet, par définition, que son bénéficiaire en ait pris connaissance.

582. Comme la déclaration de volonté du constituant relève de la catégorie des actes abstraits (il s'agit d'un acte juridique distinct et autonome du rapport interne¹⁷²⁵), l'acte d'habilitation et le rapport interne sont soumis à un régime qui leur est propre ; ainsi de leurs conditions de validité et d'extinction.

583. **Une appréciation autonome de la validité et de l'extinction du pouvoir de représentation.** La combinaison des principes de dissociation et d'abstraction appliquée à la représentation implique que les rapports interne et externe ne constituent pas seulement deux rapports juridiques séparés (distincts), mais marque également leur indépendance dans leur constitution et effets respectifs. La naissance, la vie juridique ainsi que le contenu du pouvoir de représentation (l'étendue de l'habilitation du représenté) sont appréhendés en dehors de leur cause¹⁷²⁶, autrement dit de leur fondement juridique¹⁷²⁷ (le lien interne – s'il existe¹⁷²⁸) : « [l]a déclaration de volonté du représenté [l'acte d'habilitation] (...) est valable, abstraction faite de sa cause »¹⁷²⁹. Comme la validité du rapport interne et du rapport externe est appréciée de manière autonome, la nullité de l'un de ces rapports n'affecte pas l'autre¹⁷³⁰. La validité du pouvoir de représentation dépend ainsi uniquement de l'acte d'habilitation (de la *Bevollmächtigung*, autrement dit de la déclaration de volonté du représenté) qui ne se trouve pas affectée par la nullité, les vices et irrégularités affectant le rapport de base¹⁷³¹.

¹⁷²⁵ R. SCHULTZE, « La représentation - propos introductifs », in D. MAZEAUD *et al.* (dir.), *op. cit.*, p. 15 ; J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 17 ; H. BROX, W.-D. WALKER, *Allgemeiner Teil des B.G.B.*, 39^{ème} éd., *op. cit.*, n° 549-551.

¹⁷²⁶ F. RIGAUX, thèse préc., p. 42 ; S. VANUXEM, art. préc., p. 677 ; M. FROMONT, *Droit allemand des affaires*, *op. cit.*, § 138-140.

¹⁷²⁷ Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, n° 509 ; M. SMYK, thèse préc., II, I, pt. 5.2.

¹⁷²⁸ Cf. *infra*, n° 587 et s., sur le caractère facultatif du rapport interne.

¹⁷²⁹ F. RIGAUX, thèse préc., p. 51.

¹⁷³⁰ Cl. WITZ, *Le droit allemand*, *op. cit.*, pp. 114-15, et, du même auteur, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, n° 509.

¹⁷³¹ Cl. WITZ, *Le droit allemand*, *op. cit.*, p. 106, et, du même auteur, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, n° 509, pp. 383-394 et s. ; F. RIGAUX, thèse préc., p. 51. En doctrine polonaise, v. M. SMYK, thèse préc., II, I, pt. 5.2 ; E. ROTT-PIETRZYK, « Agent jako rzekomy pełnomocnik », P.P.H. 2005, n° 9, p. 53 : la nullité ou l'annulation d'un contrat d'agence n'entraîne pas celle de la procuration ; A. SZPUNAR, « Udzielenie pełnomocnictwa », art. préc., p. 28 ; R. LONGCHAMPS DE BERIER, *op. cit.*, p. 129 ; S. GRZYBOWSKI, *System prawa cywilnego*, *op. cit.*, p. 616.

Cette autonomie se vérifie également en cas d'extinction de l'un de ces rapports juridiques (arrivée du terme, révocation). Il est néanmoins possible, comme nous le verrons, de lier sous certaines conditions l'extinction du pouvoir de représentation à la cessation du rapport interne¹⁷³². Ce tempérament au principe d'abstraction n'intéresse toutefois que la procuration de droit commun.

584. Le caractère abstrait de la procuration vient protéger les tiers des différents aléas qui peuvent vicier l'efficacité du rapport interne, auquel ils ne sont pas parties¹⁷³³. La sécurité juridique du tiers est une préoccupation cardinale dans tout le droit allemand¹⁷³⁴, et le principe d'abstraction en constitue une illustration. C'est un vecteur de sécurité des transactions¹⁷³⁵, les tiers n'étant pas affectés par la remise en cause de la validité du rapport interne.

585. **Les spécificités de l'acte d'habilitation instituant une prokura.** À l'image du pouvoir de représentation spécial qu'elle confère, la *Bevollmächtigung* instituant une prokura revêt certaines spécificités. En premier lieu, à la différence du droit commun, l'auteur de la *Bevollmächtigung* instituant une prokura ne peut être qu'une personne habilitée expressément par les textes¹⁷³⁶. En deuxième lieu, à la différence de la procuration civile, le constituant n'a aucune prise sur l'étendue de l'habilitation conférée par l'acte d'habilitation, hors exceptions limitativement énumérées dans les textes¹⁷³⁷, l'étendue de la prokura faisant l'objet d'une définition légale et impérative¹⁷³⁸. En troisième lieu, si la forme d'institution d'une procuration de droit commun est en principe libre, tel n'est pas

Au sein de la littérature allemande, v. M. SMYK, *ibid.*, les auteurs cités, note 513, not. H. HEINRICH in O. PALANDT, *op. cit.*, p. 158 ; H. BROX, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *op. cit.*, p. 240 ; O. JAUERNIG *op. cit.*, p. 124 ; D. MEDICUS, *op. cit.*, p. 354 ; W. THIELE, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, *op. cit.*, pp. 1072-1073.

¹⁷³² Cf. *infra*, n° 598.

¹⁷³³ F. RIGAUX, thèse préc., p. 52 ; M. SMYK, thèse préc., II, I, § 5.2 (doctrine polonaise) ; B. RÜTHERS, *op. cit.*, p. 251, et R. BORK, *op. cit.*, n° 1574 (doctrine allemande).

¹⁷³⁴ T. PIAZZON, thèse préc., n° 92 et s., pp. 147 et s. ; B. FAGES, « La représentation en droit des groupements » in D. MAZEAUD, R. SCHULZE et G. WICKER (dir.), *La représentation en droit privé, 6èmes Journées franco-allemandes*, *op. cit.*, p. 129 :

¹⁷³⁵ M. SMYK, *ibid.*

¹⁷³⁶ Cf. *infra*, n° 652 et s., sur les conditions tenant à l'entrepreneur représenté.

¹⁷³⁷ Cf. *infra*, n° 614 et s., sur les restrictions de la prokura opposables aux tiers.

¹⁷³⁸ Cf. *supra*, n° 306.

le cas de la prokura qui doit impérativement être expresse¹⁷³⁹ et instituée par écrit¹⁷⁴⁰. Enfin, le législateur polonais semble avoir récemment consacré dans les textes le caractère bilatéral de l'acte instituant une prokura, par dérogation au droit commun¹⁷⁴¹.

586. Nous avons vu qu'en application du principe d'abstraction, le pouvoir de représentation suppose, dans le modèle germanique, un acte d'habilitation distinct du rapport interne aux parties.

Une seconde expression de ce principe réside dans le caractère facultatif du rapport interne pour la réalisation de la représentation.

2) *Le caractère facultatif du rapport interne*

587. **La possibilité d'instituer une procuration sans contrat de base, et inversement.** Dans le modèle germanique, « *le rapport de base est uniquement un rapport "interne", qui existe entre ses parties, tandis que la procuration est efficace à l'égard des tiers, donc "à l'extérieur", indépendamment de l'existence et du contenu du rapport interne* »¹⁷⁴². Comme il est possible d'agir pour le compte d'autrui sans avoir recours à la représentation, il en est de même, inversement, de la faculté d'instituer un représentant sans qu'un contrat de base ne lie le représentant au représenté¹⁷⁴³, ce qui prouve là encore l'autonomie

¹⁷³⁹ Cf. *supra*, n° 414.

¹⁷⁴⁰ Cf. *supra*, n° 412.

¹⁷⁴¹ Cf. *supra*, n° 397 et s.

¹⁷⁴² S. GRZYBOWSKI, *System prawa cywilnego, op. cit.*, pp. 615-616 (traduction libre). V. égal. M. PAZDAN in *System Prawa Prywatnego, op. cit.*, p. 517 ; W. KUBALA, « Funkcjonowanie w praktyce przepisów o przedstawicielstwie », art. préc., p. 34 ; Z. KRZEMIŃSKI, art. préc., pp. 35-37 ; M. PIEKARSKI, in *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, J. PIETRZYKOWSKI, J. IGNATOWICZ (éd.), Warszawa 1972, p. 234 ; B. GAWLIK, « Przedstawicielstwo », *op. cit.*, p. 756.

¹⁷⁴³ F. RIGAUX, thèse préc., p. 51 ; G. REINER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand », in D. MAZEAUD, *et al.*, *op. cit.*, p. 26, et la doctrine allemande citée note 25 : E. SCHILKEN, in *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2014, § 167, note 2. En Pologne, il convient de relever qu'une certaine doctrine manifeste un vif scepticisme à l'égard du principe d'autonomie complète de la procuration par rapport à celle du contrat de base. Ainsi, Pour Monsieur FABIAN, « *la procuration, en dépit de la théorie développée par Laband, ne peut exister en l'absence de rapport juridique interne* » (traduction libre de J. FABIAN, *op. cit.*, p. 42) ; l'auteur reconnaît toutefois la validité de la procuration qui ne serait pas conférée sur la base d'un rapport interne (*ibid.*). Monsieur MUCHA est critique vis-à-vis de la possibilité de conférer une procuration qui ne s'accompagne pas d'un rapport de base ; aussi, cet auteur affirme qu'« *il est possible d'inférer du seul fait de conférer une procuration l'existence implicite d'un rapport de base* » : « Pełnomocnictwo a tzw. stosunek podstawowy », *Radca Prawny* 1999, n° 2, pp. 58-59 (traduction libre). Dans le même sens, Monsieur GRYKIEL affirme que même si la procuration est formellement distincte du rapport de base, « *l'habilitation à agir*

juridique de la procuration¹⁷⁴⁴. C'est la raison pour laquelle le rapport de droit interne est perçu¹⁷⁴⁵, voire qualifié en doctrine, de rapport facultatif¹⁷⁴⁶. Ce type de procuration, fonctionnant en dehors de tout contrat de base¹⁷⁴⁷, est qualifié de « procuration isolée »¹⁷⁴⁸. La doctrine germanique la distingue de la « procuration liée »¹⁷⁴⁹ ou « causale »¹⁷⁵⁰ qui, au contraire, accompagne un contrat de base¹⁷⁵¹.

588. La prokura confirme mieux encore cette analyse. À l'instar de la procuration de droit commun, ce pouvoir constitue un rapport juridique autonome¹⁷⁵² qui, au regard de sa réglementation spéciale (complétée, le cas échéant, par les dispositions de droit commun sur la procuration¹⁷⁵³), est « *autosuffisante* »¹⁷⁵⁴. Il en résulte que le fondé de pouvoir, valablement institué, est habilité à engager l'entrepreneur représenté sans qu'aucun contrat, de nature interne, ne lie ces deux parties¹⁷⁵⁵. Si un rapport interne coexiste ou vient à exister, la prokura en sera juridiquement indépendante¹⁷⁵⁶. Comme c'est le cas pour la procuration de droit commun, la prokura existe donc indépendamment d'un quelconque contrat de base¹⁷⁵⁷.

au nom d'autrui implique en même temps la formation d'un rapport juridique de base » : « Charakter prawny udzielenia prokury », art. préc., p. 99 (traduction libre).

¹⁷⁴⁴ W. LUDWICZAK, *op. cit.*, p. 8 ;

¹⁷⁴⁵ M. PIEKARSKI, *loc. cit.*

¹⁷⁴⁶ M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 80.

¹⁷⁴⁷ M. SMYK, thèse préc., II, I, pt. 5.2 ; L. ENNECCERUS et H.K. NIPPERDEY, *op. cit.*, p. 1136, note 39.

¹⁷⁴⁸ « *Isolierte Vollmacht* » (all.) ; « *pełnomocnictwo izolowane* » ou « *pełnomocnictwo samoistne* » (pl.) : M. SMYK, *ibid.*

¹⁷⁴⁹ « *Verbundene Vollmacht* » (all.) , « *pełnomocnictwo związane* » ou « *pełnomocnictwo oparte na na stosunku podstawowym* » (pl.) : M. SMYK, *loc. cit.*

¹⁷⁵⁰ « *Kausale Vollmacht* » (all.) : H. SCHULTZE v. LASAULX in H.T. SOERGEL, *op. cit.*, p. 849.

¹⁷⁵¹ M. SMYK, *loc. cit.* ; L. ENNECCERUS et H.K. NIPPERDEY, *loc. cit.*

¹⁷⁵² M. KASPRZYK, *loc. cit.* ; L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 36.

¹⁷⁵³ *Cf. supra*, n° 301.

¹⁷⁵⁴ M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 78 ; L. MOSKWA, *loc. cit.*

¹⁷⁵⁵ J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 17.

¹⁷⁵⁶ M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 80.

¹⁷⁵⁷ L. MOSKWA, *loc. cit.*

589. En pratique, un contrat de base accompagne généralement la confection d'un pouvoir de représentation, puisque c'est ce premier rapport qui détermine la raison d'être de l'habilitation¹⁷⁵⁸ et qui fixe les obligations respectives des parties¹⁷⁵⁹. Toutefois, et c'est là la dernière expression du principe d'abstraction du pouvoir de représentation, l'étendue de chacun de ces rapports, lorsqu'ils coexistent, ne converge pas nécessairement.

3) *L'absence de convergence nécessaire entre la procuration et le rapport interne*

590. L'absence de convergence nécessaire entre la procuration et le rapport interne s'explique d'abord par le fait qu'ils n'ont pas le même objet : l'un concerne le pouvoir de représentation, l'autre est un rapport obligationnel qui va fixer les droits et obligations entre les parties. En d'autres termes, le premier rapport indique ce que *peut* faire le représentant, et le second, ce qu'il *doit* faire.

591. **La distinction entre ce que *doit* faire le représentant et ce qu'il *peut* faire.** En droit commun, à la différence de la prokura, l'étendue du pouvoir de représentation est soumise à l'autonomie de la volonté des parties¹⁷⁶⁰. Aussi, le représenté détermine librement le contenu de la procuration. Ce que le représenté autorise le représentant à accomplir *en son nom* (soit ce que l'intermédiaire *peut* faire en vertu de la procuration) correspond généralement, en même temps, à ce qu'il le charge d'accomplir *pour son compte* (ce que l'intermédiaire *doit* faire conformément au contrat de base). Toutefois, il est possible que l'étendue de la mission à laquelle s'oblige l'intermédiaire dans le contrat de base ne corresponde pas à la procuration qui l'habilite à agir vis-à-vis des tiers au nom du représenté. Lorsque le contrat de base est distinct dans son contenu de la procuration, on en conclut qu'il existe une discordance entre ce que *peut* faire le représentant en vertu de son habilitation et ce qu'il *doit* faire conformément à la mission qui lui a été assignée dans le contrat de base¹⁷⁶¹. La confrontation de ces deux tissus juridiques permet ainsi de déterminer si le représentant doit agir dans les limites ou en deçà des frontières de son

¹⁷⁵⁸ Sur la relation causale entre la procuration et le contrat de base, v. *supra*, n° 507.

¹⁷⁵⁹ Sur les fonctions du contrat de base, v. *supra*, n° 515 et s.

¹⁷⁶⁰ J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 18 ; Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, n° 511.

¹⁷⁶¹ Cl. WITZ, *ibid.*

habilitation contenue dans sa procuration¹⁷⁶², qui constitue l'unique fondement juridique de son action avec les tiers.

592. La terminologie juridique allemande et polonaise rend compte de la dichotomie de l'habilitation sur le plan interne et externe. Le droit allemand distingue le *Dürfen* ou *vertreten dürfen*¹⁷⁶³ qui se traduit par ce que le représentant *doit* faire en vertu du contrat de base *pour le compte* du représenté¹⁷⁶⁴, du *können* ou *vertreten können*¹⁷⁶⁵ qui détermine ce que l'intermédiaire *peut* faire *au nom* du représenté, en vertu de sa procuration¹⁷⁶⁶. La terminologie juridique polonaise rend également compte de cette différence : il existe un terme spécifique pour désigner « l'habilitation interne » (*upoważnienie*) et « l'habilitation externe » (*umocowanie*)¹⁷⁶⁷. Seul le rapport interne est un rapport d'obligation : c'est le rapport par lequel l'intermédiaire s'oblige à l'égard de son cocontractant.

593. **Conséquences attachées au dépassement du pouvoir tel que défini dans la procuration et dans le rapport interne.** Par conséquent, dans ces deux législations, pour déterminer les effets attachés au « dépassement de pouvoirs » du représentant, il convient de distinguer selon que le représentant a excédé ses pouvoirs, tels qu'ils étaient définis par l'acte d'habilitation ou par le contrat de base : dans le premier cas, on aura affaire à un dépassement de pouvoirs proprement dit ; dans le second, à un abus de pouvoir. L'acte conclu en dépassement de pouvoir – soit au-delà de l'étendue de la procuration – n'engage pas le représenté à l'égard du tiers (à moins d'être ultérieurement ratifié¹⁷⁶⁸). En l'absence

¹⁷⁶² F. RIGAUX, thèse préc., p. 27.

¹⁷⁶³ F. RIGAUX, *ibid.*, p. 26 ; Cl. WITZ, , *loc. cit.* V. égal. en droit suisse : R. RUEDIN, *op. cit.*, n° 1738, p. 314 (au sujet des limitations d'ordre interne concernant les représentants légaux).

¹⁷⁶⁴ Cl. WITZ, *loc. cit.* ; R. SCHULTZE, « La représentation - propos introductifs », in D. MAZEAUD *et al.* (dir.), *op. cit.*, pp. 15-16 ; Cl. SCHUBERT, *op. cit.*, § 164, n° 21-22.

¹⁷⁶⁵ Cl. WITZ, *loc. cit.* V. égal. en droit suisse : R. RUEDIN, *op. cit.*, n° 1741, pp. 314-315.

¹⁷⁶⁶ Cl. WITZ, *loc. cit.* ; B. FAGES, « La représentation en droit des groupements » in D. MAZEAUD, R. SCHULZE et G. WICKER (dir.), *La représentation en droit privé, 6èmes Journées franco-allemandes*, *op. cit.*, p. 126 : « [e]n droit commercial allemand, le représentant kann mehr als er darf, il peut plus qu'il ne peut ».

¹⁷⁶⁷ La rédaction de l'ancien article 61, § 1, du Code de commerce polonais était critiquée en doctrine, car elle usait du verbe *upoważniać* au lieu de celui de *umocowuje* pour définir les pouvoirs du fondé de pouvoir, alors que cette notion renvoie aux rapports internes : L. MOSKWA, « Prokura w prawie niemieckim », art. préc., pp. 97-98. Lors de la réforme du Code civil de 2003, le législateur polonais a réalisé la modification terminologique appelée de ses vœux par la doctrine et c'est bien le verbe *umocowuje* qui est dorénavant employé pour définir l'habilitation du fondé de pouvoir.

¹⁷⁶⁸ En droit polonais, v. l'article 103, § 1, K.C., et en droit allemand, le § 177 B.G.B.

de ratification de l'acte conclu par le *falsus procurator* (« *Vertreter ohne Vertretungsmacht* » (all.)) le droit allemand reconnaît explicitement, dans cette hypothèse¹⁷⁶⁹, que « *le représentant est tenu, envers l'autre partie et au choix de celle-ci, soit à l'exécution soit à des dommages-intérêts (...)* »¹⁷⁷⁰ (§ 179, alinéa 1, B.G.B.), à moins qu'il n'ait ignoré le défaut de pouvoir de représentation, auquel cas il sera seulement obligé à réparer le dommage subi par le tiers (*ibid.*, 2^{ème} alinéa)¹⁷⁷¹.

En cas d'abus, au contraire – soit dans l'hypothèse où l'acte réalisé entre dans le champ de la procuration, mais enfreint ou excède les instructions ou conditions posées par le représenté dans l'ordre interne – le représenté est engagé à l'égard du tiers¹⁷⁷². Ce dernier disposera alors d'un recours contre le représentant : il pourra engager sa responsabilité. Nous verrons toutefois, à l'occasion de l'exposé des limites au principe d'abstraction¹⁷⁷³, que la jurisprudence est venue tempérer cette solution en droit commun lorsque le tiers est de mauvaise foi ou que l'abus (le dépassement) est manifeste¹⁷⁷⁴.

594. Par comparaison avec la procuration civiliste, on constate que la discordance entre le *können et le dürfen* est plus significative en présence d'une prokura. En effet, l'absence

¹⁷⁶⁹ En droit français, une partie de la doctrine déduit de la sanction de l'inopposabilité au représenté de l'acte conclu par le pseudo représentant sans pouvoirs ou au-delà de ses pouvoirs (nouvel article 1156, C. civ.) que ce dernier en est tenu à titre personnel (du fait de la subsistance de l'acte passé sans pouvoir) : Ph. le TOURNEAU, *Rép. civ., Dalloz*, v° « Mandat », *op. cit.*, n° 348. Cette interprétation est condamnée par d'autres auteurs, comme Monsieur STOFFEL MUNCK qui relève que puisque l'acte a été passé au nom d'autrui, le représentant n'avait, par hypothèse, pas la volonté de s'obliger (« Le nouveau droit de la représentation et le contrat de mandat », in G. LARDEUX (dir.), *op. cit.*, p. 83). L'auteur de conclure que l'acte en cause « *n'est rien, sinon une faute imputable au pseudo-représentant* » (*ibid.*, pp. 83-84). *Adde*, Th. DOUVILLE (dir.), *La réforme du droit des contrats : commentaire article par article*, Gualino, 2^{ème} éd., 2018, p. 118. En doctrine polonaise, des auteurs prônent une modification de l'article 103 K.C. afin de consacrer au profit du tiers la possibilité de demander au représentant l'exécution du contrat : M. SMYK, thèse préc., III, III, pt. 2.

¹⁷⁷⁰ Traduction de G. LARDEUX *et al.*, *op. cit.*, p. 61. En tout état de cause, ce rapport de droit né entre le représentant et le tiers correspond à un effet inhabituel de la représentation. En effet, l'engagement de l'intermédiaire va à rebours de la finalité de la représentation, qui n'a pour but que de lier juridiquement deux personnes qui ne pouvaient ou ne voulaient pas s'engager directement, et s'analyse comme une sanction à l'égard du représentant indélicat.

¹⁷⁷¹ V. égal. en doctrine, M. FROMONT, A. RIEG (dir.), *Introduction au droit allemand, op. cit.*, p. 62.

¹⁷⁷² Cl. Witz, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, n° 536, p. 412 ; R. SCHULTZE, « La représentation - propos introductifs », in D. MAZEAUD *et al.* (dir.), *op. cit.*, p. 16. V. par ex. en jurisprudence polonaise, SA, 5 déc. 1991, I ACr 509/91, Lex n° 5460 : les limitations internes entre le fondé de procuration et le donneur d'ordre, concernant l'étendue de l'habilitation, sont sans effet à l'égard des tiers de bonne foi ; SN, 7 oct. 2004, II PK 35/04, Lex n° 149341 ; M. SMYK, « Wpływ podstawy pełnomocnictwa na wykonywanie przez pełnomocnika umocowania », *Glosa* 2007, n° 5, pp. 136 et 137 : le fait, pour le fondé de procuration, d'agir en violation des instructions, indications ou du but du pouvoir de représentation qui lui a été conféré, n'a pas d'effet dans les rapports externes.

¹⁷⁷³ *Cf. infra*, n° 597 et s.

¹⁷⁷⁴ *Cf. infra*, n° 601.

de concordance entre le rapport interne et le rapport externe est plus spécifiquement visible en droit commercial et en droit des sociétés¹⁷⁷⁵, soit lorsque le pouvoir d'action dans la sphère externe est défini par la loi de manière impérative¹⁷⁷⁶, ce qui englobe la prokura et le mandat social¹⁷⁷⁷. Dans ces hypothèses, il n'est jamais possible pour les parties de modifier le contenu de ce que le mandataire social ou le fondé de pouvoir *peut faire au nom* du représenté (le *können*). En dehors des limitations possibles de la prokura, enfermées dans un *numerus clausus* et dont le recours relève de la discrétion de l'entrepreneur représenté¹⁷⁷⁸, toutes autres restrictions sont inopposables aux tiers¹⁷⁷⁹.

595. Nonobstant la stricte séparation des rapports interne et externe dans la mise en œuvre de la représentation, ces deux tissus de relations juridiques entretiennent naturellement une relation causale sous-jacente. Cette relation causale est à même d'atténuer la portée du principe d'abstraction du pouvoir de représentation. Les tempéraments au principe d'abstraction reconnus par les deux législations ne concernent toutefois, comme nous le verrons, que la procuration de droit commun.

B) La force de l'abstraction

596. En réalité, le principe d'abstraction ne s'exprime de façon absolue qu'en matière commerciale, comme l'illustre la prokura (2), tandis le droit commun y concède certains tempéraments (1).

¹⁷⁷⁵ R. SCHULTZE, « La représentation - propos introductifs », in D. MAZEAUD *et al.* (dir.), *op. cit.*, p. 16.

¹⁷⁷⁶ V. B. WEGMANN, « Rechtsfolgen einer Überschreitung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse eines GmbH- Geschäftsführers », *Deutsches Steuerrecht*, 1992, p. 867, sur un gérant de S.A.R.L. qui enfreint les instructions internes relatives à l'exercice de son pouvoir d'action dans la sphère externe.

¹⁷⁷⁷ F. RIGAUX, thèse préc., p. 25.

¹⁷⁷⁸ *Cf. infra*, n° 614.

¹⁷⁷⁹ *Cf. la littérature citée supra*, note 1818.

1) *Le caractère relatif de l'abstraction dans la procuration de droit commun*

597. La relation causale sous-jacente à la procuration et au rapport interne est, comme on l'a vu¹⁷⁸⁰, mentionnée explicitement dans les Codes civils allemand et polonais. Cette relation causale entre le rapport interne et le rapport externe se manifeste concrètement dans certaines limites au principe d'abstraction, qui sont d'origines légales et jurisprudentielles.

En effet, le législateur reconnaît aux parties, dans les deux législations, la possibilité de lier l'extinction de la procuration de droit commun à la cessation du contrat de base ainsi que d'y stipuler l'irrévocabilité de la procuration. Également, comme évoqué précédemment, la jurisprudence est venue tempérer, dans certaines hypothèses, le principe selon lequel l'acte passé par un représentant en violation des restrictions internes à son pouvoir engage le représenté. En outre, il existe des hypothèses de nullité concomitante aux rapports interne et externe. Enfin, dans certains cas, le contrat de base peut servir pour interpréter l'acte d'habilitation du fondé de procuration.

598. **La possibilité reconnue par le droit commun de lier l'extinction de la procuration de droit commun à la cessation du contrat de base.** Un premier tempérament au principe d'abstraction se perçoit dans les causes d'extinction du pouvoir de représentation. En effet, les auteurs du B.G.B. ont entendu lier la cessation de la *Vollmacht* à celle du rapport de base dans l'hypothèse d'une procuration interne ou *Innenvollmacht*¹⁷⁸¹ ; ainsi, d'après le § 168 B.G.B., « [l]'extinction du pouvoir de représentation (*Vollmacht*) est déterminée d'après les rapports juridiques sur le fondement desquels il a été conféré [le rapport interne] ». Il en résulte que les causes d'extinction du contrat de base (telle que la révocation du mandat) justifient également, en principe, l'extinction de la procuration, à moins que le constituant en ait disposé autrement dans le rapport interne¹⁷⁸². Au contraire, en ce qui concerne la procuration externe ou *Außenvollmacht* – soit celle qui a été adressée au tiers avec lequel le contrat est conclu ou qui a été notifiée au public –, le B.G.B. prévoit un mécanisme de protection des tiers qui aboutit à la survie du pouvoir de représentation, nonobstant l'extinction du contrat de base

¹⁷⁸⁰ Cf. *supra*, n° 507.

¹⁷⁸¹ Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, n° 517, p. 399.

¹⁷⁸² L. ENNECERUS et H.K. NIPPERDEY, *op. cit.*, p. 1142 ; K. LARENZ, M. WOLF, *op. cit.*, p. 885 (cités par M. SMYK, thèse préc., IV, II, § 1, note 1383).

(§ 171, alinéa 2, B.G.B.¹⁷⁸³). Il n'existe pas de dispositions similaires en droit polonais. C'est la raison pour laquelle, par principe, dans cette législation, la cessation du rapport interne ne conduit pas à l'extinction de la procuration¹⁷⁸⁴. Si le constituant souhaite lier l'extinction du pouvoir de représentation à la cessation du contrat de base, il peut toutefois, en application du droit commun, assortir la procuration d'une condition résolutoire¹⁷⁸⁵ (constituée par la cessation du rapport interne).

599. La prokura est soustraite à cette possibilité dans les deux législations. Les causes de cessation de ce pouvoir spécial sont en effet déterminées de manière impérative par les textes, et la cessation du rapport de base – au demeurant, comme on l'a vu, facultatif¹⁷⁸⁶ – n'en fait pas partie¹⁷⁸⁷. Lier l'extinction de l'habilitation du fondé de pouvoir à la cessation du contrat de base irait, en tout état de cause, à l'encontre du but de cette habilitation spéciale, façonnée pour assurer la sécurité des transactions commerciales. Dans ce sens, les tiers ne doivent pas être affectés par les événements touchant aux relations internes entre les parties.

600. **La possibilité de consacrer l'irrévocabilité de la procuration en droit commun.** Deuxième tempérament au principe d'abstraction du pouvoir de représentation, les droits allemand et polonais reconnaissent au constituant la possibilité de renoncer à son droit de révoquer la procuration dans le contrat de base (§ 168, 2^{ème} phrase, B.G.B.¹⁷⁸⁸ en droit allemand et article 101, § 1, K.C. en droit polonais¹⁷⁸⁹). La prokura échappe là encore à la

¹⁷⁸³ Dans une telle hypothèse, le § 171, 2^{ème} alinéa, B.G.B. prévoit en effet que « [l]e pouvoir de représentation subsiste jusqu'à ce que l'information ait été démentie de la même manière que celle par laquelle elle avait été diffusée » (traduction de G. LARDEUX *et al.*, *op. cit.*, p. 59).

¹⁷⁸⁴ M. SMYK, thèse préc., IV, II, § 1. V. par ex., en jurisprudence SN., 8 mai 2001, IV CKN 354/00, préc., jugeant que « la cessation de la relation de base (du fait par exemple d'une rupture conventionnelle ou de la résiliation du contrat) n'affecte pas l'existence et l'étendue de la procuration, si celle-ci n'a pas été révoquée ».

¹⁷⁸⁵ Par exemple, dans le cadre d'une société, le constituant peut stipuler que la procuration est conférée pour la durée pour laquelle une personne a été engagée à un poste donné : M. SMYK, *loc. cit.*

¹⁷⁸⁶ Cf. *supra*, n° 587.

¹⁷⁸⁷ On remarquera également que dans la perspective du droit allemand, la prokura est une *Aussenvollmacht* ou procuration externe (puisque'il s'agit d'une procuration soumise à des règles de publicité) et que cette catégorie de procuration échappe à la possibilité de lier l'extinction du pouvoir de représentation à la cessation du contrat de base reconnue par le droit allemand à titre de dérogation au principe d'abstraction (cf. *supra*, n° 598).

¹⁷⁸⁸ « La procuration est révocable même si le rapport juridique [de base] subsiste, pour autant qu'il ne résulte pas de ce rapport qu'il doive en être autrement » (traduction de G. LARDEUX *et al.*, *op. cit.*, p. 59).

¹⁷⁸⁹ « La procuration peut être révoquée à tout moment à moins que le constituant ait renoncé à ce droit pour des causes visées dans le rapport juridique constitutif du fondement de la procuration » (traduction libre).

possibilité reconnue par le législateur de déroger au principe d'abstraction du pouvoir de représentation, puisque sa libre révocabilité constitue une règle d'ordre public¹⁷⁹⁰.

601. L'efficacité exceptionnelle des limitations contenues dans le contrat de base à l'égard des tiers. Les limites apportées à l'étendue d'une procuration civile dans le contrat de base peuvent, dans certaines circonstances, être opposées aux tiers. Cette troisième illustration des limites du principe d'abstraction est d'origine jurisprudentielle et concerne uniquement les hypothèses dans lesquelles le tiers est de mauvaise foi¹⁷⁹¹ ou lorsque l'abus (le dépassement) était manifeste¹⁷⁹², ainsi qu'en cas de collusion frauduleuse¹⁷⁹³ entre le tiers et le fondé de procuration : le représenté ne sera pas lié par l'acte passé par le représentant dans ces circonstances¹⁷⁹⁴.

602. Pareille dérogation n'intéresse pas la prokura, les droits allemand et polonais ayant adopté le modèle intangible et immuable de ce mécanisme¹⁷⁹⁵, destiné à assurer une sécurité maximale des transactions. Comme nous le verrons, la collusion frauduleuse entre le fondé de pouvoir et le tiers constitue l'unique forme d'abus contre lequel le représenté est effectivement protégé dans ces deux législations¹⁷⁹⁶. Sous cette réserve, l'acte accompli par le fondé de pouvoir engage toujours le représenté, dès lors qu'il rentre dans

¹⁷⁹⁰ Cf. *infra*, n° 827.

¹⁷⁹¹ M. SMYK, thèse préc., IV, II, 1, pt. 7 (doctrine polonaise) ; W. FLUME, *op. cit.*, p. 789 ; K.H. SCHRAMM, *op. cit.*, p. 1425 ; H. BROX, *Allgemeiner Teil des BGB*, Köln-Berlin-München, 2004, p. 267 ; K. LARENZ, M. WOLF, *op. cit.*, p. 865 (doctrine allemande, citée par M. SMYK, *ibid.*, note 1461).

¹⁷⁹² « *Offenkundig* » (all.) ; « *oczywiste* » (pl.). En jurisprudence allemande, v. BGH 28 févr. 1966, WM 1966, 491 ; BGH 25 mars 1968, BGHZ 50, 112, 114 (cités par Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, n° 537, p. 413, note 9) où les juges considèrent que le représenté est protégé « *lorsque le représentant a fait usage de son pouvoir de représentation d'une manière visiblement suspecte, de telle sorte que le tiers aurait dû avoir des doutes quant à l'existence d'une violation de l'obligation de confiance pesant sur le représenté* » (trad. Cl. WITZ, *ibid.* pp. 412-413).

¹⁷⁹³ « *Kollusion* » (all.) ; « *koluzja* » (pl.). Dans deux arrêts de principe rendus au début du siècle dernier, le Tribunal du Reich allemand est venu préciser que si un représentant agit dans les limites formelles de sa procuration, notamment générale, mais qu'il abuse de son pouvoir en collusion avec un tiers, qui a connu ou aurait dû connaître cet abus, le représenté, dans ce cas, n'est pas engagé par l'acte conclu par son représentant : RG 14 juin 1909, RGZ 71, 219 ; RG 15 févr. 1911, RGZ 75, 299, et RG 14 oct. 1931, cités par F. RIGAUX, thèse préc., p. 53, note 2. V. égal. en doctrine allemande, W. FLUME, *op. cit.*, p. 788 ; K.H. SCHRAMM, *op. cit.*, p. 1424 ; O. JAUERNIG, *op. cit.*, p. 121 ; H. BROX, *loc. cit.* (cités par M. SMYK, thèse préc., note 1460), et polonaise, M. SMYK, *ibid.*, IV, II, 1, pt. 7.

¹⁷⁹⁴ V. en droit allemand, Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, n° 536-538, pp. 412-413 et, en droit polonais, M. SMYK, *loc. cit.*

¹⁷⁹⁵ Cf. *infra*, n° 610 et s.

¹⁷⁹⁶ Cf. *infra*, n° 613.

le champ légal de cette habilitation, peu important que l'acte lui ait été défendu dans l'ordre interne.

603. **Des hypothèses de nullité concomitante aux rapports interne et externe.** Si la validité du rapport interne et du rapport externe est par principe appréciée de manière autonome¹⁷⁹⁷, la doctrine allemande et polonaise réserve à ce principe deux exceptions. La première concerne le cas dans lequel le fondement de la nullité du rapport interne est identique pour l'appréciation de la validité de la procuration¹⁷⁹⁸. Dans cette hypothèse, la nullité du rapport interne entraînera celle de la procuration¹⁷⁹⁹. Tel est le cas lorsque le fondé de procuration se voit habilité à réaliser un acte contraire à la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs¹⁸⁰⁰. En second lieu, la doctrine reconnaît la possibilité de subordonner l'existence de la procuration à la formation d'un rapport de nature interne ou à sa validité¹⁸⁰¹ (en assortissant l'acte d'habilitation d'une condition suspensive).

604. Ces deux hypothèses ne concernent pas la prokura. D'une part parce que son objet est légalement défini par le législateur et que son champ exclut les actes contraires à la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs, sans égard aux stipulations contractuelles internes. D'autre part, il n'est pas possible de rajouter des conditions à celles déjà prévues par la loi pour l'institution d'un fondé de pouvoir, qui seraient efficaces dans l'ordre externe.

605. **L'interprétation du pouvoir de représentation.** Le dernier tempérament au principe d'abstraction réside dans la prise en compte du rapport interne aux fins d'interpréter l'acte d'habilitation du fondé de procuration si son contenu est obscur, ambigu ou incomplet¹⁸⁰². Cette fonction interprétative du contrat de base n'a pas de sens en ce qui concerne l'habilitation du fondé de pouvoir, les contours de la prokura étant clairement définis par les textes.

¹⁷⁹⁷ Cf. *supra*, p. 73.

¹⁷⁹⁸ M. SMYK, thèse préc., II, I, pt. 5.2 ; E. ROTT-PIETRZYK, art. préc., p. 53.

¹⁷⁹⁹ M. SMYK, *ibid.*, et les auteurs cités, note 525 ; M. PAZDAN in *System Prawa Prywatnego*, *op. cit.*, p. 517 ; J. STRZEBIŃCZYK in *Kodeks cywilny*, *op. cit.*, p. 243.

¹⁸⁰⁰ M. SMYK, *ibid.*, et les auteurs cités, note 526, not. (en doctrine allemande) : W. FLUME, *op. cit.*, p. 842.

¹⁸⁰¹ A. SZPUNAR, « Udzielenie pełnomocnictwa », art. préc., p. 28 ; M. SMYK, *ibid.*, et les auteurs cités, note 527, not. (en doctrine allemande) : O. PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. I, *Einleitung und Allgemeiner Teil*, Berlin, 1903, p. 292.

¹⁸⁰² Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, n° 511.

606. La relation causale qui unit la procuration au rapport interne – lorsqu’il existe – est ponctuellement prise en compte en droits allemand et polonais. Les tempéraments au principe d’abstraction du pouvoir de représentation sont toutefois spécifiques au droit commun. Le droit commercial est, au contraire, entièrement indifférent au rapport qui lie les parties, au nom de la sécurité des transactions et de la protection des tiers. Le principe d’abstraction revêt donc un caractère « absolu » en ce qui concerne la prokura.

2) *Le caractère « absolu » de l’abstraction dans le cadre de la prokura*

607. Si le rapport interne constitue la *causa* du rapport externe¹⁸⁰³, le propre du droit commercial est de définir l’étendue de l’habilitation des représentants, et donc du fondé de pouvoir, sans égard à l’existence d’un rapport interne, purement facultatif¹⁸⁰⁴. Bien que facultatif, dans la pratique, ce dernier accompagne quasi systématiquement la confection d’une prokura, le constituant pouvant par ce biais formaliser et préciser le contenu de la mission du fondé de pouvoir. Le contrat de base peut tout à fait être un contrat de travail ; d’ailleurs, le fondé de pouvoir est généralement choisi parmi les salariés de confiance de l’entreprise. Dans d’autres hypothèses, c’est le contrat de mandat ou de louage qui fera office de contrat de base¹⁸⁰⁵. L’existence de ce rapport interne n’a toutefois aucune signification pour l’appréciation de la validité des actes que le fondé de pouvoir va accomplir au nom de la société.

608. L’autonomie du rapport externe par rapport au lien interne se manifeste en effet avec plus de force lorsque l’habilitation de l’intermédiaire est une prokura. Selon les termes de François RIGAUX, le « système de la prokura se caractérise par une accentuation du caractère abstrait de l’habilitation », au point de rendre celle-ci « tout à fait impersonnelle »¹⁸⁰⁶. En effet, « l’acte de volonté du représentant a pour seul objet la collation d’un pouvoir à une personne de son choix »¹⁸⁰⁷. Le lien interne revêt une importance subsidiaire avec ce type de procuration – en sus de son caractère

¹⁸⁰³ Cf. *supra*, n° 507.

¹⁸⁰⁴ Cf. *supra*, n° 588.

¹⁸⁰⁵ Cf. *supra*, n° 512.

¹⁸⁰⁶ F. RIGAUX, thèse préc., p. 54.

¹⁸⁰⁷ F. RIGAUX, *ibid.*

facultatif¹⁸⁰⁸ – , dès lors que les conditions de son existence, son contenu, son régime ainsi que son extinction sont entièrement soustraits à la volonté des parties. La réglementation de la prokura en droits allemand et polonais revêt une valeur impérative : elle s'impose aux parties qui ne peuvent y déroger par une convention contraire. L'abstraction de la prokura revêt donc un « *caractère absolu* » au regard de la dissociation complète entre la relation interne (laissée à l'autonomie des parties) et la relation externe (impérativement réglemée par les textes)¹⁸⁰⁹.

609. Le principe d'abstraction absolue de l'habilitation du fondé de pouvoir n'est toutefois pas inhérent à l'institution de la prokura. Certaines législations ayant réceptionné cette technique ont préféré en tempérer l'abstraction, sur le modèle du droit commun. Parmi l'ensemble des pays ayant réceptionné cette procuration spéciale, il est donc possible de distinguer deux modèles de prokura¹⁸¹⁰. Le premier, d'origine allemande, qui consacre le système de l'abstraction absolue de l'habilitation : c'est le modèle « intangible et immuable »¹⁸¹¹ de la prokura (α). Le second modèle, d'origine helvétique¹⁸¹², admet au contraire des dérogations au principe d'abstraction, à l'image de la procuration civile ; c'est le modèle relatif ou « mixte »¹⁸¹³ de la prokura (β).

¹⁸⁰⁸ Cf. *supra*, p. 73.

¹⁸⁰⁹ F. RIGAUX, *loc. cit.*, ainsi que les références citées, note 2.

¹⁸¹⁰ K. GRZEGORZ, *op. cit.*, II, pt. 2.1 et 2.2. ; J. GRYKIEL, *powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 19 ; L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 36 ; T. SIEMIATKOWSKI, *Prokura w spółkach prawa handlowego*, *op. cit.*, p. 174 ; Projekt zmian Kodeksu cywilnego w zakresie przedstawicielstwa (prokury) wraz z uzasadnieniem, préc., p. 166.

¹⁸¹¹ V. J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 36. En droit polonais, ce modèle de prokura est qualifié de « pur » (« *czysta prokura* ») : L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 36 ; T. SIEMIATKOWSKI, *ibid.*, pp. 174-175.

¹⁸¹² Ce modèle existe également aujourd'hui, par exemple, au Liechtenstein (J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 20), en Suède (v. le § 3 Prokuralag) et en Finlande (v. le § 5 Prokuralaki).

¹⁸¹³ « *Prokura mieszana* » (pl.) : K. GRZEGORZ, *op. cit.*, II, spéc. pt. 2.2.

α) Le modèle intangible et immuable de la prokura

610. **Le caractère impératif de l'étendue de la prokura en droits allemand et polonais.** En droit polonais, l'article 109¹, § 2, K.C. dispose que « [l]es limitations apportées à la prokura sont sans effet à l'égard des tiers, à moins qu'un texte spécial n'en dispose autrement »¹⁸¹⁴. Cette disposition trouve son équivalent dans le H.G.B., qui prévoit en son § 50, d'une part, que « [l]a limitation du contenu de la prokura n'est pas opposable aux tiers » (alinéa 1^{er}) et qui prévoit, d'autre part, une liste limitative des restrictions opposables aux tiers (3^{ème} alinéa). En droits allemand et polonais, l'étendue de l'habilitation du fondé de pouvoir – qui l'investit du pouvoir d'effectuer « tous les actes judiciaires et extra-judiciaires » au nom de la société représentée¹⁸¹⁵ – est donc déterminée de manière impérative par la loi¹⁸¹⁶. Les parties n'ont aucune prise sur l'étendue du pouvoir de représentation : il n'est pas possible pour elles de modifier le contenu de ce que le fondé de pouvoir *peut* faire au nom du représenté, en dehors des cas limitativement énumérés par la loi (article 109¹ § 2 *in fine*, et § 50, alinéa 3, H.G.B.)¹⁸¹⁷.

611. **L'indifférence portée à la bonne ou mauvaise foi du tiers.** Par conséquent, les instructions du chef d'entreprise ainsi que les restrictions statutaires ou conventionnelles (issues du contrat de base) à l'habilitation du fondé de pouvoir sont inopposables aux tiers¹⁸¹⁸. Les actes passés en contravention de limitations éventuelles demeurent ainsi efficaces dans l'ordre externe¹⁸¹⁹. Pour être certain qu'il ne soit pas porté atteinte à l'étendue légale de la prokura, le législateur allemand a explicitement prévu dans les textes des exemples de limitations qui seraient inopposables aux tiers : ainsi de celles qui auraient

¹⁸¹⁴ Traduction libre.

¹⁸¹⁵ V., en droit polonais, l'article 109¹, § 1, K.C. et, en droit allemand, le § 49, alinéa 1^{er}, H.G.B. Pour un aperçu des actes rentrant dans le champ de la prokura, v. *supra*, n° 315 et s.

¹⁸¹⁶ M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 35 ; L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., pp. 29-30. T. SIEMIĄTKOWSKI, *Prokura w spółkach prawa handlowego, op. cit.*, p. 34.

¹⁸¹⁷ Cf. *infra*, n° 614 et s.

¹⁸¹⁸ V. not. Ph. DIDIER, « L'avenir des pouvoirs du président de la S.A.S. après la loi N.R.E », art. préc., n° 5 ; M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 35 ; J. GRYKIEL, *Powstanie prokury, op. cit.*, p. 20, et, du même auteur, « Charakter prawny udzielenia prokury », art. préc., p. 88 ; M. KEPINSKI, A. KOCH, M. MATA CZYNSKI, *op. cit.*, p. 162.

¹⁸¹⁹ B. DĄBROWSKI, M. ŁĘCZYŃSKA, art. préc., p. 44 ; J. GRYKIEL, *Powstanie prokury, op. cit.*, p. 9 ; M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 35 ; W. KUBALA, « Prokura - z problematyki pełnomocnictwa handlowego », art. préc., p. 11 ; L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., pp. 36-37 ; T. SIEMIĄTKOWSKI, « Instytucja prokury w projekcie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego », art. préc., pp. 105-106, et, du même auteur, « W sprawie tzw. prokury oddziałowej », art. préc., p. 36 ; B. KOZŁOWSKA, art. préc., p. 25.

pour objet de restreindre la prokura « à certaines opérations ou à une certaine catégorie d'affaires, ou qui en subordonnerait l'efficacité à certaines conditions, ou à une certaine durée, ou à certains lieux » (§ 50, alinéa 2, H.G.B.¹⁸²⁰). En particulier, la bonne foi du tiers pour déterminer la validité de l'acte passé en violation de limitations internes est indifférente¹⁸²¹. Autrement dit, même si le tiers connaît les limitations (il est de mauvaise foi) ou qu'elles sont manifestes, celles-ci n'auront toujours qu'un effet strictement interne¹⁸²² : le fondé de pouvoir qui aurait violé les limitations du rapport interne ne pourra être sanctionné, directement, que sur le terrain de la responsabilité contractuelle en cas de préjudice causé à la société¹⁸²³ et, indirectement, par sa révocation¹⁸²⁴.

612. Finalement, seules deux réserves existent au principe d'immutabilité et d'intangibilité de la prokura en droits allemand et polonais : l'hypothèse de la collusion frauduleuse du tiers et du fondé de pouvoir d'une part (1), et les restrictions à la prokura que le législateur permet de mettre en œuvre d'autre part (2).

1 – La réserve tirée de la collusion frauduleuse entre le tiers et le fondé de pouvoir.

613. La collusion frauduleuse est caractérisée lorsque, connaissant les limitations des pouvoirs de son cocontractant dans l'ordre interne, le tiers et le représentant agissent ensemble sciemment contre l'intérêt du représenté. Dans ces circonstances, la jurisprudence admet une dérogation au caractère absolu de l'abstraction de la prokura : la société peut en effet opposer au tiers les limitations apportées à la prokura dans l'ordre interne¹⁸²⁵.

¹⁸²⁰ Traduction libre.

¹⁸²¹ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, pp. 14, 20.

¹⁸²² J. GRYKIEL, *ibid.*, p. 20 ; K. GRZEGORZ, *op. cit.*, I, pt. 1.2.

¹⁸²³ W. KUBALA, « Prokura - z problematyki pełnomocnictwa handlowego », art. préc., p. 11 ; J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 9, et, du même auteur, « Udzielenie prokury członkowi organu reprezentacji mocodawcy », *Glosa 5/2007*, pp. 104, 106 ; T. SIEMIĄTKOWSKI, « W sprawie tzw. prokury oddziałowej », art. préc., p. 36 ; B. DĄBROWSKI, M. ŁĘCZYŃSKA, art. préc., p. 44.

¹⁸²⁴ W. KUBALA, *ibid.*

¹⁸²⁵ V en droit polonais, K. GRZEGORZ, *op. cit.*, II, pt. 2.2 ; J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 20 ; T. SIEMIĄTKOWSKI, *Prokura w spółkach prawa handlowego*, *op. cit.*, p. 177 ; L. MOSKWA, « prokura w prawie niemieckim », art. préc., p. 104 ; A. HERBET, « Pojęcie i koncepcja legislacyjna prokury – uwagi na tle art.1091 i

2 – La réserve tirée des limitations à la prokura dans la sphère externe autorisées par les textes

614. Dans un souci d'élasticité, le législateur permet certains aménagements de la prokura dans l'ordre externe. Il peut donc être dérogé au principe d'intangibilité et d'immutabilité de la prokura consacré en droits allemand (§ 50, alinéa 1^{er}, H.G.B.) et polonais (article 109¹, § 2, K.C.)¹⁸²⁶. Le législateur polonais prévoit que la prokura peut être limitée par un texte spécial (*ibid.*, *in fine*)¹⁸²⁷, tandis que le législateur allemand dresse une liste limitative des restrictions opposables aux tiers (§ 50, alinéa 3, H.G.B.). Ces aménagements sont toutefois strictement encadrés, ce qui est cohérent avec l'esprit de cette institution : seul un pouvoir de représentation standardisé permet en effet d'assurer une transparence et une sécurité maximale dans les transactions commerciales.

615. Les exceptions légales au caractère immuable et intangible de la prokura sont identiques en droits allemand et polonais. Elles consistent en premier lieu, comme on l'a déjà vu, dans la possibilité d'instituer une prokura conjointe ou collective¹⁸²⁸ (109⁴, § 1, K.C., et § 53, alinéa 1, H.G.B.).

616. Elles concernent, en second lieu, la possibilité de mettre en place une prokura divisionnelle¹⁸²⁹, autrement dit une prokura limitée à l'exploitation d'une filiale ou d'une succursale lorsqu'elle est exploitée sous une dénomination sociale différente (art. 109⁵

n. k.c. oraz art. 168 i n. projektu księgi I k.c. », in *Instytucje prawa handlowego w przyszłym kodeksie cywilnym*, T. MRÓZ, M. STEC (réd.), Warszawa, 2012, p. 79. Dans ce sens dans la littérature d'avant-guerre, v. J. NAMITKIEWICZ, *Kodeks handlowy*, *op. cit.*, p. 119. En droit allemand, v. not., A. BAUMBACH, K. DUDEN, K.J. HOPT, *op. cit.*, p. 152 ; P. BÜLOW, *op. cit.*, p. 87 ; C. W. CANARIS, *op. cit.*, p. 294-296 ; C. GAREIS, O. FUCHSBERGER, *op. cit.*, p. 143 ; U. HÜBNER, *Handelsrecht*, *op. cit.*, p. 130 ; P. JUNG, *Handelsrecht*, *op. cit.*, p. 164 ; E. KLUNZINGER, *op. cit.*, p. 68 ; P. KREBS et M. LIEB, in K. SCHMIDT (réd.), *op. cit.*, p. 579 ; F. LITTHAUER, U. MOSSE, *op. cit.*, p. 54 ; E. S. PUCHELT, *op. cit.*, p. 92 ; W.-H. ROTH, in I. KOLLER, W. MORCK, W.-H. ROTH, *op. cit.*, p. 176 ; W. RUSS, in P. GLANEGGER, G. GRAFF, C. KIRNBERGER, *et al.*, *op. cit.*, p. 233 ; K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, *op. cit.*, p. 476 ; J. SONNENSCHNEIDER, B. WEITEMEYER, in N. HORN (réd.), *op. cit.*, p. 424.

¹⁸²⁶ Cf. *supra*, n° 610 et 611.

¹⁸²⁷ « Les limitations apportées à la prokura sont sans effet à l'égard des tiers, à moins qu'un texte spécial n'en dispose autrement » : article 109¹, § 2, K.C. (traduction libre).

¹⁸²⁸ Cf. *supra*, n° 466.

¹⁸²⁹ « Prokura oddziałowa » (pl.) ; « Filialprokura » (prokura limitée aux activités d'une filiale en droit allemand, v. P. JABORNEGG et P. APATHY, *op. cit.*, pp. 466-467, § 50) et *Niederlassungsprokura* (prokura limitée aux activités d'une succursale en droit allemand).

K.C., et § 50, alinéa 3, H.G.B.¹⁸³⁰). Ce type de prokura n'a été formellement consacré par le législateur polonais qu'avec la réforme de 2003¹⁸³¹, dans le but de permettre au maître de l'affaire de conférer à une personne uniquement concernée par les affaires d'un établissement donné (exerçant dans une zone géographique distincte, ayant sa propre clientèle) un pouvoir de représentation limité à l'activité de celle-ci¹⁸³². L'institution de la prokura divisionnelle tient donc compte de la fonction exercée par le fondé de pouvoir dans la sphère sociale interne. L'impossibilité de procéder à une telle limitation faisait jusqu'alors peser sur les sociétés un risque considérable¹⁸³³. Avec l'introduction de cette forme de prokura, la Pologne s'aligne sur plusieurs législations : outre l'Allemagne, il est possible de mentionner l'Autriche¹⁸³⁴, la Bulgarie¹⁸³⁵, la Slovénie¹⁸³⁶ et la Croatie¹⁸³⁷.

617. Ces limitations permises par les textes sont les seules qui soient opposables aux tiers : l'acte passé en leur violation pourra être sanctionné par son inefficacité¹⁸³⁸.

618. Le modèle intangible et immuable de la prokura est celui qui avait été choisi par les rédacteurs de l'A.D.H.G.B de 1861¹⁸³⁹ et il correspond aujourd'hui au modèle le plus

¹⁸³⁰ « Si la [prokura] doit se limiter à l'exploitation d'une seule des succursales du possesseur de l'affaire, cette limitation n'est opposable aux tiers que si les succursales sont exploitées sous des raisons sociales différentes. Il y a raison sociale différente au sens de ces prescriptions s'il a été adjoint à la raison sociale de la succursale un additif qui la désigne en cette qualité » (traduction de M. DOUCET, *op. cit.*, p. 18).

¹⁸³¹ Avant cette réforme, il n'était pas certain que ce type de limitation à la prokura soit opposable aux tiers. V. sur cette question, v. SN., 21 juin 1935, II C 503/35, *Orzecznictwo Sądów Polskich* 1935, poz. 575.

¹⁸³² L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 38.

¹⁸³³ L. MOSKWA, *ibid.*

¹⁸³⁴ V. l'article 460, alinéa 1, OR.

¹⁸³⁵ V. l'article 22, 2^{ème} alinéa, 2^{ème} phrase, de la loi commerciale bulgare de 1991, préc.

¹⁸³⁶ V. l'article 33, 3^{ème} alinéa, de la loi slovène sur les sociétés commerciales de 1993, préc.

¹⁸³⁷ V. l'article 48, 2^{ème} alinéa, de la loi croate de 1993 relative aux sociétés commerciales, préc.

¹⁸³⁸ M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 83.

¹⁸³⁹ Conformément au § 43 A.D.H.G.B, en sa 1^{ère} phrase, « Toute restriction apportée aux pouvoirs de fondé de pouvoirs (article 42) est de nul effet vis-à-vis des tiers (...) ». Pour être certain qu'il ne serait pas porté atteinte au caractère intangible et immuable de la prokura, le législateur allemand a consacré dans l'A.D.H.G.B. des exemples de limitations inopposables aux tiers : ainsi de celles « qui auraient pour objet de restreindre les pouvoirs à certaines opérations ou à certaines espèces d'affaires, ou qui en soumettraient l'exercice à certaines conditions, ou à une certaine durée, ou à certains lieux » : § 43, 2^{ème} phrase, A.D.H.G.B. (traduction de V. FOUCHER et L.-C.-J. TOLHAUSEN, *op. cit.*, pp. 13-14). Cette disposition a été reprise dans des termes similaires dans le H.G.B. au § 50, alinéa 2.

répandu¹⁸⁴⁰. À ses côtés, un autre modèle a émergé à l'initiative du législateur suisse : le modèle relatif ou mixte de la prokura.

β) Le modèle relatif ou mixte de la prokura

619. Le législateur suisse, au moment de la réception de cette institution dans son droit interne (Code des obligations de 1911), s'est départi de la conception absolue de la prokura et a adopté un modèle « relatif » ou « mixte » de cette institution¹⁸⁴¹. Ce dernier, à la différence du modèle d'origine allemand, tient compte de la bonne foi du tiers.

620. Dans le modèle relatif de la prokura adopté par le législateur suisse, en sus de l'hypothèse d'une collusion frauduleuse entre le fondé de pouvoir et le tiers, les limitations de la prokura dans l'ordre interne, quelle que soit leur forme¹⁸⁴², sont également opposables aux tiers dans deux autres hypothèses, qui résultent de la lecture combinée des articles 459 (1)¹⁸⁴³ et 460 (3)¹⁸⁴⁴ CO. La première concerne le tiers de mauvaise foi, c'est-à-dire celui qui avait connaissance de l'existence des limitations internes du représentant. La seconde hypothèse concerne la situation où le tiers aurait dû connaître les limitations s'il avait fait preuve d'une diligence suffisante¹⁸⁴⁵.

621. En droit suisse, seul le tiers de bonne foi et diligent bénéficie donc du caractère intangible et immuable de la prokura¹⁸⁴⁶. C'est en ce sens que ce type de prokura est

¹⁸⁴⁰ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 19. Le modèle intangible et immuable de la prokura se retrouve également dans les droits autrichien, tchèque, slovaque, bulgare (art. 22, al. 2^{ème}, 3^{ème} phrase, TZ), estonien, lituanien, letton (art. 36, al. 1^{er}, KL), croate (art. 48, al. 1^{er}, ZTD).

¹⁸⁴¹ C'est également le modèle adopté par le législateur au Liechtenstein, en Suède et en Finlande (*cf. supra*, note 1812).

¹⁸⁴² K. GRZEGORZ, *op. cit.*, II, pt. 2.2.

¹⁸⁴³ D'après l'article, « [l]e fondé de procuration est réputé, à l'égard des tiers de bonne foi, avoir la faculté de souscrire des engagements de change pour le chef de la maison et de faire, au nom de celui-ci, tous les actes que comporte le but du commerce ou de l'entreprise ».

¹⁸⁴⁴ Cet article prévoit que les « autres restrictions [que celles prévues aux alinéas 1 et 2] des pouvoirs ne sont pas opposables aux tiers de bonne foi ».

¹⁸⁴⁵ K. GRZEGORZ, *op. cit.*, II, pt. 2.2.

¹⁸⁴⁶ K. GRZEGORZ, *ibid.*, ainsi que la littérature citée, note 66, en droit suisse : R. MÜLLER, « Haftung für Unterschriften im Namen der Gesellschaft », in P. KUNZ, F. JÖRG, O. ARTER (éd.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V*, Bern, 2010, p. 193 ; A. HERBET, « Pojęcie i koncepcja legislacyjna prokury – uwagi na tle art.1091 i n. k.c. oraz art. 168 i n. projektu księgi I k.c. », *op. cit.*, p. 80.

qualifié de « mixte » : l'étendue de l'habilitation du fondé de pouvoir revêt dans ce modèle, en principe, un caractère impératif ; mais, dans certaines hypothèses qu'on vient d'énumérer, le champ de son habilitation sera déterminé par le rapport interne¹⁸⁴⁷. C'est un modèle qu'il est également possible de qualifier de « relatif », puisque le principe d'abstraction de la prokura connaît certains tempéraments, comme en droit commun.

622. La position des tiers dans le modèle relatif de la prokura s'en voit considérablement affaiblie¹⁸⁴⁸, avec cette réserve que la bonne foi est toujours présumée, la charge de la preuve de la mauvaise foi ou de l'indiligence du tiers pesant sur la société qui souhaite se défaire de l'engagement pris par son représentant¹⁸⁴⁹.

623. Il reste à confronter l'institution germanique de la procuration aux différentes acceptions de cette notion retenues par la doctrine française.

§ 3 – Comparaison avec les différentes acceptions de la notion de procuration en droit français

624. **La procuration en droit français : une notion dépourvue d'ossature juridique.** Les notions de procuration et de fondé de procuration sont employées à plusieurs reprises dans les textes, notamment dans le Code civil (treize occurrences) et le Code de commerce français (quarante-trois occurrences)¹⁸⁵⁰. La procuration, notion familière au juriste français, n'est pourtant jamais définie, tout en étant visée dans des dispositions ponctuelles et éparses (relatives au droit de la famille, à l'état des personnes, à la donation, au contrat de mandat, au droit des sociétés...). D'un point de vue purement formel, la procuration ne constitue pas, comme en droits allemand et polonais, une institution en tant que telle qui fasse l'objet d'une réglementation d'ensemble¹⁸⁵¹. La refonte du livre III du Code civil français en 2016 n'a pas repensé la notion de procuration, bien qu'elle soit généralement perçue par les auteurs comme une institution qui renvoie au mécanisme de

¹⁸⁴⁷ A. HERBET, *ibid.*

¹⁸⁴⁸ K. GRZEGORZ, *op. cit.*, II, pt. 2.2.

¹⁸⁴⁹ K. GRZEGORZ, *ibid.*

¹⁸⁵⁰ Source : Légifrance (recherche en date du 30.09.2021).

¹⁸⁵¹ *Cf. supra*, n° x, note x.

représentation¹⁸⁵², ce qui laisse intacte la pertinence des différentes propositions doctrinales traditionnelles jusqu'ici formulées (A). L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux apporte au contraire une nouveauté sur ce point, en institutionnalisant la procuration en droit français (B).

A) *Les acceptions doctrinales traditionnelles de la procuration*

625. **La procuration, une notion polysémique en droit français.** Les définitions de la procuration étant fort nombreuses au sein de la littérature française¹⁸⁵³, nous nous concentrerons sur les principales acceptions de cette notion, relevées par la doctrine. Trois d'entre elles, formulées ou reprises postérieurement à l'introduction du Code Napoléon, retiendront notre attention. D'abord, la procuration est perçue comme un synonyme du mandat ; cette acception trouve un fondement textuel dans la définition même de ce contrat (1). Imputée à la formulation maladroite de l'article 1984 du Code civil, l'assimilation entre le mandat et la procuration est rapidement rejetée. Elle laisse place majoritairement à deux autres interprétations : la procuration comme *negotium* d'une part (2), et d'autre part comme *instrumentum* (3).

¹⁸⁵² Cf. *supra*, note 308.

¹⁸⁵³ Par exemple, TROPLONG définit la procuration comme « un acte unilatéral qui existe avant l'acceptation du mandataire », cette acceptation permettant la formation du contrat de mandat (R.-Th. TROPLONG, *Le droit civil expliqué – Du mandat*, *op. cit.*, p. 15). Ainsi, la procuration constituerait une offre de contracter, une sollicitation de contrat de mandat. La procuration, acte unilatéral, se distingue du mandat, qui exige la rencontre de deux volontés : celles du mandant et du mandataire. Dans ce sens égal. J. VALERY, thèse préc, p. 91. Cette acception de la notion de procuration s'appuie sur les écrits de PAUL, pour qui « Toute déclaration, par laquelle on manifeste l'intention qu'une personne entreprenne une affaire et la gère dans notre intérêt, est une procuration » : R.- Th. TROPLONG, *ibid.*, p. 101, citant PAUL, L. 1, §2, D., *Mandati*.

1) Procuracion et mandat

626. **La thèse de l'assimilation de la procuracion et du contrat de mandat en droit français.** La première acception de la notion de procuracion en droit interne s'appuie sur les textes du Code civil. L'analyse littérale de la définition du contrat de mandat, à l'article 1984 dudit Code, semble induire que le terme « procuracion » est un simple synonyme du contrat de mandat (« *le mandat ou procuracion est...* »). Les dispositions spéciales dédiées au mandat contiennent deux autres occurrences de cette notion¹⁸⁵⁴.

627. L'assimilation littérale entre le contrat de mandat et la procuracion fut critiquée dès ses premières heures. Elle est rejetée de manière quasi unanime par la doctrine française contemporaine¹⁸⁵⁵. Imputée à la rédaction maladroite de l'article 1984 du Code civil, l'analogie occasionnelle entre les deux institutions, dans les dispositions intéressant le mécanisme du mandat, doit être considérée comme une « *faute de langage* »¹⁸⁵⁶. Les définitions doctrinales françaises récentes du contrat de mandat, façonnées en réaction à l'ambiguïté de l'article 1984, délaissent purement et simplement la notion de procuracion de la définition de ce contrat¹⁸⁵⁷. Il n'en reste pas moins que la synonymie entre la procuracion et le mandat est très courante dans la pratique : on la retrouve dans les textes, la jurisprudence, et en doctrine¹⁸⁵⁸.

628. **Une assimilation aux antipodes du modèle germanique.** Cette première acception de la notion de procuracion est aux antipodes de la procuracion au sens de *Vollmacht*, l'opposition entre les deux mécanismes ayant servi de credo à la construction de la théorie générale de la représentation allemande. Aussi, la distinction formelle entre

¹⁸⁵⁴ V. l'article 1993, relatif aux obligations dont est tenu le mandataire à l'égard du mandat, et l'article 2004 du Code civil, sur la révocation du mandat.

¹⁸⁵⁵ V. not. Ph. le TOURNEAU, *Rép. civ.*, *Dalloz*, v° « Mandat », *op. cit.*, n° 2 ; J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 15 ; F. MARMOZ, thèse préc., p. 80 ; A. GILSON-MAES, thèse préc., n° 65.

¹⁸⁵⁶ J. VALÉRY, thèse préc., spéc., p. 91.

¹⁸⁵⁷ *Cf. supra*, note x.

¹⁸⁵⁸ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Procuracion » (2) : « *la procuracion désigne, par extension « le mandat lui-même »* » ; P. MALAURIE, L.-A. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 9^{ème} éd., 2017, v° procuracion (indexe). Pour des exemples sous l'ancien droit, v. F. CAGNINACCI, thèse préc., *passim*.

ces deux « notions-institutions » s'est traduite, en droits allemand et polonais, par une réglementation et un régime qui leur sont propres¹⁸⁵⁹.

629. La doctrine française s'accorde pour distinguer le mandat et la procuration, sans toutefois qu'il y ait de consensus sur le sens qu'il convient de donner à cette dernière notion. Elle serait tantôt « *l'acte dont résulte le pouvoir de représentation* », tantôt « *l'instrument matériel qui contient l'acte* »¹⁸⁶⁰.

¹⁸⁵⁹ Cf. *supra*, n° 165 (réglementation du rapport interne) et 166 (réglementation du rapport externe).

¹⁸⁶⁰ F. RIGAUX, thèse préc., p. 36, note 6, soulignant l'ambivalence de la notion de procuration en droit français.

2) *Procuracion et negotium*

630. **La procuracion : l'acte d'habilitation à agir au nom d'autrui ou le pouvoir de représentation en tant que tel.** La procuracion est également désignée en doctrine comme constitutive du *negotium*, c'est-à-dire comme formant la substance de l'acte juridique¹⁸⁶¹, en l'espèce du mandat de représentation. La doctrine n'est pas claire sur le point de savoir si la procuracion désigne alors l'acte juridique qui confère au représentant son pouvoir de représentation, autrement dit qui habilite le mandataire à agir *au nom* du mandant, ou si elle désigne le pouvoir de représentation proprement dit¹⁸⁶². Par comparaison, en droits allemand et polonais, on distingue, d'un côté, l'acte d'habilitation¹⁸⁶³, et, de l'autre, la procuracion¹⁸⁶⁴.

631. Ces deux interprétations de la notion de procuracion en droit français procèdent d'une conception duale du contrat de mandat, selon qu'il confère ou non un pouvoir de représentation au mandataire. Elle repose sur l'idée que le contrat de mandat ne produit pas en lui-même d'effets externes. Cet effet doit avoir été voulu par les parties, plus spécifiquement, par le mandant, et prévu dans le contrat. Une déclaration de volonté en ce sens est donc nécessaire : l'acte d'habilitation correspond alors à la volonté du mandant d'être engagé par les actes de son mandataire¹⁸⁶⁵. Dans le cas contraire, la « représentation » ne peut être qu'indirecte, le mandataire se trouvant personnellement lié

¹⁸⁶¹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « negotium ».

¹⁸⁶² V. not. F. RIGAUX, *loc. cit.* ; Ph. le TOURNEAU, *Rép. civ.*, *Dalloz*, v° « Mandat », *op. cit.*, n° 2 ; Ch.- W. CHEN, thèse préc., p. 39, spéc. n° 55 ; J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 18 ; K.-S. ZACHARIAE, *Le droit civil français*, MM. G. MASSE et Ch. VERGE (trad.), t. V, A. DURAND, 1860, p. 50 ; P. PONT, *Commentaire-Traité des petits contrats*, *op. cit.*, n° 796 et 797, p. 440 (l'auteur concède à la notion de procuracion deux acceptions, celles de *negocium* et d'*instrumentum*) ; H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil : notions générales*, 5^{ème} éd., Paris : A. Pédone, 1929, n° 318, p. 363 ; J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 118 ; F. LEDUC, « Deux contrats en quête d'identité. Les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise », in J.- S. BORGHETTI *et. al.* (dir.), *op. cit.*, p. 595, spéc. n° 20 : pour l'auteur, le premier alinéa de l'article 1984 du Code civil renvoie à la procuracion conférant le pouvoir de représentation, tandis que le second alinéa de cet article concerne le mandat proprement dit.

¹⁸⁶³ « *Bevollmächtigung* » (all.) ; « *umocowanie* », ou « *udzielenie pełnomocnictwa* » (pl.) : *cf. supra*, n° 579. Dans la pratique, les deux notions de *Vollmacht* et de *Bevollmächtigung* sont ponctuellement employées comme des synonymes et confondues : Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, p. 392, note 33. V. par ex., le § 80, alinéa 1 du Code de Procédure Civile allemand, le *Zivilprozessordnung*, (ci-après Z.P.O.), qui régleme la procuracion processuelle (la *Prozessvollmacht*). Il en est de même en droit polonais : J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 32 ; F. FABIAN, *op. cit.*, p. 17 ; A. SZPUNAR, « Stanowisko prawne pełnomocnika », art. préc., p. 62 et du même auteur, « *Udzielenie pełnomocnictwa* », art. préc., p. 62.

¹⁸⁶⁴ « *Vollmacht* » (all.) ; « *pełnomocnictwo* » (pl.).

¹⁸⁶⁵ J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 18.

par ses actes. Cette interprétation de la notion de procuration bénéficierait d'une assise légale, dans la mesure où l'article 1997 du Code civil indique que l'intermédiaire, agissant au nom d'autrui, déclare sa qualité de représentant¹⁸⁶⁶.

632. **Comparaison avec la procuration germanique.** Cette acception de la notion de procuration en droit français se rapproche de son homologue dans le modèle germanique, car, dans les deux cas, la procuration renvoie à un acte de volonté qui confère le pouvoir d'agir au nom du constituant. À partir de cette analyse, deux différentes pistes se dégagent en doctrine. La première considère que, bien que théoriquement séparable du mandat, la procuration n'en constitue pas moins un élément essentiel qui se trouve, à ce titre, contenue dans ce contrat¹⁸⁶⁷. Le pouvoir de représentation (procuration) reste dans cette conception un *effet* du contrat de mandat, effet qui doit simplement avoir été voulu par les parties et prévu dans le contrat.

Une autre doctrine, minoritaire, conçoit au contraire la procuration comme un acte véritablement autonome¹⁸⁶⁸ susceptible à cet égard d'accompagner différents contrats, outre le mandat : ainsi du contrat de travail ou de louage¹⁸⁶⁹. Cette seconde analyse rejoint donc la conception germanique de la procuration, conformément à laquelle cette institution est autonome du mandat, mais aussi de tout autre rapport contractuel¹⁸⁷⁰, tant dans son existence que dans son régime. À l'aune de la réforme de 2016, la conception dualiste du mandat retenue par ces auteurs pourra pleinement se vérifier dans la pratique, du fait de la création d'un terrain propice à l'autonomisation du pouvoir de représentation au travers de la consécration de dispositions qui lui sont propres.

¹⁸⁶⁶ « Le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité une suffisante connaissance de ses pouvoirs (...) » : art. 1997, C. civ.

¹⁸⁶⁷ Cf. *supra*, n° x, et la littérature citée, note x.

¹⁸⁶⁸ Cf. *supra*, *ibid.*, et la littérature citée, note x.

¹⁸⁶⁹ Dans ce sens, F. LEDUC, « Deux contrats en quête d'identité. Les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise », in J.-S. BORGHETTI *et. al.* (dir.), *op. cit.*, n° 20 ; T. GENICON, « Mandat et représentation », in B. REMY (dir.), *op. cit.*, n° 68, pp. 66-67.

¹⁸⁷⁰ Cf. *infra*, n° 579.

3) *Procuracion et instrumentum*

633. Une autre ligne doctrinale, plus importante¹⁸⁷¹, définit la procuracion comme *l'instrumentum*, c'est-à-dire comme un écrit ou document matériel¹⁸⁷² qui constate le pouvoir de représentation¹⁸⁷³ ou le mandat¹⁸⁷⁴ (soit le *negotium*¹⁸⁷⁵) et qui sert de preuve à l'égard des tiers¹⁸⁷⁶.

634. **Comparaison avec la procuracion germanique.** Comme c'est le cas pour l'acte d'habilitation, les droits allemand et polonais connaissent un terme spécifique pour désigner l'acte instrumentaire¹⁸⁷⁷. Tout au plus est-il possible de voir dans cette acception de la notion de procuracion une analogie avec l'acception large de cette notion en droit allemand¹⁸⁷⁸.

635. Bien que les droits allemand et polonais connaissent chacun un terme spécifique pour désigner d'une part l'acte instrumentaire (ou acte matériel) qui constate le pouvoir de

¹⁸⁷¹ V. égal. en jurisprudence, entre autres décisions, Cass. 1^{ère} civ., 6 janv. 1994, n° 91-22.359 : « (...) [engage] sa responsabilité professionnelle le notaire qui n'a pas vérifié la régularité au moins apparente d'une signature figurant sur une procuracion sous seing privé. ».

¹⁸⁷² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « instrumentum ».

¹⁸⁷³ C'est d'ailleurs ce qui semble résulter de l'article 2004 du Code civil, en vertu duquel « le mandant peut révoquer sa procuracion quand bon lui semble, et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire à lui remettre, soit l'écrit sous seing privé qui la contient, soit l'original de la procuracion (...) ». Dans ce sens, v. P. PONT, *Commentaire-Traité des petits contrats*, *op. cit.*, n° 796 et 797, p. 440 (l'auteur concède à la notion de procuracion deux acceptions, celles de *negotium* et d'*instrumentum*) ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, *op. cit.*, n° 2231, p. 785 ; A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 636, p. 416 ; A. GILSON-MAES, thèse préc., n° 65 ; M. MEKKI, « Réforme du droit des obligations : la représentation (C. civ., art. 1153 et s. nouv.) », art. préc., p. 4 (éd. élec.) ; Ph. le TOURNEAU, *Rép. civ.*, *Dalloz*, v° « Mandat », *op. cit.*, n° 106 : « La distinction entre mandat général et mandat spécial repose sur la précision ou non, dans la procuracion, des biens donnant lieu au mandat, ou de l'occasion pour laquelle le mandat a été convenu. » ; C. PUIGELIER, *Dictionnaire juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2017, v° « procuracion », n° 4615, p. 830.

¹⁸⁷⁴ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 912, p. 757 ; G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Procuracion » (1) : « Écrit qui constate le mandat, et qui, remis au mandataire, permet à celui-ci de justifier de son pouvoir ».

¹⁸⁷⁵ J.-L. GAZZANIGA, art. préc., p. 30.

¹⁸⁷⁶ A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 636, p. 416 ; P. PUIG, *loc. cit.*

¹⁸⁷⁷ Littéralement, le « document de procuracion » : « *Vollmachtsurskunde* » en droit allemand : Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, p. 392, n° 506, et « *dokument pełnomocnictwa* » en droit polonais.

¹⁸⁷⁸ Cf. *supra*, note 1863.

représentation¹⁸⁷⁹ et, d'autre part, l'acte d'habilitation¹⁸⁸⁰, dans la pratique, la notion de procuration désigne également, *in extenso*, ces actes. Cependant, lorsque la prokura est qualifiée de procuration, ce n'est que dans l'acception stricte de cette notion, entendue comme un pouvoir abstrait de représentation, direct et volontaire, à l'exclusion de l'acte qui le fait naître et de l'acte qui le constate¹⁸⁸¹.

636. Il reste à comparer la notion germanique de la procuration à celle retenue par les auteurs de l'avant-projet de réforme des contrats spéciaux.

B) *La notion de procuration dans l'avant-projet de réforme des contrats spéciaux*

637. Le groupe de travail à l'origine de l'avant-projet de réforme des contrats spéciaux confère à la notion de procuration une réelle substance juridique, en tant que sous-catégorie de mandat, le mandat étant érigé par les rédacteurs de l'avant-projet en contrat exclusivement représentatif¹⁸⁸². Selon l'article 143 de l'avant-projet, « *le mandat est appelé "procuration" lorsque le mandant donne pouvoir au mandataire de conclure un acte dont le contenu est d'ores et déjà défini* ». Dans l'esprit des rédacteurs, la procuration ne serait qu'une « *délégation de signature par laquelle le mandataire ne dispose d'aucune latitude ni d'un quelconque pouvoir autonome* »¹⁸⁸³. Cette particularité du mandat nommé procuration se situe aux antipodes la procuration germanique.

638. **Comparaison avec la procuration germanique.** Il n'existe pas, en droits allemand et polonais, de disposition semblable à l'article 143 de l'avant-projet dans les règles traitant de la représentation (procuration). En réalité, il est possible de questionner la qualité même de *représentant* de la personne titulaire d'une procuration au sens de l'article 143 de l'avant-projet. Selon les termes mêmes des rédacteurs de l'avant-projet, le fondé de procuration ne serait qu'un « *porte-parole* » ou « *porte-plume* »¹⁸⁸⁴ du mandant : ce dernier s'apparente donc plus à un *nuntius* qu'à un véritable représentant. Cette

¹⁸⁷⁹ Cf. *supra*, n° 634.

¹⁸⁸⁰ Cf. *supra*, n° 583.

¹⁸⁸¹ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 32.

¹⁸⁸² Cf. *supra*, n° 151-152 et 161.

¹⁸⁸³ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux du 26 juin 2017, préc., p. 11.

¹⁸⁸⁴ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *ibid.*

interprétation est confortée par l'article 145 de l'avant-projet qui prévoit que « *lorsque le mandataire agit en vertu d'une procuration, seuls les vices ayant affecté le consentement du mandant sont une cause de nullité du contrat conclu par le mandataire* » (nous soulignons). Cette disposition déroge au droit commun de la représentation en application duquel les vices de consentement s'apprécient en la personne du représentant¹⁸⁸⁵, la théorie moderne de la représentation lui reconnaissant la qualité d'auteur de l'acte¹⁸⁸⁶. Toujours dans cette logique, le groupe de travail a estimé qu'il n'y a pas lieu d'appliquer au fondé de procuration les règles visant à prohiber les conflits d'intérêts entre représentant et représenté : l'article 144 de l'avant-projet prévoit en effet que « *l'article 1161 n'est pas applicable à la procuration* ».

En tout état de cause, la conception doctrinale de la procuration comme fondement exclusif du pouvoir représentation¹⁸⁸⁷ n'a pas trouvé écho dans l'avant-projet de réforme des contrats spéciaux ; ses rédacteurs ont au contraire fait le choix de prêter ce rôle au contrat de mandat¹⁸⁸⁸. Les dispositions de l'avant-projet relatives au mandat prétendent également sceller une nouvelle fois, dans les textes, l'assimilation entre le mandat et la procuration.

639. Nous avons vu que l'institution germanique de la *prokura* constitue un genre particulier de procuration, notion qui s'entend, dans le modèle germanique, comme un pouvoir de représentation direct, volontaire et abstrait. Si les règles de l'actuel avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux venaient à être adoptées, celles-ci fermeraient la porte à toute assimilation entre la notion de procuration en droit français et dans le modèle germanique. Toutefois, à l'aune de la théorie dualiste du mandat transposée en droit français, figure dorénavant en ses lieux et place l'institution du *pouvoir de représentation*, réglémentée aux articles 1153 et s. du Code civil. En droit des sociétés, les organes dits de représentation ont la compétence d'octroyer – « de déléguer » – ce pouvoir à des tiers. En d'autres termes, l'institution germanique de la *Volmacht* en droit des sociétés trouve son homologue, depuis la réforme de 2016, dans l'institution de la délégation du pouvoir de représentation.

¹⁸⁸⁵ Cf. *supra*, n° 118, et les références citées, note 382.

¹⁸⁸⁶ Cf. *supra*, n° 117 et 119.

¹⁸⁸⁷ V. not. J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 120, pp. 208 et s. et T. GENICON, « Mandat et représentation », in B. REMY (dir.), *op. cit.*, n° 68, pp. 66-67.

¹⁸⁸⁸ Cf. *supra*, n° 151-152, et n° 177 et s.

Sous-section 2 / En droit français : l'institution de la délégation du pouvoir de représentation

640. Le législateur français n'a pas créé de pouvoir de représentation conventionnel (autre que statutaire) spécialement façonné pour répondre aux besoins de l'activité commerciale¹⁸⁸⁹. D'autres législations ont au contraire adopté cette démarche, à l'instar du droit allemand, qui connaît deux types de procurations réservées à une certaine catégorie d'entrepreneurs : la *prokura* et la *Handlungsvollmacht* (procuration commerciale). Ces deux procurations de droit commercial ne se substituent pas aux procurations de droit commun. Il s'agit d'instruments supplémentaires permettant généralement d'attribuer un pouvoir de représentation plus large que ne le permettent les différentes procurations civiles, et dotés d'un régime spécialement bâti pour répondre aux besoins de l'activité commerciale.

Du silence du législateur français sur la question de l'engagement des sociétés par des tiers aux organes prévus par les textes¹⁸⁹⁰ (représentants légaux et statutaires), l'on ne saurait déduire que le recours aux techniques de représentation conventionnelle de droit commun leur sont fermées¹⁸⁹¹, mais seulement que les sociétés françaises sont cantonnées à ces instruments.

641. L'étude propose d'individualiser sous l'appellation de délégation du pouvoir de représentation, le contrat qui « *consiste pour le représentant légal d'une société à investir un ou plusieurs collaborateurs du pouvoir d'engager la société pour un type déterminé d'opérations et éventuellement de les habiliter à pouvoir déléguer leur habilitation à leur*

¹⁸⁸⁹ Comme le relève Monsieur DIDIER, en réglementant les conditions d'action de la société dans la sphère externe, le législateur « *a fait comme si une société ne traitait avec les tiers que par le truchement de ses organes et que seule cette question méritait une réponse législative. Mais la réalité est toute différente : une société traite avec les tiers par ses employés. Toute la construction de délégation de pouvoirs n'est qu'une réponse de la pratique au silence du législateur* » : Ph. DIDIER, « L'évolution de la représentation de la société depuis la loi de 1966 », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CORNAC (dir.), *op. cit.*, n° 17, p. 79.

¹⁸⁹⁰ Sauf dispositions ponctuelles : v. l'article L. 622-24, 2^{ème} alinéa, C. com. (au sujet des déclarations de créances) ainsi que l'article R. 225-28, alinéa 4 (possibilité pour le directeur général de déléguer le pouvoir qu'il a reçu du conseil d'administration d'accorder des cautions, avals ou garanties au nom de la société).

¹⁸⁹¹ Cf. *supra*, n° 376. La question de la possibilité de mettre en place des représentants conventionnels au sein de la SAS a fait l'objet d'un contentieux important et a fait couler beaucoup d'encre en doctrine : cf. *infra*, n° 651.

tour »¹⁸⁹². À la différence de la délégation fonctionnelle, cette forme de délégation est par essence tournée vers les tiers ; elle vise strictement la conclusion d'actes juridiques au nom de l'entrepreneur représenté, à l'instar de la prokura.

Les exemples d'actes sociaux nécessitant une habilitation aux fins d'agir dans la sphère sociale externe sont légion ; ainsi des contrats passés avec les clients (qui sont fonction de l'activité de l'entreprise, en particulier la vente et la fourniture de services), les fournisseurs (achat de matière première, du matériel indispensable à l'activité sociale, etc.) et les établissements de crédit (emprunts), des actions en justice¹⁸⁹³ (notamment la déclaration de créance au passif du débiteur¹⁸⁹⁴) et de l'encadrement du capital humain (principalement l'embauche¹⁸⁹⁵ et le licenciement¹⁸⁹⁶ des employés de l'entreprise).

642. Jusqu'à présent, le droit commun de la représentation était défini par référence aux règles relatives au mandat que la jurisprudence appliquait volontiers à la technique étudiée dans les litiges impliquant les relations de la société avec les tiers¹⁸⁹⁷.

¹⁸⁹² Ph. DIDIER, « La flexibilité de la gouvernance de la SAS », in I. URBAIN-PARLEANI et P-H. CONAC (dir.), *op. cit.*, n° 23, p. 132. D'autres définitions doctrinales de la délégation de pouvoirs visent exclusivement la délégation du pouvoir de représentation : v. par ex. P. DURAND-BARTHEZ, *op. cit.*, p. 162, pour qui la délégation est une technique qui consiste, pour le dirigeant social, à « confier à des collaborateurs (voire à des tiers) une partie du pouvoir de représenter la société au titre de son mandat social » ; A. TADROS, art. préc., n° 2, selon qui la délégation « consiste, pour un représentant légal du groupement sociétaire, à confier à une personne, le plus souvent un préposé de la société, une mission de représentation de la société pour une catégorie d'actes déterminée » ; V. égal. P. LE CANNU, « La délégation de pouvoirs dans la SAS (et au-delà) », note préc., spéc. n° 15-22 ; F. DUQUESNE, *op. cit.*, n° 217 ; A. CŒURET et F. DUQUESNE, « La délégation de pouvoir de licencier : dernières avancées jurisprudentielles », art. préc. ; S. BEAL et M-N. ROUSPIDE, « Délégation de pouvoir de licencier ; A qui l'employeur peut-il déléguer le pouvoir de licencier et sous quelle forme ? », J.C.P. éd. E. 2005, 791.

¹⁸⁹³ V. par ex. pour les SAS, Cass. 2^{ème} civ., 9 juill. 2009, n° 08-15.085, préc. (« le président d'une [SAS] peut valablement déléguer à l'un des préposés de celle-ci le pouvoir de la représenter en justice pour les procédures dispensées du ministère d'avocat »), ainsi que pour les S.A.R.L. : 2^{ème} civ., 22 oct. 1997, n° 94-13.225, préc., jugeant « qu'il n'est pas interdit au gérant d'une société à responsabilité limitée de donner à un tiers une délégation spéciale en vue d'exercer au nom de la société une action en justice déterminée ».

¹⁸⁹⁴ Pour une analyse du régime applicable à la déclaration de créances effectuée par un délégataire, v. *supra*, n° 430 à 434.

¹⁸⁹⁵ V. par ex., Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 09-42.642, préc., où la Cour affirme que « la délégation du pouvoir de conclure un contrat de travail peut être tacite ; qu'elle peut découler des fonctions du salarié signataire du contrat [en l'espèce, le DRH d'une SAS] pour le compte de l'employeur ».

¹⁸⁹⁶ V. par ex., Cass. soc., Soc., 13 févr. 2019, n° 17-15.251. – Soc. 30 juin 2015, n° 13-28.146 : *Bull. civ.* V, n° 833. – Soc., 7 mars 2012, n° 10-21.524, préc. – Soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.200, préc. – Soc., 18 nov. 2003, n° 01-43.608, préc.

¹⁸⁹⁷ *Cf. supra*, n° 235, et les références citées.

Avec la réforme de 2016, doivent s'y substituer les règles nouvelles relatives au pouvoir de représentation prévues aux articles 1153 et s. du Code civil¹⁸⁹⁸. En effet, les conditions de recours à cet instrument dans le cadre sociétaire ainsi que son régime n'est réglementé par aucun texte de portée générale¹⁸⁹⁹.

La réforme consacre la plupart des solutions jusqu'à lors retenue à propos du mandat de droit commun, avec certaines nouveautés.

643. **En ce qui concerne l'étendue du pouvoir de représentation.** Les règles nouvelles relatives à l'étendue du pouvoir de représentation – consacrées aux alinéas 1^{er} et 2 de l'article 1155 Code civil¹⁹⁰⁰ – reprennent, pour l'essentiel, la typologie traditionnelle au mandat¹⁹⁰¹. Toutefois, deux nouveautés sont à signaler. En premier lieu, d'après les nouveaux textes, le pouvoir défini en des termes généraux couvre les actes conservatoires en plus des actes d'administration, seuls visés par le législateur en ce qui concerne le mandat conçu en termes généraux¹⁹⁰². En second lieu, le pouvoir spécial intéresse non seulement l'acte pour lequel il est donné, mais aussi les actes accessoires. Les actes accessoires sont ceux qui contribuent à l'accomplissement d'une finalité¹⁹⁰³. Conformément à cette acception des actes accessoires, il est possible d'en déduire que

¹⁸⁹⁸ A. TADROS, art. préc., n° 3.

¹⁸⁹⁹ Dès lors que les nouveaux textes constituent le droit commun de la représentation, ils ne s'appliquent qu'en l'absence de règles spéciales, tandis qu'en cas de contrariété avec le droit commun, les dispositions spéciales primeront, conformément au principe *lex specialis derogat legi generali* repris au nouvel article 1105, alinéa 3, du Code civil (« Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ») : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n° 373, p. 307 ; G. WICKER, N. FERRIER, « La représentation », art. préc., n° 2.

¹⁹⁰⁰ « Lorsque le pouvoir du représentant est défini en termes généraux, il ne couvre que les actes conservatoires et d'administration » (alinéa 1^{er}) ; « Lorsque le pouvoir est spécialement déterminé, le représentant ne peut accomplir que les actes pour lesquels il est habilité et ceux qui en sont l'accessoire » (2^{ème} alinéa).

¹⁹⁰¹ D'après les textes relatifs au mandat, le mandat ne peut être que général ou spécial (article 1987 du Code civil : « Il [le mandat] est ou spécial et pour une affaire ou certaines affaires seulement, ou général et pour toutes les affaires du mandant. »), conçu en termes généraux ou exprès (article 1988 dudit Code). Seul le mandat général conçu en termes exprès permet d'accomplir, sur l'ensemble des biens du mandant, « tous les actes de disposition, d'administration et de conservation » : Ph. le TOURNEAU, *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Mandat », *op. cit.*, n° 107. Sur les combinaisons possibles entre les différents types de mandats, v. *ibid.*, n° 106 et s.

¹⁹⁰² Toutefois, la jurisprudence a toujours estimé qu'un mandat rédigé en termes généraux comprenait également les actes conservatoires : Cass. 1^{ère} civ. 25 oct. 1972, n° 71-13.155. Le principe acquiert donc simplement une valeur législative.

¹⁹⁰³ A. TADROS, art. préc., n° 6, citant G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Accessoire » : « qui est lié à un élément principal, mais distinct et placé sous la dépendance de celui-ci, soit qu'il le complète, soit qu'il n'existe que par lui ».

seront qualifiés comme tels « tous [les actes] qui sont le préalable ou la suite logique de l'acte pour lequel le pouvoir (...) a été donné »¹⁹⁰⁴.

644. Mis de côté l'introduction de la notion d'acte accessoire, de l'avis de la doctrine, les nouveaux articles sur la représentation ne vont pas remettre en question la jurisprudence passée relative à l'étendue des pouvoirs du délégataire¹⁹⁰⁵, définie par référence aux règles sur le mandat. En particulier, sous réserve que l'objet de la délégation soit spécialement circonscrit¹⁹⁰⁶ et que le représentant agisse dans les limites de son pouvoir, la société se trouvera engagée par les actes de ce dernier, en application du nouvel article 1154 du Code civil¹⁹⁰⁷.

645. **En ce qui concerne le dépassement ou le défaut de pouvoirs du délégataire représentant.** En droit français, la jurisprudence était hésitante sur la nature de la sanction applicable au dépassement de pouvoir d'un représentant : elle oscillait entre nullité¹⁹⁰⁸ et inopposabilité¹⁹⁰⁹. Le législateur précise dorénavant la nature de la sanction à l'article 1156 du Code civil et tranche en faveur de l'inopposabilité au représenté de l'acte conclu par le représentant sans pouvoir ou en dépassement de pouvoirs. Deux réserves existent toutefois à cette sanction : le cas où l'acte litigieux serait ratifié par le représenté, et le cas où peut jouer la théorie de l'apparence, lorsque le tiers a légitimement pu croire que le représentant était habilité à conclure l'acte litigieux au nom du représenté. Cette dernière réserve est de longue date admise par la jurisprudence, pour laquelle « le mandant peut être engagé sur

¹⁹⁰⁴ A. TADROS, *ibid.* Comme le remarque l'auteur : « si la délégation de pouvoirs est conférée pour un acte déterminé afin de circonscire explicitement le pouvoir du délégataire, il conviendra de définir contractuellement les actes accessoires susceptibles d'être accomplis par le délégataire » : *ibid.* ; G. WICKER, « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », art. préc., spéc. n° 26 et 27. L'auteur adopte une approche critique de la référence à la notion d'accessoire, car elle laisse au représentant la possibilité de réaliser, « au-delà des actes spécialement visés, tous ceux qui se rattachent à eux par un simple rapport d'utilité ; ce qui peut conduire à dépasser, et de loin, les intentions » du représenté. Pour cette raison, l'auteur suggère que l'acte d'habilitation limite l'action du représentant aux « seuls actes qui sont l'accessoire nécessaire de ceux dont l'accomplissement lui a été spécialement confié » : « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français », in D. MAZEAUD, *et al.*, *op. cit.*, p. 60.

¹⁹⁰⁵ Ainsi, A. TADROS, *ibid.* V. égal. Ph. DIDIER, « La représentation dans le nouveau droit des obligations », art. préc.

¹⁹⁰⁶ Sur la condition de spécialité de la délégation, v. *infra*, n° 716 et s.

¹⁹⁰⁷ A. TADROS, art. préc., n° 7.

¹⁹⁰⁸ Dans ce sens, Cass. 1^{ère} civ., 2 nov. 2005, n° 02-14.614, *D.* 2005. 2824 ; R.T.D. civ. 2006, p. 138, obs. P.- Y. GAUTIER.

¹⁹⁰⁹ Dans ce sens, Cass. com., 26 mars 2008, n° 07-11.554 : *D.* 2008. 1058, obs. X. DELPECH ; R.T.D. com. 2008, p. 842, obs. B. BOULOC.

le fondement d'un mandat [pouvoir] apparent, même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ce pouvoir »¹⁹¹⁰. La théorie de l'apparence – que la jurisprudence met en œuvre dans les litiges impliquant des prétendus représentants conventionnels en droit des sociétés¹⁹¹¹ – est aujourd'hui explicitement reconnue à l'article 1156 du Code civil, qui dispose, en son premier alinéa, que la sanction de l'inopposabilité doit être écartée « si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté »¹⁹¹². Seul le tiers de bonne foi peut se prévaloir de l'apparence. Toujours d'après les nouveaux textes, ce dernier peut autrement demander la nullité de l'acte conclu avec le représenté, à condition que ce dernier ne l'ait pas ratifié (article 1156, alinéa 3, du Code civil)¹⁹¹³. La possibilité pour le délégant de ratifier l'acte d'un représentant

¹⁹¹⁰ Cass. ass. plén., 13 déc. 1962, n° 57-11.569 : *D.* 1963. 277, note J. CALAIS-AULOY ; R.T.D. civ. 1963, p. 572, obs. G. CORNU ; J.C.P. 1963. II. 13105, note J. ESMEIN.

¹⁹¹¹ V. par ex., CA Paris, 4 déc. 2012, n° 11-15313 : BRDA n° 2- 2013, p. 3 (SAS engagée par un administrateur doté d'une apparence de mandat). – Cass. com., 22 mai 2012, n° 11-17.935. – Crim., 16 juin 1999, n° 98-81.940. De manière constante, les juges sanctionnent l'impossibilité de prouver l'existence d'un mandat apparent par l'absence de délégation du pouvoir de représentation : Com., 6 oct. 2015, n° 14-13.812 : *Rev. soc.* 2015. 733, obs. S. PREVOST. – 3^{ème} civ., 15 juin 2011, n° 10-21.085 : *Rev. soc.* 2012. 226, note A. LATIL ; *B.J.S.* 2011, n° 11, p. 857, note H. BARBIER. – Com., 6 nov. 2012, n° 11-23.424 : *Rev. soc.* 2013. 350, note J.- J. ANSAULT. – Com. 13 janv. 2009, n° 07- 17.962 : *B.J.S.* 2009, n° 5, p. 465, note A. LECOURT. En doctrine, v. D. GIBIRILA, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 169 ; B. DONDERO, « La réforme du droit des contrats et la représentation des sociétés : premières vues », note sous Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, *Gaz. Pal.* n° 30, 2016, n° 21 ; B. BEDARIDE et S. PLA BUSIRIS, art. préc., n° 7-9.

¹⁹¹² V. égal. en doctrine, G. WICKER, « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », art. préc., n° 36 ; Ph. DIDIER, « La représentation dans le nouveau droit des obligations », art. préc. pp. 2-3 (éd. élec.) ; Ph. STOFFEL MUNCK, « Le nouveau droit de la représentation et le contrat de mandat », in G. LARDEUX (dir.), *op. cit.*, pp. 82-83.

¹⁹¹³ Ph. DIDIER, *ibid.* En doctrine polonaise, la possibilité pour une société de ratifier un acte conclu par un fondé de pouvoir sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, sur le modèle du droit commun (article 103 K.C.) est controversée. En faveur de l'application du droit commun *per analogiam* à la prokura, v. U. PROMINSKA in *Kodeks cywilny, op. cit.*, p. 1135 ; K. KOPACZYNSKA-PIECZNIK in *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, *Część ogólna*, A. KIDYBA (réd.), Warszawa, 2012, pp. 669 et s. *Contra* : v. la littérature citée par K. GRZEGORZ, *op. cit.*, notes 324 à 326.

conventionnel ayant outrepassé ses pouvoirs¹⁹¹⁴ a été reconnue à de multiples reprises par la jurisprudence sur le fondement de l'article 1998 du Code civil relatif au mandat¹⁹¹⁵.

646. Afin de prévenir le risque d'un dépassement de pouvoir, la réforme a consacré au nouvel article 1158 du Code civil une action interrogatoire au profit du tiers qui doute de l'étendue du pouvoir de son cocontractant¹⁹¹⁶. La doctrine admet que cette action ait vocation à être mise en œuvre à l'égard des représentants conventionnels des sociétés¹⁹¹⁷. Cette action permet désormais au tiers de demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte.

Les effets de l'introduction de cette action en droit positif, en particulier en droit des sociétés, restent toutefois à préciser. Comme le relève Monsieur STOFFEL-MUNCK, « [d]ans le cas d'une organisation complexe, par exemple une grande entreprise, la lenteur de la circulation de l'information et les aléas l'affectant peuvent conduire le pseudo-représenté à des silences dont la longueur n'exprimera rien d'autre qu'une perplexité de ses services à l'égard de la demande de confirmation »¹⁹¹⁸. L'auteur d'invoquer l'exemple d'un touriste juriste qui écrit au PDG d'air France afin qu'il lui confirme dans un délai de trois mois s'il est exact qu'un soi-disant représentant de la compagnie est habilité à lui

¹⁹¹⁴ La société peut ratifier l'acte d'un délégataire représentant, mais non celui effectué par un de ses représentants légaux. Les tiers ont en effet la possibilité d'opposer à la société les limitations apportées par les statuts aux pouvoirs de ses dirigeants : Cass. 2^{ème} civ., 23 oct. 1985 : *Bull. civ.* 1985, II, n° 159 ; *Rev. soc.* 1986, p. 409, note B. BOULOC.

¹⁹¹⁵ V. Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010 (décision SAS ED, préc. : « en cas de dépassement de pouvoir, le mandant demeure tenu par l'acte s'il l'a ratifié expressément ou tacitement ») : en se fondant sur l'article 1998, la Cour de cassation décide que les règles de ratification prévues en matière de mandat s'appliquent à la délégation du pouvoir de représentation. V. égal. Cass. soc., 3 avr. 2019, n° 17-25.820. – Soc., 16 janv. 2013, n° 11-26.398, préc. – Soc., 10 mai 2012, n° 10-28.769. – Soc., 23 nov. 2011, n° 11-10.100. – CA, Paris, 15 mars 2011, n° 09-04621. – Soc., 15 déc. 2010, n° 09-40.492, préc. – Soc., 10 nov. 2009, n° 08-41.076 : *Bull. civ.* V, n° 250 ; *D.* 2009. 2869, obs. L. PERRIN ; *Lexbase Hebdo*, n° 373, note G. AUZERO. V. en doctrine, G. AUZERO, « L'exercice du pouvoir de licencier », art. préc., pp. 289 et s.

¹⁹¹⁶ L'action interrogatoire concerne seulement l'étendue du pouvoir, et non l'existence même de la qualité de représentant : G. WICKER, « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », art. préc., n° 39.

¹⁹¹⁷ G. WICKER, *ibid.*

¹⁹¹⁸ Ph. STOFFEL MUNCK, « Le nouveau droit de la représentation et le contrat de mandat », in G. LARDEUX (dir.), *op. cit.*, pp. 82.

vendre un billet vers une destination luxueuse pour un prix modique à une date donnée. Comme le remarque l'auteur, il est douteux que ce courrier reçoive jamais de réponse¹⁹¹⁹.

L'introduction de l'action interrogatoire en droit positif pourrait également influencer sur le domaine du pouvoir apparent. Comme le relève Monsieur DIDIER, l'on peut se demander si, dans la mesure où « *le législateur donne un moyen facile à celui qui doute de lever l'ambiguïté, les juges ne seront (...) pas plus sévères dans l'appréciation des circonstances qui justifient la dispense de vérification des pouvoirs* »¹⁹²⁰.

647. En ce qui concerne le détournement de pouvoirs par le délégataire représentant. En droit français, le nouvel article 1157 du Code civil prévoit que « *lorsque le représentant détourne ses pouvoirs au détriment du représenté, ce dernier peut invoquer la nullité de l'acte accompli si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer* ». Il s'infère de ce texte que si un représentant conventionnel réalise un acte contraire à l'intérêt social, et que le tiers avait connaissance ou ne pouvait ignorer le détournement de pouvoir, la société lésée sera en mesure d'en demander la nullité¹⁹²¹. Dans le cas contraire, la société reste tenue par l'acte accompli par le représentant indélicat, mais pourra engager sa responsabilité¹⁹²².

648. Conclusion de la Section 1. Aux fins de créer un outil spécialement adapté à l'activité commerciale, le législateur allemand a soustrait la prokura à certaines règles de droit commun tant en ce qui concerne les conditions de fond que de forme d'attribution de ce pouvoir. La délégation du pouvoir de représentation obéit au contraire – et sauf rares exceptions¹⁹²³ – aux règles de droit commun de la représentation : elle s'est vue jusqu'à présent appliquer, en jurisprudence, les règles du mandat représentatif, auxquelles devront se substituer désormais les nouvelles règles dédiées au pouvoir de représentation prévues aux articles 1153 et s. du Code civil.

Le système en place en droit français oblige les tiers à être particulièrement vigilants lorsqu'ils traitent avec un représentant conventionnel de la société. Ces derniers doivent d'une part vérifier l'étendue des pouvoirs de celui qui se présente comme un

¹⁹¹⁹ Ph. STOFFEL MUNCK, *ibid.*

¹⁹²⁰ Ph. DIDIER, « La représentation dans le nouveau droit des obligations », art. préc. p. 4 (éd. élec.). V. égal. Ph. STOFFEL MUNCK, *ibid.*, pp. 82-83.

¹⁹²¹ A. TADROS, art. préc., n° 10.

¹⁹²² A. TADROS, *ibid.*

¹⁹²³ Cf. *supra*, n° 535 et s. (sur l'indifférence – de principe – de la cessation des fonctions du constituant pour le maintien du délégataire dans ses pouvoirs et ses fonctions).

représentant de la société. D'autre part, ils doivent encore examiner la régularité de la délégation, soit qu'elle ait bien été consentie par une personne habilitée, soit directement (par un représentant légal ou statutaire) ou indirectement, en cas de chaîne de délégations¹⁹²⁴, auquel cas les vérifications du tiers peuvent devenir particulièrement chronophages, mais aussi complexifiées par l'absence d'écrit légitimant l'habilitation du délégataire¹⁹²⁵. Les tiers se retrouvent constamment devant le risque que soit contestée, pour défaut de pouvoir, la validité d'un acte pris par une personne munie d'une délégation expresse, mais vague dans son contenu, ou bien par une personne dont ils sont censés présumer le pouvoir en raison du titre ou des fonctions de celle-ci (hypothèse d'une éventuelle délégation tacite).

L'idée d'une soumission obligatoire des pouvoirs de représentation conventionnelle consentis à des formalités de publicité au RCS est parfois invoquée en doctrine pour prévenir ces difficultés¹⁹²⁶. Nous avons toutefois déjà pu constater que ces formalités ne se justifiaient en vérité qu'en présence de pouvoirs standardisés, comme c'est le cas de la prokura¹⁹²⁷. Dans le modèle germanique, il s'agit d'ailleurs du seul type de pouvoir soumis à des formalités de publicité. Tel n'est pas le cas des procurations civiles, mais également de la procuration commerciale en droit allemand, bien que ces outils soient également utilisés aux fins de représenter des groupements en complément ou en alternative à la prokura.

649. Après avoir étudié le support juridique du pouvoir de représentation en droit des sociétés dans une perspective comparée, il reste à déterminer les conditions propres à chacun des intervenants.

¹⁹²⁴ Ph. DIDIER, « L'évolution de la représentation de la société depuis la loi de 1966 », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CORNAC (dir.), *op. cit.*, n° 14, p. 77-78.

¹⁹²⁵ Ph. DIDIER, *ibid.*

¹⁹²⁶ Comp. Ph. DIDIER, *ibid.*

¹⁹²⁷ *Cf. supra*, n° 457.

Section 2 / Les intervenants dans la mise en œuvre du rapport externe

650. L'institution d'une prokura et d'une délégation du pouvoir de représentation fait intervenir trois acteurs : la société représentée (**Sous-section 1**), l'organe instituant (**Sous-section 2**) et le représentant (**Sous-section 3**). Les conditions propres à chacun de ces intervenants doivent être précisées.

Sous-section 1 / Conditions tenant à la société représentée

651. À la différence du *Prokurist*, il n'existe pas de limitation légale ni jurisprudentielle, en droit français, au cercle des sociétés habilitées à instituer un représentant conventionnel¹⁹²⁸. En France, seule la SAS a, par le passé, suscité la question de savoir s'il était possible de mettre en place des représentants conventionnels en son sein¹⁹²⁹. Ce débat – qui contrastait de façon flagrante avec l'esprit de cette nouvelle forme sociale, censée véhiculer une liberté contractuelle retrouvée des associés¹⁹³⁰ – témoigne toutefois d'une approche suspicieuse des juges concernant le recours aux techniques de représentation conventionnelle de droit commun. La jurisprudence de la chambre mixte a permis à la SAS d'échapper « à une singularité dans le domaine des délégations dont tout laissait penser qu'elle ne pourrait pas perdurer »¹⁹³¹.

¹⁹²⁸ De manière générale, toute entreprise – à but lucratif ou non –, peu importe sa forme ou son objet, peut en droit français recourir aux techniques de représentation conventionnelle de droit commun.

¹⁹²⁹ Lors de son introduction en 1994 dans le paysage juridique français, le législateur n'avait prévu qu'un seul organe de représentation pour la SAS (v. l'ancien art. L. 227-6, al. 1, C. com.). Cette circonstance avait amené certaines juridictions à conclure que le président de la SAS était en même temps la seule personne à même d'engager la société, à l'exclusion de toute autre (représentant statutaire, tiers ou préposé). Cette position a été consacrée par la Haute Cour dans un arrêt « OCP » en 2002 (Cass. com., 2 juill. 2002, n° 98-23.324 : *Bull. civ.* IV, n° 112 ; J.C.P. éd. E. 2002. I. 188, n° 7, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; J.C.P. éd. E., 2002, p. 2069, note B. DONDERO ; *D.* 2002. 2922, note HALLOUIN ; *D.* 2002. 2263, obs. A. LIENHARD ; *Rev. soc.* 2002, p. 727, obs. H. Le NABASQUE ; R.T.D. com. 2002, p. 688, obs. J.-P. CHAZAL et Y. REINHARD ; R.T.D. com. 2003, p. 374, obs. A. MARTIN-SERF ; *B.J.S.* 2002, p. 967, § 215, note A. COURET ; *Gaz. Pal.* 27 oct. 2002, p. 12, note F.-X. LUCAS. V. égal. chron. J.-C. HALLOUIN, « Le monopole de représentation du président de la SAS » : *D.*, 2002, p. 2922 et A. RAYNOUARD, « La représentation de la SAS : plaidoyer pour une orthodoxie libérale », *RJ com.*, 2003, p. 211.). Dans un premier temps, le recours à des représentants conventionnels dans la SAS était donc exclu, motif pris du monopole de représentation conféré à son président. Dans un second temps, le législateur a consacré la possibilité pour des représentants statutaires d'agir au nom de la SAS, objectif atteint avec la loi de sécurité financière du 1er août 2003. Cette loi consacre la possibilité, en écho à la SA moniste, d'instituer des

652. Quant aux législations ayant réceptionné la prokura, ces dernières circonscrivent le cercle de personnes habilitées à recourir à cette technique : ce type de procuration constitue en effet un outil réservé à une certaine catégorie d'entrepreneurs. Le seul point commun entre la prokura et la délégation du pouvoir de représentation est qu'elles sont toutes deux destinées à l'activité entrepreneuriale et non façonnées pour les besoins des particuliers : ces deux institutions revêtent, en ce sens, un caractère professionnel¹⁹³².

Nous ne consacrerons que quelques mots à la question du type de sociétés habilitées à recourir à la prokura, dans la mesure où la délimitation du cercle des entrepreneurs autorisés à instituer ce type de procuration est essentiellement révélatrice d'un choix de politique législative.

653. **Les entités habilitées à instituer une prokura en droit polonais.** En Pologne, deux réformes intervenues ces vingt dernières années ont eu pour objet d'élargir le cercle des entités habilitées à recourir à la prokura. Sous l'empire des règles du Code de

directeurs généraux et directeurs généraux délégués (v. le nouvel art. L. 227-6, al. 3, C. com). L'article L. 227-6, C. com., demeurerait toutefois silencieux quant à la possibilité d'instituer d'autres représentants. Dans ce contexte, un arrêt – certes isolé – s'est prononcé purement et simplement contre la possibilité de conférer le pouvoir de représentation à un préposé d'une SAS : v. CA Orléans, 3 nov. 2009, n° 09-01446. Le silence de l'article L. 227-6, C. com., n'est pas propre à la SAS, mais vaut pour l'ensemble des formes sociales ; aussi, il aurait été peu pertinent d'exclure le recours à la délégation dans les SAS pour ce seul motif (dans ce sens, S. JAMBORT, « Validité de la délégation du pouvoir de licencier dans une SAS », note préc., p. 41. *Contra*, A. LYON-CAEN « Le pouvoir entre droit du travail et droit des sociétés. À propos du licenciement dans une SAS », RDT, sept. 2010, p. 494, pour qui « la jurisprudence tend à ne reconnaître la validité des actes accomplis au nom de la société que lorsqu'ils sont l'œuvre de personnes habilitées par la loi, avec l'éventuel relais des statuts, à la représenter »). Pour le reste, la jurisprudence était partagée sur les conditions de mise en œuvre de telles délégations (*cf. supra*, note 723). Finalement, la Cour de cassation admet formellement, par deux arrêts emblématiques rendus en chambre mixte le 19 novembre 2010, la possibilité de recourir à la délégation du pouvoir de représentation dans la SAS, dans des conditions similaires à celles applicables dans les autres formes sociales (ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095 et n° 10-30.215, préc.). Cette jurisprudence est constamment réaffirmée depuis : v. par ex. Soc., 18 mai 2011, n° 10-60.273 : *Rev. soc.* 2012, p. 169, note L. GODON : la Cour de cassation confirme que l'article L. 227-6, C. com., ne fait pas obstacle à ce que le président confère un pouvoir spécial pour représenter la société en vue de l'accomplissement d'un acte déterminé. – Soc., 6 mars 2012, n° 10-24.367, préc.

¹⁹³⁰ A. COURET et B. DONDERO, « La délégation du pouvoir de licencier dans une SAS, un mandat comme un autre ? », note préc., n° 2. Un sénateur a remarqué que, par cette jurisprudence, « l'extraordinaire souplesse de la SAS [est] remise en cause par une analyse trop littérale de l'article susvisé [l'art. L. 227-6 C. com. dans sa version initiale] : QE, n° 3417, JO Sénat, 24 oct. 2002.

¹⁹³¹ A. COURET et B. DONDERO, *ibid.*, n° 29. V. égal. V. VIGNEAU, « La délégation du pouvoir de licencier dans les sociétés par actions simplifiées », note sous ch. mixte, 19 nov. 2010 (2 arrêts), *D.* 2011.123, p. 124, affirmant que « [l]a chambre mixte a ainsi voulu éviter de placer les SAS dans une situation paradoxale qui revenait à imposer à la forme la plus souple des sociétés un formalisme encore plus rigoureux que celui applicable au sein des autres formes de sociétés dans le déroulement de la procédure de licenciement » ; M. GERMAIN et P.-L. PERIN, « La Cour de cassation redonne sa cohérence à la pratique des délégations de pouvoir dans la SAS », note préc., n° 4.

¹⁹³² M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 33.

commerce polonais de 1934, la prokura polonaise était en effet réservée aux seules sociétés commerciales¹⁹³³. À partir de 2003, elle peut être conférée par tout entrepreneur¹⁹³⁴ « soumis à l'obligation d'immatriculation au Registre des entrepreneurs du Registre National Judiciaire [KRS] » (ancien article 109, § 1, K.C.) et, à partir de 2018, également par les entreteneurs « soumis à l'obligation d'immatriculation au Registre Central d'Information relatif à l'Activité Commerciale » (*ibid.*, dans sa version actuelle). Seule nous intéresse l'immatriculation au KRS, dans la mesure où ce second registre est dédié aux personnes physiques¹⁹³⁵. Concernant les sociétés qui intéressent notre étude (S.A.R.L., SA et SAS), l'obligation d'immatriculation au KRS résulte de l'article 36 de la loi relative au Registre National Judiciaire (v. respectivement les § 6 et 7 de ladite loi)¹⁹³⁶.

654. **Les entités habilitées à instituer une prokura en droit allemand.** En droit allemand, c'est le § 48, alinéa 1, H.G.B. qui délimite le champ des entités habilitées à conférer une prokura. Selon cet article, la prokura ne peut être délivrée que par « *le propriétaire d'un fonds de commerce ou son représentant légal* ». La prokura n'est donc pas réservée aux structures dotées de la personnalité juridique, mais il faut que le représenté ait la qualité de propriétaire d'un fonds de commerce.

Avant la réforme du H.G.B., entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998, le § 4, alinéa 1, H.G.B. précisait que le propriétaire d'un fonds de commerce ne pouvait pas être tout

¹⁹³³ V. l'ancien art. 60 du Code de commerce polonais, qui réservait le recours à la prokura aux seules sociétés commerciales *in bonis*, limitation décriée par une majorité d'auteurs (v. par ex. M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 34 ; L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 29). Ainsi que l'a affirmé la Commission de Codification du Droit Civil dans l'exposé des motifs du projet de loi relatif au Code des sociétés commerciales du 4 février 2000, « [i]l n'existe (...) aucun argument pertinent qui puisse justifier qu'à titre d'exemple, la firme, la prokura ou le registre soit des institutions liées inconditionnellement aux sociétés commerciales. Leur réglementation dans le Code civil permettra de les appliquer à l'ensemble des entités exerçant une activité commerciale » : pt. 1.6 (traduction libre).

¹⁹³⁴ Selon l'article 43¹ du Code civil polonais, l'entrepreneur est une personne physique, morale ou une entité organisationnelle (c'est-à-dire une entité qui n'a pas la personnalité juridique mais qui est investie de la capacité juridique) visée à l'article 33¹ dudit Code, qui exerce en son nom propre une activité commerciale ou professionnelle.

¹⁹³⁵ Sur la question de la possibilité pour une personne physique de conférer une prokura depuis la réforme de 2016, v. P. WIDERSKI, « Udzielenie prokury przez osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą - uwagi na tle nowelizacji Kodeksu cywilnego z 6.3.2018 r. - cz. I », MoP 2018, n° 15, et, du même auteur, « Udzielenie prokury przez osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą – uwagi na tle nowelizacji Kodeksu cywilnego z 6.3.2018 r. – cz. II », MoP 2018, n° 16.

¹⁹³⁶ On relèvera que cet article dresse une liste non-exhaustive des personnes soumises à l'obligation d'immatriculation au KRS ; pour les entités non visées par le texte, il faut rechercher si l'obligation d'immatriculation dans ce registre ne résulte pas d'un texte spécial (J. GRYKIEL, *Powstanie prokury, op. cit.*, p. 158). Par. ex., sur la possibilité pour une société civile de conférer une prokura, v. P. WIDERSKI, « Prokura w spółce cywilnej (cz. I) », P.P.H. 2019, n° 1.

commerçant, mais seulement le « grand commerçant » ou « commerçant plénier » (*Vollkaufmann*¹⁹³⁷)¹⁹³⁸, seul concerné par l'intégralité des règles du droit commercial (dont les règles régissant la prokura), par opposition aux petits entrepreneurs, « petit commerçant » ou « commerçant partiel » (qualifiés de *Minderkaufmann*), soumis qu'à une partie des normes commerciales¹⁹³⁹. La loi de 1998 ayant supprimé cette distinction, tout commerçant allemand se trouve dorénavant soumis à l'intégralité des règles du droit commercial¹⁹⁴⁰.

Outre l'Allemagne par le passé, l'Autriche, la Suisse, la Bulgarie, la République tchèque, la Slovaquie, la Slovénie et la Croatie autorisent pratiquement toutes les entités exerçant une activité commerciale à instituer un fondé de pouvoir, à l'exception des petites structures¹⁹⁴¹.

655. Cette restriction *ratione personae* des entités compétentes pour mettre en place un fondé de pouvoir distingue la prokura des procurations civiles de droit commun. Celle-ci est justifiée par les particularités et l'esprit de la prokura. En effet, cette institution juridique consiste en un pouvoir de représentation dont le régime a spécialement été façonné pour répondre aux impératifs du droit commercial. La prokura a vocation à faciliter la réalisation d'opérations commerciales afin d'accroître l'efficacité de l'activité sociale, tout en préservant la sécurité juridique. Le contenu de ce pouvoir est donc très avantageux pour l'entrepreneur, mais présente en même temps un certain danger puisque, dans les rapports avec les tiers, une fois la prokura instituée, l'étendue des pouvoirs de son bénéficiaire échappe entièrement à la volonté de l'entrepreneur représenté.

¹⁹³⁷ A. GUINERET-BROBBEL DORSMAN, « Le commerçant en droit allemand » in R.I.D.C. vol. 61, n°4, 2009, p. 788.

¹⁹³⁸ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 42, ainsi que la littérature citée, note 1 : K. HOFMANN, *op. cit.*, 7^{ème} éd., p. 27 ; A. BAUMBACH, *Handelsgesetzbuch*, München und Berlin, 1941, p. 158 ; A. BAUMBACH, K. DUDEN, K. J. HOPT, *op. cit.*, p. 148 ; J. von GIERKE, *Handelsrecht und Schiffahrtsrecht*, t. I, Berlin, 1938, p. 175 ; S. GOLDMANN, *Das Handelsgesetzbuch*, t. I, *op. cit.*, p. 211 ; F. GOLDSCHMIDT, *Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht). Handkommentar*, München 1929, p. 96 ; W. HOENIGER, in DÜRINGER-HACHENBURG (réd.), *Das Handelsgesetzbuch*, t. I, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1930, p. 493 ; K. LEHMANN, *Lehrbuch des Handelsrechts*, *op. cit.*, p. 218 ; R. MÜLLER-ERZBACH, *Deutsches Handelsrecht*, Tübingen, 1921, p. 135 ; K. COSACK, *Lehrbuch des Handelsrechts*, Stuttgart 1930, p. 194 ; K. GAREIS, *Das Deutsche Handelsrecht*, Berlin, 1909, p. 116.

¹⁹³⁹ A. GUINERET-BROBBEL DORSMAN, *loc. cit.* ; J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 42, ainsi que la littérature citée, note 2 : K. SCHMIDT, « Das handelsreformgesetz », NJW 1998, n° 30, pp. 2161-2164.

¹⁹⁴⁰ A. GUINERET-BROBBEL DORSMAN, *loc. cit.*

¹⁹⁴¹ M. KĘPIŃSKI, A. KOCH, M. MATACZYŃSKI, *op. cit.*, p. 155 ; L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 29.

Ces éléments sont pris en compte par le législateur dans la détermination du critère légal définissant le cercle de personnes habilitées à mettre en place une prokura. Généralement, le critère légal conditionne le recours à cette institution à la taille de l'entreprise ou au type d'activité exercé.

656. En droits allemand et polonais, le critère légal définissant le cercle des personnes habilitées à mettre en place une prokura prend également en compte les différentes étapes de la vie juridique de l'entreprise (société en formation, gérée par un administrateur provisoire, en liquidation ou en procédure collective). La reconnaissance ou l'exclusion de la possibilité d'instituer un fondé de pouvoir, dans ces différentes hypothèses, témoigne simplement d'un choix de politique législative propre à chacune de ces législations, dont nous fournirons quelques exemples.

657. **La question de la possibilité pour une société en formation de mettre en place une prokura.** En droits allemand et polonais, les sociétés de capitaux en formation – c'est-à-dire qui n'ont pas encore été immatriculées – constituent des entités organisationnelles¹⁹⁴², autrement qualifiées de quasi-personnes morales ou de personnes morales imparfaites¹⁹⁴³. Cette notion désigne des groupements dépourvus de la personnalité morale, mais qui sont dotés, en vertu de lois spéciales, de la capacité juridique¹⁹⁴⁴ (v. l'article 33 K.C. en droit polonais). Il existe donc, en droits allemand et polonais, une troisième catégorie de sujets de droit¹⁹⁴⁵, inconnue au droit français. Étant donné que la prokura a pour objet la conduite des affaires commerciales et que les entités organisationnelles sont habilitées à exercer une activité commerciale (dès lors qu'aucune loi spéciale ne l'interdit¹⁹⁴⁶), le recours à cette technique pendant la période précédant l'immatriculation de la société apparaît justifié. Néanmoins, un obstacle à cette possibilité réside dans l'impossibilité, pour une société en formation, d'accomplir les formalités de

¹⁹⁴² J. GRYKIEL, *Powstanie prokury, op. cit.*, p. 124.

¹⁹⁴³ J. GRYKIEL, *ibid.*, p. 123.

¹⁹⁴⁴ J. GRYKIEL, *ibid.*, p. 124.

¹⁹⁴⁵ J. GRYKIEL, *ibid.*

¹⁹⁴⁶ Comme le relève la doctrine en Pologne, le principe opposé – consistant à admettre la conduite d'une telle activité uniquement sur le fondement d'une loi spéciale – serait contraire au principe de valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre (art. 20 et 22 de la Constitution de la République Polonaise) : J. GRYKIEL, *ibid.*

publicité légales liées à l'institution d'un fondé de pouvoir¹⁹⁴⁷. Celle-ci n'étant pas immatriculée, elle ne peut *a fortiori* déclarer au registre concerné la mise en place d'une prokura. Cependant, comme l'obligation de déclarer la prokura revêt en droit polonais comme en droit allemand un caractère déclaratif¹⁹⁴⁸ (et non constitutif), dans ces deux législations, une partie de la doctrine se prononce en faveur de la possibilité de mettre en place une prokura avant l'immatriculation de la société¹⁹⁴⁹.

658. Les conséquences de la défaillance des organes sociaux sur le maintien de la prokura. L'institution d'un administrateur provisoire est une mesure exceptionnelle et invasive qui a pour objet de pallier la passivité des associés qui se trouvent dans l'incapacité de trouver une solution à une crise sociale. Les troubles internes peuvent être d'ordre structurel (organique) ou fonctionnel. Dans le premier cas, la composition d'un organe ne remplit plus les critères légaux ou fait purement défaut. Dans le second cas, bien que tous les organes sociaux soient en place, leur fonctionnement se trouve entravé, le plus souvent en raison d'un conflit. Face aux crises sociales qui se manifestent sous de nombreuses formes (conflits, carence d'un ou plusieurs organes, défaillance de ces organes), chaque législation détermine parmi celles-ci lesquelles sont suffisamment graves pour justifier des mesures invasives du juge dans la vie sociale. Il s'agit d'un choix de politique législative qui hiérarchise les impératifs en cause : d'un côté le respect de la souveraineté des associés commande une intervention exceptionnelle et peu invasive ; de l'autre, 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.

En cas de défaillance structurelle ou fonctionnelle du groupement, la continuité de l'entreprise peut précisément être assurée par des représentants conventionnels. Le législateur polonais a pourtant choisi, à la différence de son homologue allemand, de consacrer, à l'occasion de la réforme de 2016, l'extinction automatique de la prokura lorsqu'un administrateur provisoire est désigné pour gérer et représenter la société (article

¹⁹⁴⁷ V. en doctrine allemande la littérature citée par J. GRYKIEL, *ibid.*, p. 178, note 3 : P. KREBS et M. LIEB, in K. SCHMIDT (réd.), *op. cit.*, pp. 594-595 ; W. RUSS, in P. GLANEGGER, G. GRAFF, C. KIRNBERGER, *et al.*, *op. cit.*, p. 229.

¹⁹⁴⁸ Cf. *supra*, n° 451, et la littérature citée, note 1337.

¹⁹⁴⁹ En droit polonais, v. J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, pp. 179 et s. ; L. MOSKWA, « Prokura – kilka uwag w kwestii nowej regulacji », in *W kręgu teoretycznych i praktycznych aspektów prawoznawstwa. Księga Jubileuszowa Profesora Bronisława Ziemianina* (réd. M. ZIELIŃSKI), Szczecin, 2005, pp. 195-196. En droit allemand, v. la littérature citée par J. GRYKIEL, *ibid.*, p. 178, note 4, et not. W.-H. ROTH, in I. KOLLER, W. MORCK, W.-H. ROTH, *op. cit.*, p. 166 ; K. WEBER, in K. BOUJONG, C. T. EBENROTH, D. JOOST (réd.), *op. cit.*, p. 570.

109⁷, § 3¹, K.C.). La portée de cette disposition en cas de crise sociale est toutefois à relativiser, dans la mesure où le législateur polonais a fait le choix de limiter l'intervention du *kurator* à la disparition de l'organe de direction¹⁹⁵⁰, solution qui se distingue par exemple du droit français qui ouvre la possibilité d'instituer un administrateur judiciaire aussi bien en présence d'une crise structurelle que fonctionnelle¹⁹⁵¹. En droit polonais, en cas de crise sociale, la *prokura* ne s'éteint donc qu'en cas de défaillance structurelle, consistant dans l'absence de l'organe directorial. Les autres formes de crises sociales (ainsi de la carence de l'organe de contrôle ou de la paralysie de la société), n'affectent pas l'habilitation du fondé de pouvoir.

659. La liquidation de l'entreprise et l'ouverture d'une procédure collective à son encontre. Les conséquences de l'ouverture d'une procédure collective ou d'une procédure de liquidation sur l'existence de la *prokura* ne sont pas les mêmes en droits allemand et polonais. Le législateur polonais a choisi de consacrer dans les textes le principe selon lequel ces deux procédures mettent automatiquement fin à la *prokura* (article 109⁷, § 2,

¹⁹⁵⁰ Le nouvel article 42, § 1, K.C., dans sa rédaction issue de la loi du 26 janvier 2018 (relative à la modernisation de la loi sur le Registre National Judiciaire ainsi que de plusieurs autres lois, Dz.U. poz. 398), entrée en vigueur le 15 mars 2018, cantonne le recours au *kurator* à l'hypothèse dans laquelle la personne morale « ne peut être représentée ou conduire ses affaires en raison du manque d'un organe ou de l'absence, dans la composition de cet organe, de la personne compétente pour la représenter » (traduction libre). Le législateur polonais n'a pas précisé l'identité de l'organe défaillant visé par l'article 42, § 1, K.C. Celui-ci doit donc être déterminé en fonction de sa mission, qui est de représenter et de conduire les affaires de la société. C'est pourquoi une majeure partie de la doctrine estime que l'article 42 K.C. ne devrait s'appliquer qu'en l'absence de l'organe directorial (P. GRZELCHAK, « Kurator spółki kapitałowej powołany na podstawie art. 42 k.c. », P.P.H. 2011, n° 8, p. 31 ; M. BIELECKI, « Kurator w spółce kapitałowej », *Pr. Sp.* 2007, n°10, p. 11.). Pareille carence fait généralement suite à l'impossibilité de reconstituer l'organe de direction en raison du désaccord des associés portant sur le remplacement des membres révoqués ou ayant démissionné. Les autres organes sociaux n'exercent des fonctions de direction qu'en vertu d'attributions spéciales et ponctuelles. Leur absence en présence de l'organe directorial n'aurait pas pour effet d'entraver la conduite des affaires de la société, telle qu'elle est comprise dans l'article 42 K.C., car cet article énonce une entrave générale, et non des cas précis d'empêchement.

¹⁹⁵¹ Dans le silence du législateur en droit français, c'est à la jurisprudence qu'il est revenu de déterminer les conditions d'institution d'un administrateur provisoire. D'après 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 imminent » : v. par ex. Cass. com., 21 fév. 2012, n° 11-18.608 : *Rev. soc.* 2012. 289, note B. BRIGNON et D. PORRACHA. – Com., 6 fév. 2007, n° 05-19.008 : R.T.D. com. 2007, p. 373, note C. CHAMPAUD et D. DANET ; *B.J.S.* 2007, n° 6, p. 690, note P. SCHOLER ; *Dr. soc.* 2007, n° 73, note H. HOVASSE. En jurisprudence, il arrive même que la première condition ne soit pas requise si, malgré le fonctionnement normal des organes sociaux, les intérêts sociaux sont gravement compromis. Au surplus, comme la notion d'intérêt social n'a jamais fait l'objet d'une définition législative en droit français, et reste l'objet de positions doctrinales divergentes, le juge dispose d'une vaste latitude pour déterminer si les blocages éprouvés par la société compromettent réellement l'intérêt social.

K.C.)¹⁹⁵², au motif que la prokura a pour objet la conduite des affaires de la société, et non sa liquidation¹⁹⁵³. Au contraire, en droit allemand, de l'avis de la doctrine contemporaine¹⁹⁵⁴, l'ouverture d'une procédure de liquidation à l'égard des sociétés de capitaux ne fait pas obstacle à l'institution et au maintien d'une prokura, mais conduit à limiter son champ aux actes de liquidation de l'entreprise¹⁹⁵⁵. En cas de procédure collective, la doctrine allemande admet également que la prokura puisse être conférée par le syndic¹⁹⁵⁶.

En écho aux solutions retenues en droit allemand, la question s'est posée en doctrine polonaise de savoir si, conséquemment à la déclaration de la cessation de paiement de l'entreprise, l'interdiction de mettre en place une prokura devait aussi bien s'appliquer à la société en liquidation judiciaire qu'à la société insolvable demandant un concordat. Pour une partie de la doctrine, ces deux hypothèses font obstacle à l'institution d'un fondé de pouvoir¹⁹⁵⁷. La jurisprudence a, par le passé, donné raison à ces auteurs¹⁹⁵⁸. D'autres auteurs observent à juste titre qu'en vérité, seule la procédure de liquidation judiciaire – qui consiste à apurer le passif et à réaliser l'actif social dans l'objectif de terminer l'activité sociale – est incompatible avec l'objet de la prokura. Le concordat ne devrait pas, quant à lui, faire obstacle à l'institution d'une prokura, à condition que la société conserve le droit

¹⁹⁵² À l'égard des S.A.R.L. et SA polonaises, l'impossibilité de mettre en place une prokura pendant la phase de liquidation de la société est également consacrée dans des textes spéciaux (v. respectivement l'article 284, § 2, et l'article 470, § 2, K.S.H.).

¹⁹⁵³ S. MACHALSKI, « Stanowisko prokurenta według k.p.c. z uwzględnieniem postępowania upadłościowego », art. préc., p. 71 ; L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., pp. 39 et 40 ; T. SIEMIĄTKOWSKI, *Prokura w spółkach prawa handlowego*, *op. cit.*, p. 25 ; P. CZAJKOWSKI, « Sytuacja prawna prokurenta na tle nowego prawa upadłościowego i naprawczego », P.P.H. 2004, n° 3, p. 21.

¹⁹⁵⁴ La doctrine d'avant-guerre s'opposait à cette possibilité. V. la littérature citée par J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 183, note 5 ; K. COSACK, *op. cit.*, p. 194 ; S. GOLDMANN, *Das Handelsgesetzbuch*, t. I, *op. cit.*, pp. 220-221 ; H. KÖNIGE, A. PINNER, J. STRAUZ, *op. cit.*, p. 227 ; C. RITTER, *op. cit.*, p. 100.

¹⁹⁵⁵ V. la littérature citée par J. GRYKIEL, *ibid.*, note 4 ; P. KREBS et M. LIEB, in K. SCHMIDT (réd.), *op. cit.*, p. 595 ; W.-H. ROTH, in I. KOLLER, W. MORCK, W.-H. ROTH, *op. cit.*, p. 166 ; K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, *op. cit.*, p. 460 ; J. SONNENSCHNEIN, B. WEITEMEYER, in N. HORN (réd.), *op. cit.*, p. 406 ; K. WEBER, in K. BOUJONG, C. T. EBENROTH, D. JOOST (réd.), *op. cit.*, p. 570 ; H. OETKER, *op. cit.*, p. 116.

¹⁹⁵⁶ V. la littérature citée par J. GRYKIEL, *ibid.*, p. 209 ; C. W. CANARIS, *op. cit.*, p. 285 ; U. HÜBNER, *Handelsrecht*, *op. cit.*, p. 138 ; P. KREBS et M. LIEB, in K. SCHMIDT (réd.), *op. cit.*, p. 596 ; J. SONNENSCHNEIN, B. WEITEMEYER, in N. HORN (réd.), *op. cit.*, p. 406 ; K. WEBER, in K. BOUJONG, C. T. EBENROTH, D. JOOST (réd.), *op. cit.*, p. 572.

¹⁹⁵⁷ V. not. P. CZAJKOWSKI, art. préc., pp. 20-21 ; L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 40.

¹⁹⁵⁸ V. SN., 21 juill. 2006 (résol.), III CZP 45/06, *Biul. SN* 2006, n° 7, poz. 9 ; OSNC 2007, n° 5, poz. 65.

de disposer de son patrimoine¹⁹⁵⁹. En effet, dans un tel cas, la société continue à conduire l'entreprise en son nom propre ; ses actes sont seulement soumis au contrôle du tribunal. Comme la société continue à exercer son activité, la prokura conserve son intérêt¹⁹⁶⁰. Il convient toutefois de relever que, pour l'accomplissement d'actes dépassant le champ des actes de direction habituels, le législateur exige l'accord du tribunal (article 76, alinéa 3, PrUpN¹⁹⁶¹). Comme la confection d'une prokura n'appartient pas à la catégorie des actes de direction habituels, la société devrait obtenir l'accord du tribunal pour instituer un fondé de pouvoir¹⁹⁶².

Sous-section 2 / Les conditions tenant à l'organe instituant

660. Il importe de déterminer le cercle des organes habilités à mettre en place, au nom de l'entrepreneur représenté, des représentants conventionnels en droit français et des fondés de pouvoir dans le modèle germanique (§ 1), avant de s'intéresser aux conditions de recours aux chaînes de pouvoir (§ 2).

¹⁹⁵⁹ R. ADAMUS, « Prokura a upadłość z możliwością zawarcia układu z zarządem własnym », Glosa do uchwały SN z 21.7.2006 r., III CZP 45/06, MoP 2007, n° 15, p. 863 ; M WARCINŃSKI, « Prokura po ogłoszeniu upadłości », *Pr. Sąd.* 2007, n° 4, p. 71 ; J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 189 et s. On retrouve la même position en doctrine allemande : P. KREBS et M. LIEB, in K. SCHMIDT (réd.), *op. cit.*, p. 597. Lorsque la société perd le droit de disposer de son patrimoine, un mandataire est institué par le tribunal et ce dernier agit en son nom personnel, mais pour le compte de la société. Dans une telle situation, le recours à une prokura est impossible, car elle ne pourrait pas être mise en place au nom de la société, mais seulement au nom de ce mandataire judiciaire, ce que ne permet pas la réglementation de la prokura : J. GRYKIEL, *ibid.*, p. 189.

¹⁹⁶⁰ J. GRYKIEL, *ibid.*, p. 190 ; P. CZAJKOWSKI, art. préc., p. 21.

¹⁹⁶¹ Loi du 28 févr. 2003 relative aux procédures d'insolvabilité (ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze, Dz.U. 2003 n° 60 poz. 535).

¹⁹⁶² J. GRYKIEL, *loc.cit.* ; P. CZAJKOWSKI, *loc. cit.*

§ 1 – Le cercle des organes habilités à instituer des représentants conventionnels (droit français) et des fondés de pouvoirs (modèle germanique)

661. En droits allemand et polonais, il convient de distinguer deux étapes à l'origine de l'institution d'un fondé de pouvoir. La première étape est d'ordre interne – elle intervient entre la société et son organe – et consiste en une *décision* d'instituer un fondé de pouvoir. La seconde étape relève de l'ordre externe et consiste dans l'*attribution* de la prokura¹⁹⁶³ (soit son institution proprement dite). Ces deux actes ont un objet et un effet qui leur est propre ; c'est pourquoi ils sont indépendants l'un de l'autre¹⁹⁶⁴.

Ces deux étapes sont également à distinguer, en droit français, à propos de l'institution d'un représentant conventionnel, dans la mesure où tout acte de représentation puise sa source dans une décision interne préalable.

Ainsi, il convient d'identifier dans un premier temps l'organe compétent pour prendre la décision d'instituer un représentant conventionnel ou un fondé de pouvoir dans la sphère interne dans une perspective comparée (**A**), avant d'étudier l'acte d'institution ou d'attribution proprement dit, réalisé par l'organe compétent pour mettre en œuvre cette décision dans l'ordre externe, par l'exercice de son pouvoir de représentation (**B**).

A) Le pouvoir de décider de l'institution du représentant

260. Identification de l'organe compétent pour décider de l'institution d'un fondé de pouvoir en droits allemand et polonais. Sur le plan interne, le législateur polonais réglemente expressément les modalités de décision relatives à l'institution d'un fondé de pouvoir. Celle-ci requiert l'accord de l'ensemble des membres de l'organe de direction (ou de son membre unique en cas d'organe directorial unipersonnel)¹⁹⁶⁵. Dans la S.A.R.L. de droit allemand, le législateur prévoit que c'est l'assemblée générale qui a la compétence de décider de l'institution d'un fondé de pouvoir (§ 46, alinéa 7, GmbHG). En l'absence de disposition spéciale équivalente concernant la SA, il convient de se référer aux règles encadrant la direction interne de cette forme sociale. Le législateur allemand a prévu que

¹⁹⁶³ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury, op. cit.*, p. 67.

¹⁹⁶⁴ J. GRYKIEL, *ibid.*, p. 111.

¹⁹⁶⁵ Conformément à l'article 208, § 6, K.S.H. pour les S.A.R.L., à l'article 371, § 4, K.S.H. pour les SA, à l'article 300⁶⁴, §2, K.S.H. concernant les PSA à directoire, et à l'article 300⁷⁵, § 3, K.S.H. concernant les PSA à conseil d'administration.

la conduite des affaires sociales est exercée par le directoire de manière collégiale¹⁹⁶⁶ (§ 77, alinéa 1^{er}, 1^{ère} phrase, AktG).

Ainsi, tant en droit allemand qu'en droit polonais, la décision d'instituer un fondé de pouvoir doit avoir été votée par l'ensemble des membres de l'organe de direction, à l'exception de la S.A.R.L. allemande, dans laquelle cette compétence appartient à l'assemblée générale.

261. Lorsque c'est le directoire qui est compétent pour décider de l'institution d'un fondé de pouvoir, le principe de collégialité permet de s'assurer que le candidat aux fonctions de fondé de pouvoir bénéficie de la confiance de chacune des personnes habilitées à conduire les affaires sociales¹⁹⁶⁷. La décision du directoire a pour objet d'habiliter les représentants légaux à attribuer la prokura¹⁹⁶⁸. Elle peut être définie comme un « *acte juridique relevant de la conduite des affaires de la société, dont l'effet principal est d'annihiler, vis-à-vis des organes habilités à représenter la société (à l'extérieur), l'interdiction d'utiliser leur pouvoir d'attribuer une prokura au nom de la société* »¹⁹⁶⁹. Cette définition est transposable au cas où l'assemblée générale est compétente pour décider de l'institution d'un fondé de pouvoir.

Les représentants légaux sont par la suite libres d'user ou non de ce pouvoir d'instituer un fondé de pouvoir, à moins que la décision du directoire (ou de l'assemblée générale) ne l'impose *expressis verbis*¹⁹⁷⁰. Aussi, la décision du directoire (ou de l'assemblée générale) doit, de l'avis de la doctrine, identifier nominativement le ou les fondé(s) de pouvoir¹⁹⁷¹, mais aussi, en l'absence de précision législative, revêtir la forme écrite (à titre probatoire uniquement¹⁹⁷²).

662. La possibilité pour les associés d'aménager dans les statuts le pouvoir de décider de l'institution d'un fondé de pouvoir. En droits allemand et polonais, les associés ont en principe également la faculté d'aménager dans les statuts les modalités de la décision d'instituer un fondé de pouvoir. Dans les SA de droit allemand, cette possibilité

¹⁹⁶⁶ « *Gesamtgeschäftsführung* » (all.).

¹⁹⁶⁷ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury, op. cit.*, p. 108.

¹⁹⁶⁸ J. GRYKIEL, *ibid.*, p. 67.

¹⁹⁶⁹ J. GRYKIEL, *ibid.*, p. 102 (traduction libre).

¹⁹⁷⁰ J. GRYKIEL, *ibid.*, p. 110.

¹⁹⁷¹ J. GRYKIEL, *ibid.*, p. 107.

¹⁹⁷² J. GRYKIEL, *ibid.*, p. 105.

résulte indirectement de la faculté pour les associés de déroger dans les statuts ou dans le règlement intérieur au principe de collégialité concernant la prise de décision par l'organe directorial (§ 77, alinéa 1^{er}, 2^{ème} phrase, AktG). Les associés (mais également le conseil de surveillance¹⁹⁷³) peuvent également soumettre à leur accord certains actes relevant de la conduite des affaires sociales, ce qui comprend la faculté de décider de l'institution d'un fondé de pouvoir.

En droit polonais, la règle attribuant à l'organe directorial le pouvoir de décider de l'institution d'un fondé de pouvoir revêt un caractère supplétif en ce qui concerne les S.A.R.L.¹⁹⁷⁴, c'est-à-dire qu'il est possible d'y déroger par des stipulations statutaires contraires. Les associés sont libres de prévoir dans les statuts d'une S.A.R.L. que la décision d'instituer un fondé de pouvoir prise par le directoire soit votée à la majorité simple ou qualifiée ; ces derniers peuvent également attribuer à chaque membre du directoire, ou à certains d'entre eux seulement, cette compétence¹⁹⁷⁵. Les associés peuvent aussi décider d'imposer au directoire l'obtention de l'accord d'un ou plusieurs autres organes sociaux, tels le conseil de surveillance et l'assemblée générale¹⁹⁷⁶. La question se pose encore de savoir, en doctrine polonaise, si les associés de S.A.R.L. ont la faculté de retirer au directoire la compétence de décider de l'institution d'un fondé de pouvoir et d'attribuer celle-ci à un autre organe, voire à un tiers. La doctrine polonaise se prononce en faveur de cette possibilité¹⁹⁷⁷, dans la mesure où la réglementation de la S.A.R.L. laisse aux associés la faculté d'aménager dans les statuts la conduite des affaires sociales en attribuant à d'autres organes sociaux des compétences en cette matière.

À la différence des S.A.R.L., la doctrine polonaise estime que la règle attribuant à l'organe directorial (directoire) le pouvoir de décider *in corpore* de l'institution d'un fondé de pouvoir dans les SA revêt un caractère impératif¹⁹⁷⁸. Cette solution repose sur l'article 304 § 3 k.s.h., en vertu duquel les statuts d'une SA ne peuvent aménager les règles légales que lorsque la loi le prévoit. Or, aucune disposition ne prévoit la possibilité d'aménager les règles relatives à la décision d'instituer un fondé de pouvoir. C'est pourquoi, dans cette

¹⁹⁷³ V. le § 82, 2^{ème} alinéa, et le § 111, alinéa 4, AktG.

¹⁹⁷⁴ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury, op. cit.*, p. 84.

¹⁹⁷⁵ J. GRYKIEL, *ibid.*, pp. 84-85.

¹⁹⁷⁶ J. GRYKIEL, *ibid.*, p. 85. Cette possibilité trouve son fondement dans les articles 220 et 227 K.S.H. Le premier article prévoit que les statuts peuvent élargir les compétences du conseil de surveillance et, en particulier, obliger le directoire à obtenir l'autorisation du conseil de surveillance afin d'effectuer certains actes. Le second article dispose que les pouvoirs du directoire peuvent être limités, notamment par les stipulations statutaires.

¹⁹⁷⁷ J. GRYKIEL, *ibid.*, pp. 86-87.

¹⁹⁷⁸ J. GRYKIEL, *ibid.*, p. 87, et la littérature citée, note 2.

forme sociale, la décision d'instituer un fondé de pouvoir appartient uniquement au directoire. La question se pose toutefois de savoir s'il est possible pour les associés d'ajouter à la règle légale d'autres conditions, comme l'autorisation d'un second organe social. La doctrine polonaise se prononce en faveur de cette possibilité¹⁹⁷⁹.

262. En droit français, l'acte de délégation n'a pas à être autorisé par les statuts. Dans le silence des textes, la question s'est posée en doctrine française de savoir si la faculté d'instituer des représentants conventionnels devait avoir été préalablement autorisée par les statuts, et donc *décidé* en amont par les associés. Autrement dit, il a fallu déterminer si le pouvoir d'instituer un délégué dans l'ordre externe était subordonné à une autorisation statutaire interne. À plusieurs reprises, cet argument a été invoqué devant les juges pour contester la validité d'un acte effectué par un représentant conventionnel de SAS en l'absence d'autorisation statutaire autorisant le recours à cette technique¹⁹⁸⁰. Aucun attendu de principe n'a expressément rejeté cette thèse ; toutefois, la Cour de cassation a récemment eu l'occasion de censurer des décisions ayant invalidité des actes réalisés par des représentants conventionnels pour ce motif¹⁹⁸¹, ce dont il convient de déduire avec prudence, *a contrario*, l'absence d'obligation en ce sens¹⁹⁸².

¹⁹⁷⁹ Cette solution a d'abord pour fondement l'article 375 K.S.H., en vertu duquel, à l'égard des associés, les actes des membres du directoire sont soumis aux limitations légales, statutaires et parastatutaires (règlement intérieur, résolution du conseil de surveillance ou de l'assemblée générale). Également, l'article 384, § 1, K.S.H. prévoit la possibilité de subordonner dans les statuts la réalisation d'un acte par le directoire à l'autorisation du conseil de surveillance, tandis que l'article 393 K.S.H. prévoit la possibilité d'attribuer à l'assemblée générale la compétence de prendre des résolutions dans d'autres matières que celles énumérées dans cet article.

¹⁹⁸⁰ V. par ex., **Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 09-42.642, préc.**, où, dans un litige survenu au sein d'une SAS, le demandeur argue (sans succès) que la cour d'appel aurait dû vérifier « *si les statuts autorisaient une telle désignation [d'un délégué] et si, le cas échéant, la délégation de pouvoirs alléguée se conformait aux conditions fixées par les statuts* ».

¹⁹⁸¹ V. en ce sens CA Paris, 3 déc. 2009, n° 09-05422, préc. (censurée par Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-30.215, préc.) – mettant en cause, nous le soulignons, une délégation réalisée dans une SAS – où les juges du fond ont invalidé un licenciement au motif que « *la lettre de licenciement doit émaner soit du président de la SAS, soit de la personne autorisée par les statuts à recevoir délégation pour exercer le pouvoir de licencier détenu par le seul président* » (nous soulignons). Dans le même sens, CA Versailles, 5 nov. 2009, n° 08-00416, préc. (censurée par Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095, préc.). V. égal. Soc., 23 nov. 2011, n° 10-20.288, préc., et Soc., 7 juin 2011, n° 10-16.682, préc., où le même raisonnement des juges du fond est censuré. *Contra*, v. Soc., 29 sept. 2016, n° 15-17.280, préc. (au sein d'une association toutefois).

¹⁹⁸² A. COURET et B. DONDERO, « La délégation du pouvoir de licencier dans une SAS, un mandat comme un autre ? », note préc., n° 11 et s., spéc. n° 12 et 13 ; Rép. min. Justice à M. LEBAS, *op. cit.*, p. 6095 ; L. NURIT-PONTIER, « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 048 ; M. GERMAIN ET P.-L. PERIN, « Mandat social et délégation de pouvoirs dans les SAS », note préc., n° II, pt. 2.

263. Puisqu'en droit français la décision d'instituer un représentant conventionnel n'appartient pas aux associés, il s'ensuit une identité entre la qualité de l'organe compétent pour décider de sa mise en place dans l'ordre interne et pour exécuter cette décision dans l'ordre externe ; il s'agit, à chaque fois pour chacune de ces deux étapes, – en principe – du seul chef d'entreprise.

B) *Le pouvoir d'instituer le représentant*

663. Dans l'ordre externe, dans les différentes législations étudiées, la compétence de nommer un représentant conventionnel et un fondé de pouvoir appartient, en principe, au seul chef d'entreprise¹⁹⁸³, en sa qualité de représentant légal.

664. **La notion de chef d'entreprise.** Le chef d'entreprise est « *la personne investie de la plénitude du pouvoir de direction* »¹⁹⁸⁴, qui « *exerce l'autorité la plus élevée dans l'entreprise* »¹⁹⁸⁵. Dans les groupements dotés de la personnalité morale, la qualité de chef d'entreprise est distincte de celle de l'entrepreneur¹⁹⁸⁶. La qualité d'entrepreneur¹⁹⁸⁷ revient à la société, et celle de chef d'entreprise à l'organe qui dirige l'entreprise sous son autorité, au nom et pour le compte de l'entrepreneur¹⁹⁸⁸.

La compétence d'instituer un fondé de pouvoir ou un représentant conventionnel appartient au chef d'entreprise, car celle-ci suppose l'accomplissement d'un acte de représentation¹⁹⁸⁹, prérogative appartenant, en premier lieu, au chef d'entreprise en sa qualité de représentant légal. Comme l'affirme la jurisprudence, la délégation [du pouvoir

¹⁹⁸³ En droit français, v. D. GIBIRILA, *Rép. soc.*, *Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 23 ; Th. DALMASSO, *La délégation de pouvoir*, *op. cit.*, n° 18, p. 35.

¹⁹⁸⁴ N. CATALA, « L'entreprise », in *Traité de droit du travail*, G.H. CAMERLYNCK (dir.), Paris, Dalloz 1980, n° 54.

¹⁹⁸⁵ J.-H. ROBERT, « Les personnes physiques pénalement responsables des infractions commises à l'occasion du fonctionnement des entreprises », *J.C.P.* 1975, éd. E., II, 11716, n° 55.

¹⁹⁸⁶ N. FERRIER, thèse préc., n° 3, p. 14.

¹⁹⁸⁷ « [L]'entrepreneur est celui au nom et pour le compte duquel l'entreprise est exploitée et les pouvoirs de direction exercés » : N. FERRIER, *ibid.*

¹⁹⁸⁸ N. FERRIER, *ibid.*

¹⁹⁸⁹ N. FERRIER, *ibid.*, n° 169. Comme l'affirme l'auteur, « *seul le mécanisme de représentation peut expliquer l'imputation dérogatoire d'un acte juridique, en l'occurrence, la délégation de pouvoir conclue par l'organe directorial et à laquelle le groupement doté de la qualité d'entrepreneur est partie* » : *ibid.* V. égal. L. NURIT-PONTIER, « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 042

de représentation] doit émaner « *d'un organe habilité par la loi à représenter la personne morale (...)* »¹⁹⁹⁰.

En outre, cette compétence relève d'une stratégie d'organisation de l'entreprise¹⁹⁹¹ dont le chef d'entreprise est le seul juge. Comme l'affirme Monsieur FERRIER, l'acte de délégation du pouvoir de représentation « *relève tacitement de la fonction d'organisation de l'organe doté de la qualité de chef d'entreprise, dont il est une "suite nécessaire"* »¹⁹⁹².

665. Identification de l'organe doté de la qualité de chef d'entreprise. Dans les sociétés qui intéressent cette étude, le statut de chef d'entreprise varie en fonction de la forme sociale en cause. Il s'agit, en droit français, du gérant (ou des co-gérants) de S.A.R.L.¹⁹⁹³, du président de SAS¹⁹⁹⁴, du président du directoire ou du directeur général unique dans les SA dualistes, et du directeur général dans les SA monistes¹⁹⁹⁵. En droits allemand et polonais, il s'agit des membres de l'organe de direction dans les S.A.R.L., et du directoire dans les SA.

666. En droit français, une compétence élargie aux directeurs généraux et directeurs généraux délégués. En droit français – bien qu'ils n'aient pas la qualité de chef d'entreprise – les directeurs généraux et directeurs généraux délégués dans les deux formes de SA¹⁹⁹⁶ et dans les SAS¹⁹⁹⁷ peuvent également instituer un représentant conventionnel, et

¹⁹⁹⁰ Cass. com., 28 mai 1996, n° 94-13.304 : *Bull.* IV, n° 148 ; *B.J.S.* 1996, n° 11, p. 951, note J.-F. BARBIÉRI ; R.T.D. com. 1996, p. 713, obs. A. MARTIN-SERF ; *D. aff.* 26/1996, p. 812.

¹⁹⁹¹ N. FERRIER, thèse préc., n° 170 et 171 ; L. NURIT-PONTIER, *loc. cit.*

¹⁹⁹² N. FERRIER, *ibid.*, n° 170.

¹⁹⁹³ V. par ex. Cass. com., 26 nov. 1996, n° 94-19.171 : *Bull.* 1996 IV n° 292 ; J.C.P. éd. G. 1997, IV, 165 ; *B.J.S.* 1997, n° 3, p. 215, note P. Le CANNU, statuant que « *l'acte revêtu d'une signature différente de celle de son gérant [est] inopposable à la société (...), sauf délégation de pouvoir au profit du signataire* ».

¹⁹⁹⁴ V. par ex. Cass. crim., 23 nov. 2010, n° 10-83.633 (inédit), décidant que « *le président d'une société par actions simplifiée peut valablement déléguer à l'un des préposés de celle-ci, ou à un tiers, le pouvoir d'exercer au nom de la société une action en justice déterminée* ».

¹⁹⁹⁵ La qualité d'administrateur de société anonyme ne donne pas le pouvoir de représenter la société en justice : Cass. com., 3 oct. 2006, n° 05-13.244 : R.T.D. com. 2007, p. 165, obs. P. LE CANNU ; *B.J.S.* 2007, p. 33, note J.-F. BARBIÉRI. Avant la « loi NRE » de 2001, la qualité de chef d'entreprise appartenait au président du conseil d'administration. Aussi, la source de la délégation du pouvoir de représentation devait remonter à ce dernier : v. Th. DALMASSO, *La délégation de pouvoir*, *op. cit.*, n° 20 et s., pp. 36 et s., et la jurisprudence citée : Crim, 3 févr. 1998, n° 96-84.522 et Crim. 23 juillet 1996, n° 94-85-287.

¹⁹⁹⁶ D. GIBIRILA, *Rép. soc.*, *Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 23.

¹⁹⁹⁷ En effet, les directeurs généraux et directeurs généraux délégués peuvent, aux termes de l'article 227-6, al. 3, C. com. exercer les pouvoirs confiés au président, ce qui englobe la faculté d'instituer des représentants sans qu'il soit nécessaire de mentionner ce pouvoir dans les statuts : S. JAMBORT, « Validité de la délégation du

ce dans les mêmes conditions que le chef d'entreprise. La qualité de « représentant légal », partagée par ces différents acteurs¹⁹⁹⁸, « permet [en effet] d'examiner la question [de leurs] pouvoirs dans les mêmes termes », et induit qu' « ils doivent pouvoir exercer les prérogatives qui y sont attachées et, notamment, en donnant une délégation à un tiers »¹⁹⁹⁹.

667. Le cercle de personnes habilitées à instituer un délégué n'est pourtant pas si net en droit français, en raison des textes maladroits qui semblent conférer le pouvoir de représentation de la société à d'autres organes que le chef d'entreprise.

668. **La possibilité d'instituer un délégué par le conseil d'administration et le directoire des SA monistes et dualistes : une compétence controversée.** Le conseil d'administration de la société anonyme fonctionne sur le principe de collégialité²⁰⁰⁰. Ce principe implique que les administrateurs ne peuvent agir individuellement. Les décisions émanant des membres du conseil sont adoptées collectivement²⁰⁰¹. De ce principe, il résulte qu'un administrateur ne peut, par exemple, réaliser seul un acte de procédure judiciaire²⁰⁰². Toutefois, un texte spécial, l'article R. 225-29, alinéa 1^{er}, du Code de commerce, permet à un administrateur de réaliser un acte normalement soumis au principe de collégialité s'il a reçu un « mandat spécial » du conseil d'administration pour le faire. Le texte permet à cet organe de conférer également une délégation spéciale à un tiers qui détient ou non des actions dans la société, tel un simple salarié ou un directeur technique²⁰⁰³.

pouvoir de licencier dans une SAS », note préc., p. 42 ; P. LE CANNU, « La délégation de pouvoirs dans la SAS (et au-delà) », note préc., p. 37, n° 11. *Contra*, v. D. GIBIRILA, *ibid.*, n° 93, pour qui le président de SAS détiendrait, en l'absence de mention statutaire contraire, « exclusivement la faculté de délégation de pouvoirs ».

¹⁹⁹⁸ Les représentants statutaires disposent, vis-à-vis des tiers, de pouvoirs identiques à ceux dévolus au chef d'entreprise : v. les article L. 227-6, alinéa 3, C. com. (pour les SAS), l'article L. 225-56, II, 2^{ème} alinéa, C. com. (pour les SA moniste), et l'article L. 225-66, 2^{ème} alinéa, C. com (pour les SA dualistes).

¹⁹⁹⁹ B. SAINTOURENS, « Délégation de pouvoir au sein d'une société par actions simplifiée : retour à l'orthodoxie grâce à la Cour de cassation », note préc., p. 2 (éd. élec.). Dans le même sens, M. GERMAIN et P.- L. PERIN, « La Cour de cassation redonne sa cohérence à la pratique des délégations de pouvoir dans la SAS », note préc., n° 3.

²⁰⁰⁰ P. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Conseil d'administration », janv. 2003 (actu. : mai 2020), n° 3.

²⁰⁰¹ V not. sur l'importance du principe délibératif de cet organe, P. G. GOURLAY, *Le conseil d'administration de la société anonyme; organisation et fonctionnement*, Paris : Sirey, 1971, n° 256 et s. V. égal. en jurisprudence, Cass. com., 2 juill. 1985 et 24 avr. 1990 (aff. « Cointreau »).

²⁰⁰² V. p. ex. CA Paris, 25 oct. 1996 : *Dr. soc.* 1998, n° 5, Y. CHAPUT : la Cour décide qu'un administrateur n'a pas le pouvoir de déposer le bilan de la société.

²⁰⁰³ « *Le conseil d'administration peut conférer à un ou plusieurs de ses membres ou à des tiers, actionnaires ou non, tous mandats spéciaux pour un ou plusieurs objets déterminés* ».

La portée de ce texte est sujette à caution. L'article R. 225-29, alinéa 1^{er}, du Code de commerce confère-t-il au conseil d'administration la possibilité de déléguer un pouvoir dont il n'est pas le titulaire légal – et donc le pouvoir de représenter la société ? En effet, le conseil d'administration n'est pas un représentant légal de la société²⁰⁰⁴, mais « *un organe d'orientation de l'action de la direction* »²⁰⁰⁵, ce qui exclut par exemple qu'il puisse ester en justice au nom de la société anonyme²⁰⁰⁶. Or, de manière surprenante, la jurisprudence admet que le conseil d'administration puisse déléguer le pouvoir de représenter la société²⁰⁰⁷.

669. En ce qui concerne les SA dualistes, aucune disposition générale ne consacre une faculté de délégation au profit du directoire – organe collégial²⁰⁰⁸, à l'instar du conseil

²⁰⁰⁴ J.-C. PAGNUCCO, in J.-Cl. *Sociétés*, v° « Administration. – Conseil d'administration », fasc. 131-10, déc. 2009, n° 11 ; D. VIDAL, K. LUCIANO, *op. cit.*, n° 302, p. 69. *Contra*, en faveur d'une reconnaissance d'un pouvoir de représentation au conseil d'administration, v. *Lamy sociétés commerciales*, éd. 2021, n° 3564 et n° 3602 : « *Le conseil d'administration qui conserve compétence pour prendre des décisions de gestion et engager la société envers les tiers, peut donner au président une délégation spéciale pour signer les actes qui découlent de ses décisions* ».

²⁰⁰⁵ F.-X. LUCAS, « L'acquisition du pouvoir dans les sociétés en France », in *Le pouvoir dans les sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 135.

²⁰⁰⁶ V. par ex. Cass. com., 3 oct. 2006, n° 05-13.244, préc. : le conseil d'administration, qui n'a pas la qualité de représentant légal de la société, ne peut engager une action en relèvement du commissaire aux comptes.

²⁰⁰⁷ V. par ex. Cass. com., 23 sept. 2014, n° 13-21.352 (*a contrario*) : d'après la Cour, si le conseil d'administration d'une SA a autorisé le cautionnement d'un prêt consenti à un tiers et habilité son président à signer l'acte, l'administrateur dépourvu de délégation de pouvoirs n'est pas habilité à le signer. – Com., 28 janv. 1997, n° 94-19.405 : *D.*, 1997, IR, p. 66 ; *B.J.S.* 1997, p. 491, § 195, où la Cour de cassation approuve une cour d'appel qui constate « *qu'est produite devant elle une délibération du conseil d'administration de la société qui précise qu'en déclarant, un an auparavant, la créance de la société, le préposé a agi dans le cadre de ses fonctions et conformément à la mission qui lui avait été conférée, celle-ci comportant notamment le pouvoir d'ester en justice au nom de la société* ». – Cass. com., 18 oct. 1994, n° 92-21.262, préc. (délégation de pouvoir consentie par un conseil d'administration à un salarié pour qu'il exerce des actions judiciaires au nom de la société) : *Rev. soc.* 1995, p. 53, note Y. CHARTIER (pour l'auteur, le conseil d'administration est le titulaire initial du pouvoir de représentation ; en effet, Monsieur CHARTIER affirme qu'une délégation d'agir en justice peut soit être conférée *directement* par le conseil d'administration, soit *indirectement* par le président ou directeur général de la société anonyme) ; R.T.D com. 1995, p. 438, B. PETIT et Y. REINHARD (affirmant sans ambages que dès lors que « *celui-ci [le mandat] émanait du conseil d'administration, (...) l'efficacité du procédé ne pouvait guère être mise en doute* »). V. égal. en doctrine P. LE CANNU, « Les précisions apportées par le droit des procédures collectives au régime de la délégation de pouvoirs dans une société », art. préc., n° 9 et s., pour qui « *les formules des textes (...) démontrent qu'il n'existe pas [au] sujet [de l'institution de délégués] d'exclusivité des représentants légaux* ». L'auteur refuse toutefois de reconnaître cette compétence au profit de l'assemblée générale et du conseil de surveillance : *ibid.*, n° 10 ; P. BOUERE, « P.- D.G. ou président et directeur général », *B.J.S.* 2001, n° 7, p. 695, n° 13. *Contra*, v. CA Paris, 3e Ch. A, 25 janv. 1994 : *D.*, 1994, IR, p. 75, décidant que « *la déclaration de créance doit être faite, pour une société, à défaut du président du conseil d'administration ou du directeur général ou du gérant, par une personne ayant reçu de ces dirigeants une délégation générale ou spéciale de pouvoir de déclarer les créances* ».

²⁰⁰⁸ P. LE CANNU, *Rép. soc.*, *Dalloz*, v° « Directoire et conseil de surveillance », *op. cit.*, n° 95.

d'administration –, comme c'est le cas dans la société anonyme moniste. Seule une disposition vise expressément le pouvoir pour le directoire de conférer une délégation à l'un de ses membres ou à des tiers, salariés de la société. Elle ne concerne toutefois que les souscriptions d'engagements, c'est-à-dire les avals, cautions et garanties ainsi que leur encadrement²⁰⁰⁹. Néanmoins, et bien qu'en droit français la qualité de chef d'entreprise appartienne au président du directoire dans les SA dualistes, une partie de la doctrine²⁰¹⁰, relayée par la jurisprudence²⁰¹¹, s'accorde pour affirmer que cet organe peut déléguer le pouvoir de représenter la société anonyme.

670. La possibilité reconnue par les juges au directoire et au conseil d'administration de déléguer le pouvoir de représenter la société reposerait sur les textes qui semblent consacrer, au profit de ces organes, un tel pouvoir. À propos des SA dualistes, l'article L. 225-64, alinéas 1^{er} et 2, du Code de commerce prévoit en effet que « [l]e directoire est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société (...). Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du directoire qui ne relèvent pas de l'objet social (...) » (nous soulignons). La même formule est employée à l'égard du conseil d'administration de SA moniste, ce qui laisse supposer que cet organe dispose également d'un pouvoir de représentation, aux côtés de celui du directeur général : l'article L. 225-35, alinéa 2, du Code de commerce dispose que « [d]ans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du conseil d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social, (...) » (nous soulignons).

Toutefois, comme nous l'avons vu à propos du directoire, l'article L. 225-64 du Code de commerce, en ses deux premiers alinéas, ne consacre en réalité qu'un pouvoir interne de décision et non de représentation à l'égard des tiers²⁰¹². Il en va de même à propos du conseil d'administration, organe de gestion interne ne disposant d'aucun pouvoir de représentation vis-à-vis des tiers²⁰¹³. C'est la raison pour laquelle nous rejoignons les auteurs pour lesquels la faculté de déléguer le pouvoir d'action dans la sphère externe

²⁰⁰⁹ V. l'art. R. 225- 53, al. 4, C. com.

²⁰¹⁰ D. GIBIRILA, *Rép. soc.*, *Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 25 ; P. MERLE et A. FAUCHON, *op. cit.*, n° 502, p. 591, note 1.

²⁰¹¹ V. par ex. Cass. com., 22 janv. 2008, n° 06-20.379 (F-P+B) : *Bull. civ.* IV, n° 9 ; D. 2008. 413, obs. LIENHARD ; *B.J.S.* 2008, n° 5, p. 419, note NURIT-PONTIER, jugeant que « *que le directoire ayant le pouvoir de nommer un préposé de la société pour déclarer les créances, la cour d'appel a retenu à bon droit la validité des deux délégations de pouvoir successivement conférées à la préposée ayant déclaré la créance de la société* ».

²⁰¹² *Cf. supra*, n° 282, ainsi que la littérature citée note 863.

²⁰¹³ *Cf. la littérature citée supra*, note 2004.

relève de la compétence exclusive du directeur général dans les SA monistes (et le cas échéant, des directeurs généraux délégués)²⁰¹⁴, ainsi que du président dans les SA de type duale (et le cas échéant, des directeurs généraux). On remarquera que les mêmes considérations conduisent à rejeter cette compétence à l'assemblée générale des associés, qui n'est pas un organe de représentation²⁰¹⁵.

671. Il reste à étudier les conséquences de l'institution d'un représentant conventionnel ou d'un fondé de pouvoir qui contreviendrait à un aménagement, voire à une suppression du pouvoir de décider de leur mise en place, dans l'ordre interne.

672. **En droits allemand et polonais.** La question s'est posée de savoir si l'attribution d'une prokura n'ayant pas de fondement interne (soit une décision de l'organe compétent) est tout de même valable et efficace dans l'ordre externe. Afin de répondre à cette question, il convient de relever, en premier lieu, que la décision d'instituer un fondé de pouvoir et l'attribution de la prokura constituent deux actes distincts, autonomes l'un de l'autre²⁰¹⁶. En second lieu, il convient d'analyser le contenu du pouvoir du représentant légal des S.A.R.L. et des SA, qui englobe l'accomplissement de tous les actes judiciaires et extra-judiciaires de la société²⁰¹⁷. Dans le respect des règles encadrant la représentation de ces formes sociales, les actes externes effectués par les représentants légaux sont directement imputés à la personne morale. En particulier, « *en l'absence de disposition légale*

²⁰¹⁴ Dans ce sens égal. v. *Mémento Sociétés commerciales Francis Lefebvre*, 2022, n° 40841 : « *Si le conseil d'administration adopte une décision impliquant un engagement de la société à l'égard des tiers (par exemple, décision de conclure un contrat ou d'y mettre fin), il lui appartient de demander au directeur général de l'exécuter.* ». Dans le même sens, D. GIBIRILA écrit qu'« *il va de soi que la représentation de la société relève de la compétence exclusive du directeur qu'il ne partage en rien, ni avec le président qui représente seulement le conseil d'administration, ni avec celui-ci* » : J.-Cl. *Commercial*, v° « Dirigeants sociaux », fasc. 1050, juill. 2015 (actu. : oct. 2018), n° 77 ; P. DIDIER, *Droit Commercial : l'entreprise en société, les groupes de sociétés*, Thémis, t. II, PUF, 1999, p. 198 (« *Le conseil n'agit donc pas : il délibère et décide.* »). V. égal. B. SAINTOURENS, « Les organes de direction de la société anonyme après la loi relative aux nouvelles régulations économiques », *Rev. soc.* 2001, p. 515 ; A. COURET, « Loi sur les nouvelles régulations économiques, la régulation du pouvoir dans l'entreprise », J.C.P. éd. E., n° 42, 18 octobre 2001, pp. 1660-1668.

²⁰¹⁵ *Contra*, v. CA Paris, 16^{ème} ch., A, 1^{er} oct. 2008, n° 07-6940, SARL Cides c/ Quirno-Lavalle, BRDA 9/2009, n° 3, 1, où les juges du fond reconnaissent que les associés d'une société à responsabilité limitée puissent donner délégation à l'un des leurs de conclure un cautionnement au nom et pour le compte de la société. Comme le remarque un auteur, cette solution n'est acceptable qu'à condition de considérer que le pouvoir de représentation du gérant procède de l'assemblée qui le nomme : V. THOMAS, « Qui peut déléguer ses pouvoirs dans la société ? », in *Colloque Dijon*, préc., n° 7.

²⁰¹⁶ Cf. la littérature citée *supra*, note 1964.

²⁰¹⁷ En droit polonais, v. les art. 204, § 1, K.S.H. (S.A.R.L.) et 372, § 1, K.S.H. (SA). En droit allemand, v. le § 78, alinéa 1^{er}, AktG (SA), et le § 35, alinéa 1^{er}, GmbHG (S.A.R.L.).

contraire²⁰¹⁸, la validité des actes relevant de la représentation de la société [i.e. de l'ordre externe] n'est en aucun cas subordonnée à la validité des actes relevant de la conduite des affaires de la société [i.e. de l'ordre interne] »²⁰¹⁹ – et ce même si la disposition réglementant l'acte relevant de la sphère interne revêt un caractère impératif. En effet, ce caractère impératif implique seulement qu'il n'est pas possible d'aménager dans les statuts (ou dans tout autre acte parastatutaire) les modalités de réalisation de cet acte²⁰²⁰. Ces différentes considérations ont conduit la doctrine²⁰²¹ et la jurisprudence²⁰²² allemandes à répondre positivement à la question de la validité de l'attribution d'une prokura en dépit de l'absence d'habilitation interne – sans préjudice pour la société d'engager la responsabilité des représentants légaux sur ce fondement²⁰²³. La doctrine polonaise rejoint cette position²⁰²⁴.

673. De lege lata : la portée limitée des aménagements statutaires encadrant ou prohibant le recours à la représentation conventionnelle en droit français. Les associés peuvent souhaiter que les pouvoirs directoriaux soient personnellement exercés par les dirigeants qu'ils ont nommés. Cette circonstance amène à s'interroger sur la portée d'une clause prohibant ou modulant le recours à la délégation du pouvoir de représentation, soit qu'elle ait pour objet d'interdire toute délégation (et/ou subdélégation), soit qu'elle ait pour objet de la délimiter *rationae materiae* ou *personae*. Autrement dit, la question se

²⁰¹⁸ V. par ex. en droit polonais l'article 17, § 1, K.S.H., qui dispose que « [s]i pour que la société effectue un acte juridique la loi requière une résolution des associés, de l'assemblée générale ou du conseil de surveillance, l'acte juridique réalisé à défaut d'une telle résolution est frappé de nullité » (traduction libre).

²⁰¹⁹ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 113, et la littérature citée, note 1 : A. GIERAT, « Konsekwencje prawne nieprzestrzegania zasad reprezentacji spółek kapitałowych », *Pr. Sp.* 2001, n° 1, pp. 14-15 ; A. KOCH, « Następstwa przekroczenia przez zarządy spółek kapitałowych ograniczeń do dokonywania czynności prawnych na tle kodeksu handlowego i projektu prawa spółek handlowych », *P.P.H.* 2000, n° 6, p. 5 ; Z. KUNIEWICZ, « Reprezentacja przedsiębiorstwa państwowego a zasada bezpieczeństwa obrotu », *NP* 1990, n° 4-6, pp. 41-42.

²⁰²⁰ J. GRYKIEL, *ibid.*, pp. 113-114.

²⁰²¹ V. la littérature citée par J. GRYKIEL, *ibid.*, p. 112, note 1 : A. BAUMBACH, K. DUDEN, K. J. HOPT, *op. cit.*, p. 149 ; F. FLAD, W. GADOW, E. HEINICHEN, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*. t. I, 1940, p. 439 ; S. GOLDMANN, *Das Handelsgesetzbuch*, t. II, Berlin, 1905, pp. 518-519 ; F. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, p. 210 ; W. HILDEBRANDT, in F. SCHLEGELBERGER (réd.), *op. cit.*, p. 504 ; W. HOENIGER, in DÜRINGER-HACHENBURG (réd.), *op. cit.*, p. 494 ; H. KÖNIGE, A. PINNER, J. STRAUZ, *op. cit.*, pp. 446 et 479 ; P. KREBS et M. LIEB, in K. SCHMIDT (réd.), *op. cit.*, p. 604 ; C. RITTER, *op. cit.*, p. 274 ; W. RUSS, in P. GLANEGGER, G. GRAFF, C. KIRNBERGER, *et al.*, *op. cit.*, p. 229 ; J. SONNENSCHNIG, B. WEITEMEYER, in N. HORN (réd.), *op. cit.*, p. 405 ; K. WEBER, in K. BOUJONG, C. T. EBENROTH, D. JOOST (réd.), *op. cit.*, p. 571.

²⁰²² BGH., 14 févr. 1974, BGHZ 62, p.166 (résol.). – déc. BGH., 13 juin 1984, BGHZ 91, p. 334. – OLG Dusseldorf, 25 févr. 1998, DB 1998, p. 1026 (résol.).

²⁰²³ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 112.

²⁰²⁴ J. GRYKIEL, *ibid.*, p. 115.

pose de savoir si, bien que la délégation n'ait pas à être autorisée par les statuts, ceux-ci peuvent à l'inverse prohiber ou limiter son recours. Le cas échéant, quel sera le sort de l'acte effectué par un représentant conventionnel en violation d'une telle clause statutaire ?

Comme en droits allemand et polonais, la faculté de déléguer le pouvoir de représentation relève du pouvoir légal d'action dans la sphère externe des organes de représentation de la société, qui revêt un caractère impératif. Les aménagements statutaires n'ont d'effet que dans l'ordre interne et sont inopposables aux tiers. Il s'ensuit que l'institution d'un représentant conventionnel est valable dans l'ordre externe²⁰²⁵ (de même que les actes accomplis par ce dernier auprès des tiers²⁰²⁶), quoiqu'elle contrevienne aux aménagements internes voulus par les associés, sans préjudice de la faculté pour la société d'engager la responsabilité du délégant dans leurs rapports mutuels²⁰²⁷. Seule une intervention législative soustrayant aux organes de représentation la faculté de mettre en place des délégations pourrait venir limiter le droit pour ces derniers d'instituer des représentants conventionnels, en érigeant cette compétence en un pouvoir réservé appartenant à un autre organe social.

674. Il reste à envisager la chaîne de pouvoirs (soit la chaîne de délégations [du pouvoir de représentation]²⁰²⁸ en droit français et la chaîne de procurations en droits allemand et polonais) qui connaît un intérêt pratique évident, en même temps qu'elle présente certains dangers liés à la dilution de l'exercice d'un pouvoir dans lequel une première personne a été habilitée.

²⁰²⁵ A. TADROS, art. préc., n° 16. ; B. SAINTOURENS, « Délégation de pouvoir au sein d'une société par actions simplifiée : retour à l'orthodoxie grâce à la Cour de cassation », note préc., p. 3 (éd. élec.).

²⁰²⁶ A. TADROS, *ibid.*

²⁰²⁷ A. TADROS, *ibid.*

²⁰²⁸ N. FERRIER, thèse préc., n° 331 ; D. GIBIRILA, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 137 ; L. NURIT-PONTIER, « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 018.

§ 2 – La chaîne de pouvoirs

675. **La validité de la subdélégation en droit français.** Comme en droits allemand et polonais, où il est admis que le fondé de procuration puisse se substituer une autre personne²⁰²⁹, en droit français, un représentant conventionnel peut, lorsque la délégation l'autorise²⁰³⁰, procéder à son tour à la délégation de son pouvoir de représentation²⁰³¹. Cette configuration correspond à l'hypothèse de la subdélégation²⁰³², autrement qualifiée de délégation en cascade²⁰³³. Le subdéléguant peut à son tour déléguer ses pouvoirs à un subdéléguataire, construction qualifiée de sub-subdélégation²⁰³⁴.

Les chaînes de pouvoirs ne sont pas définies par les textes, non plus que leurs modalités de mise en œuvre, mais elles sont depuis longtemps reconnues par la jurisprudence qui en a précisé les contours.

676. **Régime de la subdélégation.** Les chaînes de délégation du pouvoir de représentation sont subordonnées à ce que le délégant ait, au moins tacitement²⁰³⁵, accordé au délégataire le pouvoir de subdéléguer²⁰³⁶. L'interdiction de subdéléguer est implicite

²⁰²⁹ V. en droit polonais l'article 106 K.C., d'après lequel « *le fondé de procuration peut instituer pour le compte du constituant d'autres fondés de procuration, seulement dans le cas où cette possibilité a été prévue dans le document de procuration, par la loi ou dans le rapport constitutif du fondement de la procuration* » (traduction libre). V. aussi sur cette question, v. M. SMYK, thèse préc., IV, II, pt. 6.

²⁰³⁰ V. not. Cass. 2^{ème} civ., 9 juill. 2009, n° 08-15.085, préc., énonçant dans son chapeau intérieur « *que le délégué du président [d'une SAS] peut, lorsque la convention de délégation le prévoit, subdéléguer le pouvoir de représenter la société à un autre préposé de celle-ci* ». – Com., 8 juill. 2008, n° 07-13.868, préc. (les juges confirment la régularité de la chaîne de délégations, la faculté de subdéléguer les pouvoirs litigieux ayant été explicitement affirmée à chaque maillon de la chaîne). – CA Versailles, 24 juin 2008, n° 07-02686, préc. – Com., 14 févr. 1995, n° 93-12.299 et 93-12.408, préc. La position retenue par la chambre commerciale dans ce second arrêt consiste à reconnaître la validité de la subdélégation qu'autant que le délégataire initial était expressément doté du pouvoir de subdéléguer ses pouvoirs. En l'espèce, la validité d'une déclaration de créances effectuée par un subdéléguataire était contestée. En doctrine, v. N. FERRIER, thèse préc., n° 333, pour qui la subdélégation est subordonnée au pouvoir reçu par le délégataire de subdéléguer ses pouvoirs.

²⁰³¹ D. GIBIRILA, *Rép. soc.*, *Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 137.

²⁰³² D. GIBIRILA, *ibid.*

²⁰³³ D. GIBIRILA, *ibid.*

²⁰³⁴ N. FERRIER, thèse préc., n° 331.

²⁰³⁵ N. FERRIER, *ibid.*, n° 334.

²⁰³⁶ N. FERRIER, *ibid.*, n° 333 ; D. GIBIRILA, *Rép. soc.*, *Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 141. En jurisprudence, la formule consacrée est la suivante : « *avec faculté de délégation* » ou « *avec faculté de substitution pour un objet déterminé* » : Cass. com. 14 févr. 1995, n° 93-12.299 et 93-12.408, préc.

lorsque la délégation est empreinte d'un fort *intuitu personae*²⁰³⁷. À l'instar du délégataire initial, le subdélégataire agit au nom et pour le compte de la personne morale²⁰³⁸. Les délégations en chaîne sont identiques à la délégation initiale : elles obéissent au même régime et produisent les mêmes effets²⁰³⁹. À l'image des règles applicables à la cessation des fonctions du délégant, la subdélégation reste valable si le pouvoir de son constituant cesse ou qu'il change d'identité²⁰⁴⁰ : celle-ci « *une fois accordée (...) suit un destin distinct de celui de la délégation de pouvoir [initiale]* »²⁰⁴¹. Toutefois, elle est rétroactivement frappée de nullité si la délégation initiale est annulée²⁰⁴². Également, la subdélégation n'a pas besoin, pour être valable, d'être autorisée dans les statuts²⁰⁴³.

677. L'interdiction expresse dans les textes de la subprokura : le caractère intransmissible de la prokura. La possibilité reconnue au fondé de procuration de transmettre son habilitation à un tiers est formellement rejetée à l'égard du fondé de pouvoir²⁰⁴⁴ : la prokura est « intransmissible »²⁰⁴⁵ (article 109⁶ K.C. et § 52, alinéa 2, H.G.B.). Cette règle, d'ordre public²⁰⁴⁶, implique que le fondé de pouvoir ne peut de lui-même décider de la nomination d'un second fondé de pouvoir ni se substituer un tiers dans cette fonction. En outre, l'entrepreneur n'a pas le pouvoir d'autoriser une telle

²⁰³⁷ N. FERRIER, *ibid.*, n° 334 ; Ph. PETEL, *Les obligations du mandataires, op. cit.*, n° 310.

²⁰³⁸ N. FERRIER, *ibid.*, n° 331 et 332, et, du même auteur, « "Chaîne" de délégations de pouvoirs et cessation des fonctions d'un délégataire intermédiaire », note sous Cass. com., 8 juill. 2008, *B.J.S.* 2008, n° 216, p. 1012, spéc. n° 4.

²⁰³⁹ N. FERRIER, thèse préc., n° 331 ; L. NURIT-PONTIER, « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 090.

²⁰⁴⁰ Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-13.868, préc. Dans cet arrêt, la validité d'une déclaration de créance effectuée par un sub-subdélégataire est contestée sans succès en raison de la cessation de fonction du délégant initial.

²⁰⁴¹ N. FERRIER, « "Chaîne" de délégations de pouvoirs et cessation des fonctions d'un délégataire intermédiaire », note préc., p. 3 (éd. élec.).

²⁰⁴² V. par ex. en jurisprudence, Cass. com., 5 févr. 2008, n° 06-21.879 : *Bull.* 2008, IV, n° 27 ; J.C.P. éd. E. 2008. 1432, n° 10, obs. PÉTEL ; *Act. proc. coll.* 2008, n° 59, obs. VALLANSAN ; *Gaz. pal.* 27-29 avr. 2008, p. 26, obs. Le CORRE-BROLY ; *B.J.S.* 2008, n° 5, p. 426, note N. FERRIER ; R.T.D. com. 2008, p. 417, obs. MARTIN-SERF. – Com., 14 févr. 1995, n° 93-12.299 et 93-12.408, préc. Dans ces deux arrêts, la déclaration de créances effectuée par le subdélégataire est nulle dès lors que la délégation initiale avait été annulée à cette date, le subdélégataire ayant perdu toute habilitation au moment de l'annulation de la délégation initiale.

²⁰⁴³ Cass. com., 17 mai 2017, n° 15-25.363.

²⁰⁴⁴ V. en doctrine polonaise, P. ANTOSZEK, art. préc., p. 28 ; L. Moskwa, « Zakres prokury – próba oceny propozycji Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego (cz. 2) », art. préc., pp. 16-18, et, du même auteur, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 35. En droit allemand, v. J.-L. BRAEGGER, thèse préc., p. 36.

²⁰⁴⁵ J.-L. BRAEGGER, *ibid.*

²⁰⁴⁶ L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 35.

substitution²⁰⁴⁷. Le bien-fondé de l'interdiction pour un fondé de pouvoir de se substituer un tiers dans l'exercice de tout ou partie de ses pouvoirs, ou bien de nommer un second fondé de pouvoir, résulte du lien de confiance particulier unissant l'organe instituant au fondé de pouvoir, lien qui justifie que seul ce dernier soit habilité à choisir ses fondés de pouvoir²⁰⁴⁸. Le législateur a également eu en vue d'éviter qu'une personne non-agrèée personnellement par les dirigeants, voire inconnue de ces derniers, puisse accomplir des actes décisifs pour l'activité sociale²⁰⁴⁹. La chaîne de pouvoirs est possible, mais uniquement dans le cadre du droit commun, avec cette limite, en droit polonais, que le fondé de pouvoir ne peut, en vertu de l'article 109⁶ K.C., instituer de fondé de procuration général : ce dernier ne peut instituer qu'une procuration pour un acte déterminé ou pour une certaine catégorie d'actes²⁰⁵⁰.

678. Après avoir vu les conditions tenant à la société représentée et à l'organe instituant dans la mise en place de représentants conventionnels en droit français et de fondés de pouvoir dans le modèle germanique, il reste à déterminer les conditions propres à chacun de ces deux derniers acteurs.

Sous-section 3 / Les conditions tenant au délégataire représentant et au fondé de pouvoir

679. Nous avons déjà vu que le fondé de pouvoir ne peut – par dérogation au droit commun – être qu'une personne physique dotée de la pleine capacité juridique²⁰⁵¹, tandis qu'en droit français, le représentant conventionnel peut être aussi bien une personne physique qu'une personne morale et être frappé d'une incapacité d'exercice au moment de l'institution du pouvoir de représentation, conformément aux règles de droit commun²⁰⁵².

Il reste à aborder la question tenant au lien unissant ces deux catégories de représentants à la société.

²⁰⁴⁷ L. MOSKWA, *ibid.* Dans l'A.D.H.G.B., la substitution était possible à condition que le fondé de pouvoir y ait été autorisé par son constituant (v. le § 53 dudit Code).

²⁰⁴⁸ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury, op. cit.*, p. 10.

²⁰⁴⁹ L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 36.

²⁰⁵⁰ K. GRZEGORZ, *op. cit.*, I, pt. 1.1 ; L. Moskwa, « Zakres prokury – próba oceny propozycji Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego (cz. 2) », art. préc., pp. 19-20.

²⁰⁵¹ *Cf. supra*, n° 438.

²⁰⁵² *Cf. ibid.*

680. Sauf quelques exceptions ponctuelles, aucune des législations étudiée n'exige que le représentant soit choisi dans le cercle de l'entreprise (§ 1). Inversement, certains acteurs sociaux – plus spécifiquement les personnes qui y exercent un mandat social – ne sauraient en principe cumuler leurs fonctions avec la qualité de représentant volontaire (§ 2).

§ 1 – L'absence de condition d'appartenance à la société représentée

681. **Un tiers, préposé ou associé.** Le fondé de pouvoir peut être un tiers, un préposé ou un associé de l'entreprise²⁰⁵³. Il en va de même pour le représentant conventionnel en droit français – position confirmée en doctrine²⁰⁵⁴ et en jurisprudence²⁰⁵⁵.

682. Il existe toutefois des exceptions à la liberté de choix dont dispose le délégant en droit français. Ainsi, la jurisprudence estime qu'il va à l'encontre de la finalité de l'entretien préalable et des règles relatives à la notification du licenciement que l'employeur délègue à une personne étrangère à l'entreprise la fonction de procéder à cet entretien avec le pouvoir de lui notifier le licenciement²⁰⁵⁶.

²⁰⁵³ En doctrine polonaise, v. M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 73 ; T. SIEMIĄTKOWSKI, *Prokura w spółkach prawa handlowego, op. cit.*, p. 31 ; J. GRYKIEL, *Powstanie prokury, op. cit.*, p. 223, et la littérature citée, note 1.

²⁰⁵⁴ P. LE CANNU, « Les précisions apportées par le droit des procédures collectives au régime de la délégation de pouvoirs dans une société », art. préc., n° 13 ; Ph. DIDIER, « L'évolution de la représentation de la société depuis la loi de 1966 », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CORNAC (dir.), *op. cit.*, n° 12, p. 76. *Contra* : D. GIBIRILA, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, affirmant que « [l]e lien hiérarchique existant entre le délégant et le délégataire suppose que celui-ci soit préposé de celui-là » (*ibid.*, n° 49) et pour qui, « [s]orti du cadre d'une société ou d'un groupe de sociétés, il n'y a plus lieu à délégation de pouvoirs, mais à mandat ou prestation de services » (*ibid.*, n° 52). Dans le même sens, v. not. J. CALVO, art. préc., p. 1 (éd. élec.) ; A. CŒURET, « Infractions aux règles d'hygiène et de sécurité en droit du travail, délégation de pouvoir et mise en danger », *Dr. social* 1995, p. 346 ; F. MARMOZ, thèse préc., n° 660.

²⁰⁵⁵ V. par ex. Cass. crim., 23 nov. 2010, n° 10-83.633, préc., jugeant que « le président d'une société par actions simplifiée peut valablement déléguer à l'un des préposés de celle-ci, ou à un tiers, le pouvoir d'exercer au nom de la société une action en justice déterminée ». – 2^{ème} civ., 22 oct. 1997, n° 94-13.225, préc. *Contra*, CA Nancy, 2 juill. 2010, n° 09-02754, préc. : au sujet d'une délégation consentie au sein d'une SAS, les juges du fond affirment que « le président [peut] déléguer une partie de ses pouvoirs auprès d'une autre personne que le directeur général ou le directeur général délégué telle que le directeur des ressources humaines en matière de gestion du personnel, dès lors que la personne désignée n'est pas étrangère à la société ».

²⁰⁵⁶ Cass. soc., 20 nov. 2014, n° 13-22.581. – Soc., 7 déc. 2011, n° 10-30.222, FS-P+B : *Bull. civ.* V, n° 289. – Soc., 26 mars 2002, n° 99-43.155 : *Bull. civ.* V, n° 105 ; D. 2002. 1323 ; *Dr. soc.* 2002. 784, obs. J. MOULY. La notion de personne étrangère à l'entreprise a été précisée par la jurisprudence. Dans le cadre d'un groupe de sociétés (sur la question v. V. ORIF, art. préc., n° 20), il a ainsi été jugé que le DRH de la société-mère de l'employeur, étant étroitement associé à la gestion de la carrière des salariés cadres de ses filiales, « n'est pas une personne étrangère aux filiales [et] peut recevoir mandat pour procéder à l'entretien préalable et au licenciement

§ 2 – L'exclusion de principe du cumul de la qualité de représentant volontaire avec une fonction sociale

683. **En ce qui concerne l'octroi d'un pouvoir de représentation ou d'une prokura au profit d'un membre de l'organe de contrôle.** En application du principe de spécialisation des organes, les membres de l'organe de contrôle ne peuvent cumuler leur mandat social avec des fonctions relevant de la conduite des affaires sociales. Les fonctions directoriales de l'organe de contrôle sont exceptionnelles et reposent sur un texte exprès. C'est la raison pour laquelle un membre de l'organe de contrôle d'une société ne saurait cumuler ses fonctions avec celle de représentant conventionnel en droit français, si ce n'est pour l'accomplissement d'une mission ponctuelle. De même, en droits allemand²⁰⁵⁷ et polonais²⁰⁵⁸, la doctrine s'accorde sur l'impossibilité pour un membre du conseil de surveillance de cumuler ses fonctions avec celle de fondé de pouvoir. Comme le souligne la doctrine, un tel cumul impliquerait que l'organe contrôlant soit en même temps un organe contrôlé, et vice versa²⁰⁵⁹. De plus, dans ces deux législations, il est interdit aux fondés de pouvoir d'intégrer le conseil de surveillance²⁰⁶⁰. Inversement, c'est-à-dire dans le cas où un membre de l'organe de contrôle d'une société viendrait à être institué fondé de pouvoir, son mandat social prendrait fin²⁰⁶¹, tandis que la prokura produirait tous ses effets.

684. **En ce qui concerne l'octroi d'un pouvoir de représentation au profit des administrateurs du conseil d'administration d'une SA moniste et au profit des membres du directoire d'une SA dualiste (droit français).** La question de la confection

d'un salarié employé par ces filiales » : Soc., 23 sept. 2009, n° 07-44.200, préc. Dans le même sens, Soc., 6 mars 2007, n° 05-41.378 : J.C.P. éd. S. 2007. 1672, obs. B. BOSSU. Aussi, il a été jugé qu'un salarié intérimaire peut bénéficier d'une délégation du pouvoir de représentation (Soc., 2 mars 2011, n° 09-67.237, préc.). On précisera en outre que l'entretien préalable n'a pas à être conduit par une personne délégataire du pouvoir de licencier : Soc., 14 juin 1994, n° 92-45.072.

²⁰⁵⁷ P. KREBS et M. LIEB, in K. SCHMIDT (réd.), *op. cit.*, p. 602 ; K. WEBER, in K. BOUJONG, C. T. EBENROTH, D. JOOST (réd.), *op. cit.*, p. 573 (cités par J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 224, note 3).

²⁰⁵⁸ J. SZWAJA, art. préc., p. 8.

²⁰⁵⁹ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 224.

²⁰⁶⁰ En droit polonais, v. les articles 214, § 1, K.S.H. (S.A.R.L.), 387, § 1, K.S.H. (SA), 300⁷², § 1, K.S.H. (PSA à directoire). En droit allemand, v. le § 105, alinéa 1, AktG pour les SA.

²⁰⁶¹ En doctrine polonaise, J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 226, ainsi que la littérature citée, note 1.

d'une délégation du pouvoir de représentation au profit des membres de l'organe de gestion dans les deux formes de SA ne pose pas de difficulté lorsque c'est le chef d'entreprise – directeur général ou président du directoire – qui délègue le pouvoir de représenter la société, à condition que l'intéressé soit nommé pour une mission ponctuelle. En effet, si le chef d'entreprise souhaite qu'un membre du conseil d'administration ou du directoire soit investi d'un pouvoir de représentation général et permanent, il sera nécessaire de suivre la procédure légale visant l'investiture de ces personnes dans les fonctions de directeurs généraux et de directeurs généraux délégués. Or, dans la société anonyme moniste, les directeurs généraux délégués sont obligatoirement nommés par le conseil d'administration, sur proposition du directeur général (article L. 225-53, alinéa 1^{er}, du Code de commerce), tandis que dans la société anonyme dualiste, les directeurs généraux sont nommés par le conseil de surveillance, à condition que les statuts le permettent (article L. 225-66, alinéa 2, du Code de commerce).

Une difficulté se pose quant à la question de savoir si, aux côtés du chef d'entreprise, le conseil d'administration ou le directoire peut également instituer un représentant conventionnel parmi ses membres. Dans la mesure où ces organes ne sont pas des organes de représentation, une telle faculté devrait être proscrite. Malgré tout, nous avons déjà vu que la jurisprudence française a avalisé cette pratique à plusieurs reprises²⁰⁶².

685. En ce qui concerne la possibilité pour le directeur général d'octroyer un pouvoir de représentation au président du conseil d'administration (droit français).

Depuis la « loi NRE » du 15 mai 2001, le président du conseil d'administration ne dispose plus que d'attributions internes, consistant à organiser et diriger les travaux du conseil d'administration et à veiller au bon fonctionnement des organes de la société (article L. 225-51 du Code de commerce). Il en va autrement lorsqu'il cumule ses fonctions avec celle de directeur général : dans ce cas, le président-directeur général est en même temps le représentant légal de la société. La question de l'utilité d'une délégation du pouvoir de représentation à son profit ne se pose donc que lorsque les attributions de président et de directeur général sont dissociées, donc exercées par deux personnes différentes. Quel que soit son objet ou son étendue, la doctrine s'accorde pour nier la possibilité pour le directeur général d'une société anonyme de conférer une délégation du pouvoir de représentation à

²⁰⁶² Cf. *supra*, n° 668 à 670.

son président²⁰⁶³. Pour cause, un tel cumul contreviendrait directement à la dissociation des fonctions de président et de directeur général organisée par le législateur et choisie par le conseil d'administration (article L. 225-51-1 du Code de commerce), en permettant une « ré-association » de leurs fonctions²⁰⁶⁴. C'est d'ailleurs pour ces mêmes raisons que la jurisprudence a tranché contre la possibilité de désigner le président (dissocié) aux fonctions de directeur général délégué²⁰⁶⁵.

686. En ce qui concerne la confection d'une procuration ou d'une prokura au profit des membres de l'organe directorial qui sont titulaires d'un pouvoir légal conjoint d'action dans la sphère externe (modèle germanique). En droits allemand et polonais, parmi les différentes modalités d'aménagement du pouvoir d'action dans la sphère externe, l'une d'elles demeure extrêmement controversée : il s'agit de la possibilité de conférer une procuration ou une prokura individuelle au profit d'un membre de l'organe directorial investi d'un pouvoir légal conjoint d'action dans la sphère externe²⁰⁶⁶. L'intérêt d'une telle construction se comprend aisément : lorsque la société est soumise aux règles de la représentation conjointe²⁰⁶⁷, ses dirigeants disposent, comparé au fondé de pouvoir²⁰⁶⁸ –

²⁰⁶³ V. not. *Dossier ANSA*, 11 sept. 2002, n° 3167, préc. ; M. BUCHBERGER, in J.-Cl. *Sociétés*, v° « Administration. – Président du conseil d'administration », fasc. 133-10, fév. 2019 (actu. : mai 2019), n° 130-131 ; L. NURIT-PONTIER, « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 084.

²⁰⁶⁴ L. NURIT-PONTIER, *ibid.* ; *Dossier ANSA*, *ibid.*

²⁰⁶⁵ CA Lyon, 3^{ème} ch., 25 sept. 2003 : *D.* 2004, AJ, p. 808 ; *Rev. soc.* 2004, p. 881, note P.-H.CONAC ; *Dr. & patr. mensuel*, p. 112, obs. PORACCHIA D. ; RJDA 7/04, n° 848. V. également *Dossier ANSA*, juin-juill. 2002, n° 3131 et *Bull. RCS* 2003, n° 21-22, p. 47.

²⁰⁶⁶ Dans cette hypothèse, l'utilité d'instituer au profit d'un membre du directoire une procuration ou une prokura conjointe est quant à elle contestable, puisque dans ce cas l'action d'une seconde personne (au moins) est également nécessaire : R. L. KWASNICKI, A. RATAJ, art. préc., p. 13 ; J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 231, et la littérature citée, note 3.

²⁰⁶⁷ En droit polonais, la représentation conjointe constitue le mode de représentation qui s'applique dans le silence des statuts en ce qui concerne la représentation active : le membre de l'organe de direction doit agir conjointement avec un autre membre ou alors avec un fondé de pouvoir (article 205, § 1, K.S.H. concernant les S.A.R.L., article 373, § 1, K.S.H. concernant les SA, article 300⁶⁶, § 1, K.S.H. concernant les PSA à directoire, et article 300⁷⁸, § 1, K.S.H. pour la PSA à conseil d'administration). Il en va de même en droit allemand : v. le § 78, 2^{ème} et 3^{ème} alinéa, AktG (SA), et le § 35, 2^{ème} alinéa, GmbHG (S.A.R.L.). Dans la représentation passive, la représentation est individuelle, c'est-à-dire que chaque membre de l'organe de direction est habilité à réceptionner des déclarations de volonté adressées à la société : v. le § 78, 2^{ème} alinéa, AktG et le § 35, 2^{ème} alinéa, GmbHG pour les SA et S.A.R.L. de droit allemand. En droit polonais, v. l'article 205, § 2, K.S.H. (S.A.R.L.) et 373, § 2, K.S.H. (SA). C'est également le mode de représentation le plus fréquemment choisi par la pratique.

²⁰⁶⁸ En droit polonais, les articles 205, § 3, et 373, § 3, K.S.H., disposent que les règles régissant la représentation conjointe ne limitent pas les pouvoirs des fondés de pouvoir tels qu'ils résultent des textes sur la prokura.

voire au simple fondé de procuration²⁰⁶⁹ – d’une liberté moindre dans l’exercice de leurs pouvoirs, lorsque ces représentants volontaires bénéficient d’un pouvoir de représentation individuel. Le dirigeant ayant la qualité de représentant légal conjoint est en effet obligé d’obtenir le concours d’un autre membre du directoire (au moins) – ou d’un fondé de pouvoir (hypothèse de la représentation mixte) – pour valablement engager la société auprès des tiers²⁰⁷⁰. La confection d’un pouvoir individuel à son profit aurait donc pour objet de lui permettre de réaliser les actes visés par le pouvoir qui lui a été individuellement conféré sans avoir à requérir le concours d’une ou plusieurs autres personnes, comme l’imposent les statuts. La confection d’un pouvoir individuel (prokura ou procuration) permettra par exemple au représentant légal conjoint de passer des actes au caractère urgent, de remédier aux difficultés suscitées par l’habilitation d’un tiers, concernant par exemple la protection de données stratégiques de la société²⁰⁷¹ que l’organe directorial ne souhaite pas divulguer, et, plus prosaïquement, d’éviter que l’action de l’organe directorial se trouve bloquée lorsque l’un de ses membres, dont la signature est exigée en application des règles de la représentation conjointe, ne peut matériellement concourir à la signature de l’acte²⁰⁷² (en raison, par exemple, d’un séjour à l’étranger, d’un accident, d’une maladie ou de congés). Les avantages pratiques liés à la confection d’un pouvoir individuel au profit d’un représentant légal conjoint se vérifient d’autant plus lorsque le directoire n’est composé que de deux membres.

687. Afin de remédier aux difficultés suscitées par la représentation conjointe, il conviendrait en principe de modifier les statuts en consacrant au profit de chaque membre ou au profit de certains d’entre eux, un pouvoir d’action individuel. Cette procédure est cependant chronophage et requière une majorité qui n’est pas toujours atteignable (en l’absence de consensus parmi les associés)²⁰⁷³. Une autre alternative consisterait à consacrer dans les statuts un pouvoir de représentation individuel au profit des représentants légaux calqué sur l’étendue de la prokura, en précisant que les actes

²⁰⁶⁹ R. L. KWAŚNICKI, art. préc., p. 15.

²⁰⁷⁰ En droit polonais, v. l’article 205, § 1, K.S.H. pour la S.A.R.L. ; article 373, § 1, K.S.H. pour la SA ; article 300⁶⁶, § 1, K.S.H. concernant les PSA à directoire, et article 300⁷⁸, § 1, K.S.H. pour la PSA à conseil d’administration. En droit allemand, v. le § 78, alinéa 3, AktG (SA) et le § 34, 2^{ème} alinéa, GmbHG (S.A.R.L.).

²⁰⁷¹ R. L. KWAŚNICKI, A. RATAJ, art. préc., p. 16.

²⁰⁷² R. L. KWAŚNICKI, A. RATAJ, *ibid.*, p. 11.

²⁰⁷³ En droit polonais, en présence d’une S.A.R.L., 2/3 des voix sont nécessaires pour modifier les statuts (article 246, § 1, K.S.H.) et en présence d’une SA, ¾ (article 415, § 1, K.S.H.).

dépasant le champ de ce pouvoir doivent être accomplis conjointement²⁰⁷⁴. De manière générale, la doctrine admet que les statuts subordonnent l'application d'un type de représentation donné en fonction de la nature de l'acte projeté²⁰⁷⁵. Toutefois, de telles limitations ne peuvent avoir d'effets que dans l'ordre interne. Autrement dit, elles seraient inopposables aux tiers²⁰⁷⁶.

688. Traditionnellement, les auteurs polonais²⁰⁷⁷ et allemands²⁰⁷⁸ étaient hostiles au cumul entre les fonctions de mandataire social et de représentant volontaire (fondé de procuration ou fondé de pouvoir). Cette position doctrinale réfractaire a toutefois récemment évolué dans ces deux pays, dans un sens favorable à la reconnaissance de ce cumul de statuts²⁰⁷⁹. La jurisprudence polonaise a donné raison à cette doctrine en admettant le cumul entre les qualités de membre de directoire et de fondé de procuration²⁰⁸⁰

²⁰⁷⁴ A. GBURZYŃSKA, « Członkostwo w zarządzie spółek kapitałowych », P.P.H. 1997, n° 2, p. 19.

²⁰⁷⁵ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 232, et la littérature citée, note 2.

²⁰⁷⁶ J. GRYKIEL, *ibid.*, p. 232, ainsi que la littérature citée, note 4, not. J. KUROPATWIŃSKI, « Dopuszczalność różnicowania sposobu reprezentacji spółki z o.o. », *Pr. Sp.* 1998, n° 10, pp. 8 et 12.

²⁰⁷⁷ A. KIDYBA, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, C.H. Beck, Warszawa, 2002, p. 459 ; P. PINIOR, B. JOCZEMCZYK, « Z problematyki prawnej udzielenia pełnomocnictwa członkowi zarządu spółki kapitałowej », *Pr. Sp.* 2004, n° 6, p. 27 (sur le cumul avec une prokura) et p. 22 (sur le cumul avec une procuration civile) ; R. CZERNIAWSKI, *Kodeks spółek handlowych. Przepisy o spółce akcyjnej*, Warszawa 2001, p. 270 (au sujet des procurations civiles) ; D. BUGAJNA-SPORCZYK, art. préc., p. 12.

²⁰⁷⁸ A. BAUMBACH, *Handelsgesetzbuch*, *op. cit.*, p. 159 ; A. BAUMBACH, K. DUDEN, K. J. HOPT, *op. cit.*, p. 148 ; F. BEHREND, *op. cit.*, p. 362 ; F. FLAD, W. GADOW, E. HEINICHEN, *op. cit.* p. 440 ; K. HOFMANN, *op. cit.*, 7^{ème} éd., p. 20 ; P. JUNG, *Handelsrecht*, *op. cit.*, p. 160 ; P. KREBS et M. LIEB, in K. SCHMIDT (réd.), *op. cit.*, p. 600 ; H. OETKER, *op. cit.*, p. 118 ; C. RITTER, *op. cit.*, p. 101 ; W. RUSS, in P. GLANEGGER, G. GRAFF, C. KIRNBERGER, *et al.*, *op. cit.*, p. 229 ; J. SONNENSCHNEIN, B. WEITEMEYER, in N. HORN (réd.), *op. cit.*, p. 407 (cités par J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 228, note 2).

²⁰⁷⁹ En doctrine polonaise, v. not. K. BILEWSKA, « Udzielenie pełnomocnictwa członkowi zarządu spółki z.o.o. », *Pal.* 2007, n° 1-2, p. 283 ; M. KOCUR, « Pełnomocnictwo dla członka zarządu spółki kapitałowej – polemika », *Pr. Sp.* 2004, n° 12, pp. 45 et s. ; T. KURNICKI, « Dopuszczalność udzielenia pełnomocnictwa członkowi zarządu spółki kapitałowej », *Pr. Sp.* 2007, n° 6, pp. 49 et s. En doctrine allemande, v. C. W. CANARIS, *op. cit.*, p. 285 ; U. HÜBNER, *Handelsrecht*, *op. cit.*, p. 127 ; W.-H. ROTH, in I. KOLLER, W. MORCK, W.-H. ROTH, *op. cit.*, p. 167 ; K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, *op. cit.*, p. 462 ; K. WEBER, in K. BOUJONG, C. T. EBENROTH, D. JOOST (réd.), *op. cit.*, p. 573 (cités par J. GRYKIEL, *ibid.*, note 4).

²⁰⁸⁰ V. SN., 23 août 2006, III CZP 68/06 : A. KIDYBA, *Glosa* 2007, n° 2, pp. 18-22 ; A. RZETECKA-GIL, *Glosa* 2007, n° 5, pp. 78-84 : la Cour Suprême polonaise affirme que « le membre de l'organe de direction d'une S.A.R.L. investi par les statuts d'un pouvoir de représentation conjoint de la société avec un autre membre du directoire, peut être institué fondé de procuration pour l'accomplissement d'un acte déterminé » (traduction libre) ; SN., 4 févr. 2010, IV CSK 416/09 ; SN., 24 avr. 2014, III CZP 17/14 : « le membre de l'organe de direction d'une S.A.R.L. investi par les statuts d'un pouvoir de représentation conjoint de la société avec un autre membre du directoire, peut être institué fondé de procuration pour une certaine catégorie d'actes ».

ainsi que de fondé de pouvoir²⁰⁸¹, avant de revenir récemment sur sa position dans une résolution du 30 janvier 2015²⁰⁸². Également, il convient de relever que, dans le projet relatif au Livre I du Code civil polonais, préparé par la Commission de Codification du Droit civil en 2015²⁰⁸³, la Commission a introduit un article 121 § 2 k.c. prohibant ce cumul. D'après cet article « *seule une personne physique ne rentrant pas dans la composition de l'organe de direction ou de contrôle de la société représentée peut être nommée fondé de procuration ou fondé de pouvoir* »²⁰⁸⁴. La solution adoptée par la Commission s'appuie en particulier sur deux arguments : le manque de nécessité de « doubler » les pouvoirs des membres de l'organe directorial ainsi que la confusion que suscite cette construction quant à la qualité avec laquelle le représentant légal agit (en tant que mandataire social ou en tant que fondé de procuration)²⁰⁸⁵.

À notre sens, il conviendrait de distinguer selon la nature du pouvoir octroyé. Dans la mesure où la prokura individuelle confère un pouvoir général d'action permanent dans la sphère externe, sa confection au profit d'un représentant légal conjoint aurait assurément pour effet de contrevenir aux règles de représentation fixées par les statuts²⁰⁸⁶, et donc à la volonté des associés qui se sont prononcés en faveur d'une représentation conjointe. Également, ce cumul de statuts est de nature à induire les tiers en erreur sur la qualité juridique de leur cocontractant et sur l'étendue de ses pouvoirs²⁰⁸⁷. Pour ces différentes raisons, le cumul d'une prokura individuelle avec le statut de représentant légal conjoint

²⁰⁸¹ V. CA Poznan, 28 avr. 1992, Acr 111/92, *Orzecznictwo Gospodarcze* n° 4/1992, poz. 73.

²⁰⁸² V. SN., 30 janv. 2015, III CZP 34/14 : OSNC 2015/7–8, poz. 80 ; A. OPALSKI, A.W. WIŚNIEWSKI, « Glosa do uchwały SN z 30.01.2015 r., III CZP 34/14 », *Orzecznictwo Sądów Polskich* 2015/10, poz. 92. (pour une analyse critique de la solution rendue par la Cour Suprême) ; A. KIDYBA, « Jeśli coś jest niewłaściwe, to nie może być prawidłowe – glosa do uchwały SN z 30.01.2015 r., III CZP 34/14 », *Glosa* 2016/1, pp. 18–20 ; G. PAWLOWSKI, « Niedopuszczalność pozorna – glosa do uchwały SN z 30.01.2015 r., III CZP 34/14 », *Glosa* 2017/1, pp. 46–53 (en faveur de la solution retenue) : la Cour suprême polonaise condamne dans cet arrêt la possibilité de cumul entre les fonctions de membre de l'organe directorial d'une société de capitaux et les fonctions de fondé de pouvoir. Les juges affirment qu'il « *est dénué d'intérêt de conférer une prokura à un membre du directoire, car les pouvoirs qu'il obtiendrait du fait de la prokura sont déjà compris dans ceux dont il dispose en qualité de représentant légal* » (traduction libre).

²⁰⁸³ Projekt księgi pierwszej Kodeksu cywilnego z 2015 r. przygotowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego, objaśnienia do art. 121.

²⁰⁸⁴ Traduction libre.

²⁰⁸⁵ K. GRZEGORZ, *op. cit.*, III, pt. 3.4.

²⁰⁸⁶ A. KIDYBA, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, op. cit.*, p. 459 ; P. PINIOR, B. JOCZEMCZYK, « Z problematyki prawnej udzielenia pełnomocnictwa członkowi zarządu spółki kapitałowej », art. préc., pp. 23-24.

²⁰⁸⁷ Avec pour conséquence l'obligation pour le juge, dans le cas où la régularité d'un acte réalisé par un représentant légal investi d'un pouvoir supplémentaire serait contestée, de déterminer au cas par cas le statut avec lequel le dirigeant a agi (en tant que représentant volontaire ou en tant que mandataire social) : A. GBURZYNSKA, art. préc., p. 19.

devrait être prohibé. En particulier, la nomination d'un fondé de pouvoir aux fonctions sociales devrait provoquer l'extinction automatique de la prokura²⁰⁸⁸. Ces mêmes considérations devraient conduire à exclure la possibilité pour un représentant légal conjoint de bénéficier d'une procuration générale de droit commun. L'intérêt de la société justifie au contraire, selon nous, qu'un représentant légal conjoint puisse bénéficier d'une procuration pour l'accomplissement d'un acte ou une affaire déterminée. En particulier, cette construction peut s'avérer indispensable pour éviter une situation de blocage dans le cas où, comme vu précédemment, il ne serait pas possible de réunir la signature de l'ensemble des titulaires du pouvoir conjoint. De nature purement ponctuelle, cette construction préserve la volonté des associés dans la mesure où les modalités d'exercice du pouvoir général et permanent d'action dans la sphère externe demeurent soumises à la représentation conjointe.

689. **Conclusion de la Section 2.** Les conditions d'institution d'un représentant conventionnel en droit français et d'un fondé de pouvoir dans le modèle germanique ne se rejoignent pas entièrement. En premier lieu, contrairement à la délégation du pouvoir de représentation, la technique de la prokura est réservée à une certaine catégorie d'entrepreneurs. En second lieu, alors qu'en France le représentant conventionnel a la possibilité de transmettre son habilitation à un tiers, cette faculté est exclue dans l'hypothèse de la prokura.

Par ailleurs, la mise en place de ces instruments trouve pour fondement, dans les deux modèles, deux actes distincts, un acte de décision et un acte de représentation, dont il a été vu que la compétence pour les réaliser pouvait être divisée entre différentes personnes ou différents organes, avec cette réserve que l'acte d'institution proprement dit – acte de représentation – ne pouvait l'être que par le chef d'entreprise, en sa qualité de représentant légal. En ce qui concerne les conditions tenant à la personne du représentant, dans les différentes législations étudiées, il a été possible de constater que toute personne ne pouvait accéder à cette fonction. En sont exclues les personnes exerçant déjà une fonction sociale au sein de la société, principe qui ne peut connaître de tempéraments que pour l'accomplissement d'une mission ponctuelle de représentation.

²⁰⁸⁸ Dans ce sens, A. KIDYBA, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, op. cit.*, p. 462 ; D. BUGAJNA-SPORCZYK, art. préc., p. 12 ; P. PINIOR, B. JOCHEMCZYK, « Pełnomocnictwo dla członka zarządu spółki kapitałowej – odpowiedź na polemikę », *Pr. Sp.* 2005, n° 2, p. 27. *Contra* : R. L. KWASNICKI, A. RATAJ, art. préc., p. 14.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

690. En étudiant la technique de la délégation de pouvoirs à l'aune de la théorie dualiste, il nous a été possible d'isoler en son sein le mécanisme de la délégation du pouvoir de représentation et de la confronter au régime applicable à la prokura, ce qui a permis de soumettre à un nouvel éclairage les critiques dont elle fait constamment l'objet.

En vérité, la délégation du pouvoir de représentation n'est que la mise en pratique de la possibilité pour la personne morale de recourir à des représentants conventionnels en sa qualité de sujet de droit, et comme tout sujet de droit. En l'absence de réglementation spéciale, elle est soumise aux règles de droit commun relatives au pouvoir de représentation, ce qui implique notamment qu'elle soit soustraite à des formalités de publicité ou que les actes effectués par un prétendu représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs puissent être ultérieurement ratifiés par la société représentée. Les mêmes solutions se trouvent appliquées outre-Rhin en ce qui concerne les fondés de procuration de droit commun. En effet, la prokura ne se substitue pas aux procurations civiles de droit commun, car le pouvoir de représentation trouve généralement à s'exercer à tous les échelons de l'entreprise. Elle constitue un outil supplémentaire, et plus exactement un mécanisme de « duplication » de la personne du chef d'entreprise – le fondé de pouvoir ayant vocation à jouer le rôle d'alter ego de l'entrepreneur représenté.

C'est ce rôle particulier qui a justifié, pour le législateur allemand, l'élaboration de règles spécifiques en ce qui concerne ses conditions de fond et de forme. À défaut de poursuivre un tel objectif, des règles dérogatoires au droit commun – en particulier un formalisme accentué – apparaissent dénuées de fondement ; elles auraient au contraire pour effet d'alourdir considérablement la marche de l'activité sociale.

CONCLUSION DU TITRE I

691. L'analyse de la technique de la délégation de pouvoirs sous le prisme de la théorie dualiste conduit à distinguer en son sein deux mécanismes intéressant chacun l'une des deux sphères sociales de la personne morale. Dans l'ordre interne, les personnes qualifiées de délégataires sont liées à la société par un contrat de gestion des affaires d'autrui ayant pour objet l'exercice d'une fonction directoriale pour le compte de la société, qui consiste en une fonction décisionnelle intéressant la marche de l'activité sociale. En droit français, rien ne paraît faire obstacle à ce que ce mécanisme, que l'étude appréhende sous la notion de délégation fonctionnelle, puisse avoir comme support un contrat de mandat – dans l'acception dualiste de ce contrat – mais également d'autres types de convention, à l'instar du modèle germanique, en particulier, un contrat de louage ou de prestation de service.

Dans l'ordre externe, les délégataires peuvent également engager la société vis-à-vis des tiers – et donc agir en son nom – sur le fondement d'un pouvoir de représentation considéré comme un acte juridique à part entière. Ils agissent alors en qualité de représentants conventionnels, qualité qui a pour homologue le fondé de procuration dans le modèle germanique. Ces deux catégories d'acteurs obéissent, sauf exception, aux règles de droit commun de la représentation.

En droit allemand, le législateur a la particularité d'avoir élaboré deux pouvoirs de représentation spécialement façonnés pour répondre aux besoins de l'activité commerciale avec le mécanisme de la *prokura* et de la procuration commerciale (cette dernière forme de procuration ayant été abrogée en droit polonais). Seul le premier de ces deux pouvoirs déroge, sous de nombreux aspects, aux règles de droit commun – principalement en ce qui concerne la définition légale impérative de l'habilitation de son titulaire et sa soumission à des formalités de publicité. Cette réglementation *lex specialis* n'est toutefois justifiée qu'en considération du rôle particulier assigné au fondé de pouvoir : ce dernier est en effet perçu comme étant l'*alter ego* de l'entrepreneur représenté²⁰⁸⁹. Une fonction analogue n'a jusqu'alors pas été envisagée par le législateur français à propos des simples délégataires, position qui contraste cependant avec les constructions de la pratique. Il ne fait aucun doute qu'en France, certains représentants conventionnels concentrent dans leurs mains des pouvoirs de représentation comparables au pouvoir d'action dans la sphère externe appartenant aux représentants légaux.

²⁰⁸⁹ Cf. *supra*, n° 8, et la littérature citée, notes 43 (doctrine polonaise et française) et 44 (doctrine allemande).

Cette considération amène à s'interroger sur l'intérêt qu'il y aurait à créer en droit français une délégation du pouvoir de représentation spéciale, qui pourrait éminemment s'inspirer du régime de la prokura, dont l'efficacité a été éprouvée depuis près de deux siècles. Cette question suppose d'analyser au préalable l'ensemble des outils de déconcentration de l'exercice du pouvoir directorial à la disposition des sociétés soumises au droit français. Le droit français permet en effet la déconcentration maximale de ce pouvoir à l'échelle organique, à travers l'institution de représentants statutaires.

La question de l'intérêt qu'il y aurait à institutionaliser la technique de la délégation du pouvoir de représentation sur le modèle de la prokura suppose alors de clarifier le statut respectif du simple substitut par rapport à celui de l'organe.

TITRE II – L’ACTION DE LA PERSONNE MORALE PAR LE BIAIS DE SES ORGANES ET DE SES SUBSTITUTS

692. La société, personne morale, agit nécessairement par le biais de personnes physiques pour exprimer, exercer et revendiquer ses droits. La société est en effet un être collectif abstrait qui a besoin d’ « *extérioriser l’objet de son vouloir* »²⁰⁹⁰.

Ces personnes sont les membres des organes sociaux²⁰⁹¹ d’une part, et leurs substituts, d’autre part.

693. Contrairement aux droits allemand et polonais, le statut respectif de ces deux catégories d’acteurs demeure incertain en droit français. Ainsi les représentants statutaires en droit français se trouvent-ils qualifiés d’organe en doctrine²⁰⁹² et certains auteurs identifient le statut du délégataire fonctionnel à celui de l’organe en considération des effets similaires attachés à l’exercice de leurs fonctions en matière pénale ou en droit du travail.

En réalité, l’analyse du lien juridique unissant ces agents à la société conduit à nettement distinguer, à l’instar des droits allemand et polonais, les statuts d’organe social d’une part, et de substitut, d’autre part.

694. La différence de statut entre ces deux catégories d’acteurs sociaux se vérifie aussi bien dans l’ordre externe que dans l’ordre interne, ce dont il sera possible de se rendre compte en confrontant le « mandat » social du chef d’entreprise aux techniques de représentation (**Chapitre I**) ainsi qu’à la délégation fonctionnelle (**Chapitre II**).

²⁰⁹⁰ G. MADRAY, thèse préc., p. 51.

²⁰⁹¹ Par le terme d’organe, il convient d’entendre exclusivement les « *personnes chargées par la loi ou les statuts d’administrer et de gérer la personne morale, c’est-à-dire de participer au processus d’élaboration de la volonté de la personne morale et, ensuite, de présider à l’exécution de la décision ainsi prise* » : G. ROUIJOU DE BOUBEE, B. BOULOC, J. FRANCILLON et Y. MAYAUD, *Code pénal commenté*, Dalloz, 1996, p. 20. Comp. R. BERNARDINI, *Rép. pén.*, *Dalloz*, v° « Personne morale », oct. 2017 (actu. : mars 2020), n° 53, ainsi que les références citées, définissant l’organe comme un « *ensemble de personnes ou toute personne chargée, par la loi ou les statuts de la personne morale, de son administration, de sa direction ou de son contrôle* ».

²⁰⁹² V. par ex. Ph. DIDIER, « La flexibilité de la gouvernance de la SAS », in I. URBAIN-PARLEANI et P- H. CONAC (dir.), *op. cit.*, n° 9, p. 127.

695. En droits allemand et polonais, l'action de la personne morale par le biais de ses dirigeants repose sur la théorie de l'organe²⁰⁹³. Dans ces deux législations, seuls les fondés de procuration sont réputés être liés à la personne morale par un rapport de représentation (« *przedstawicielstwo* » en polonais ; « *Stellvertretung* » en allemand²⁰⁹⁴) et sont ses *représentants*²⁰⁹⁵. Dans une résolution en date 30 janvier 2015²⁰⁹⁶, la Cour suprême polonaise est venue rappeler la différence dans la nature juridique du lien qui unit respectivement l'organe et le fondé de pouvoir à la société. Concernant le premier, « *ses actes sont réputés être ceux de la société elle-même, aussi bien lorsqu'il accomplit pour elle des actes juridiques (...) que lorsqu'il commet des délits* ». L'imputation des actes et faits matériels de l'organe à la personne morale s'explique juridiquement par le phénomène de *personnification* de l'être moral en la personne du dirigeant²⁰⁹⁷. Quant au fondé de pouvoir, il est, à la différence de l'organe, « *un fondé de procuration, donc une personne habilitée à réaliser des actes juridiques au nom de la société. Ses actes ne sont pas réputés être ceux de la société elle-même ; c'est pourquoi il n'est possible de les imputer à la société que dans la limite du pouvoir qui lui a été conféré* »²⁰⁹⁸. Ce dernier – contrairement à l'organe – agit en qualité de tiers par rapport à la personne morale²⁰⁹⁹.

²⁰⁹³ Cf. *infra*, n° 739.

²⁰⁹⁴ En droit allemand, la notion de « *Stellvertretung* », indifféremment employée en jurisprudence et en doctrine comme un synonyme de la « *Vertretung* » (ces deux termes étant traduits par celui de *représentation* en français), exprime l'idée de substitution qui caractérise le représentant par opposition à l'organe : « *an Stelle* » signifie en allemand « au lieu ». Aussi, pour désigner juridiquement l'action de la personne morale par le biais de ses organes, seule la notion de « *Vertretung* » devrait être employée. Puisque l'organe se confond avec la personne morale, il n'est en effet pas question de substitution : G. REINER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand », in D. MAZEAUD, *et al.*, *op. cit.*, p. 20, ainsi que les références citées notes 3 à 6, en particulier V. BEUTHIEN, « Gibt es eine organschaftliche Stellvertretung ? », NJW 1999, 1142 (1146).

²⁰⁹⁵ P. ANTOSZEK, art. préc., p. 27 ; M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 20 ; E. PŁONKA, *Mechanizm łączenia skutków działań prawnych z osobami prawnymi na przykładzie spółek kapitałowych*, *op. cit.*, p. 11, ainsi que la littérature citée.

²⁰⁹⁶ SN., 30 janv. 2015 (résol.), III CZP 34/14, préc.

²⁰⁹⁷ Cf. *infra*, n° 739 et s.

²⁰⁹⁸ SN., 30 janv. 2015 (résol.), III CZP 34/14, préc.

²⁰⁹⁹ Comme l'écrivait JELLINEK, « *l'organe se distingue de toute autre sorte de représentation parce que le représentant et le représenté sont et restent deux, le groupe et l'organe sont et restent une seule et même personne* » : G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, trad. Furdis, t. II, Paris 1911-1913, p. 248. V. égal. M. PAZDAN, « O rolach, w jakich może występować prokurent przy dokonywaniu czynności prawnych », art. préc., pp. 15 et s ; P. ANTOSZEK, *loc. cit.*

696. En droit français, le statut respectif de ces deux catégories d'acteurs – organe et représentant conventionnel – n'est au contraire pas clairement établi en raison de la conception, dominante en doctrine, selon laquelle l'action des organes de la personne morale constitue également une application de la théorie de la représentation.

La théorie de la représentation se révèle pourtant inapte à saisir les spécificités du mandat social, tant par son objet (**Section 1**) que dans sa structure (**Section 2**).

Section 1 / Une différence quant à leur objet

697. La théorie de la représentation²¹⁰⁰ est la première théorie à avoir tenté de cerner la nature du rapport juridique existant entre les organes sociaux et la personne morale. Conformément à cette théorie, la personne morale et ses membres conservent leur individualité ; il s'agit de deux êtres distincts unis par un rapport de représentation. La personne morale est perçue comme un être à part entière et, à ses premières heures, comme un être *fictif*²¹⁰¹ (c'est-à-dire comme un pur artifice auquel le législateur décide d'attribuer la personnalité juridique²¹⁰²). Puisque la personne morale est incapable d'exprimer par elle-même sa volonté, elle a recours à des représentants. L'organe directorial *représente* alors (au sens strict) la personne morale et passe, *au nom* de celle-ci, des actes juridiques dont les effets se répercutent directement et immédiatement dans le patrimoine du groupement représenté²¹⁰³.

Cette théorie se décline elle-même en deux variantes. La première postule que la représentation de la personne morale par ses organes est de nature conventionnelle, tandis que la seconde lui attribue une nature légale.

²¹⁰⁰ « *Vertretertheorie* » (all.) ; « *teoria przedstawicielstwa* » (pl.) : P. WIDERSKI, *Pelnomocnictwo w prawie polskim, op. cit.*, I, pt. 2.3.

²¹⁰¹ V. F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, T. II, Berlin 1840, pp. 236–241.

²¹⁰² Conformément à la théorie de la fiction, la jouissance et l'exercice des droits civils sont l'apanage des personnes physiques qui seules bénéficient d'une volonté propre. Les soubassements de cette théorie expliquent que ses défenseurs aient été hostiles à la reconnaissance de la personnalité juridique des groupements – celle-ci était d'ailleurs historiquement subordonnée à une autorisation étatique. L'octroi de la personnalité juridique permettait de créer artificiellement de nouveaux sujets de droit.

²¹⁰³ G. MADRAY, thèse préc., p. 50.

698. **La thèse de la représentation conventionnelle.** D'après la thèse de la représentation conventionnelle, l'action des organes de la personne morale est fondée sur le contrat de mandat (conformément à l'analyse moniste de ce contrat), communément qualifié de « délégation » dans le contexte sociétaire. Cette conception réfute l'idée selon laquelle les organes se verraient attribuer des pouvoirs « en propre » par le législateur. Au contraire, « *les pouvoirs de direction [appartiendraient] initialement au groupement doté de la qualité d'entrepreneur, en sa double qualité de propriétaire et d'employeur* »²¹⁰⁴ et seraient délégués (autrement dit, attribués grâce au mandat) par le groupement au profit des différents organes composant l'être moral. Le mandat social serait donc « *une technique conventionnelle d'attribution de pouvoir, qui est, à ce titre, une espèce particulière de délégation de pouvoir* »²¹⁰⁵.

À l'aune de la thèse de la représentation conventionnelle de la société par ses organes, les statuts de mandataire social et de représentant conventionnel sont donc compatibles, dans la mesure où ces deux catégories d'acteurs sont réputés bénéficier d'un pouvoir contractuel d'action *au nom* de la société (ou des associés).

699. **La thèse de la représentation légale.** Les partisans de la théorie de la représentation légale²¹⁰⁶ estiment que celle-ci aurait été consacrée par le législateur en 1966²¹⁰⁷ (tandis qu'elle aurait été contenue en germe²¹⁰⁸, mais dénuée de portée, avec la loi de 1925 relative aux S.A.R.L.). Trois éléments illustreraient la consécration de cette théorie en droit français : la désignation de l'organe de représentation par la loi elle-même ; la publicité de l'identité des personnes assumant cette fonction ; la définition textuelle des pouvoirs incombant aux organes de représentation et le caractère impératif de l'étendue de ces pouvoirs²¹⁰⁹. La sémantique employée pour désigner le dirigeant social

²¹⁰⁴ N. FERRIER, thèse préc., n° 65, p. 91.

²¹⁰⁵ N. FERRIER, *ibid.*, n° 74, p. 105.

²¹⁰⁶ V. not A.-C. ROUAUD, art. préc., *passim* ; Ph. DIDIER, « L'évolution de la représentation de la société depuis la loi de 1966 », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CORNAC (dir.), *op. cit.*, n° 7, pp. 73-74, et, du même auteur, « La flexibilité de la gouvernance de la SAS », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *op. cit.*, n° 18, p. 130 ; H. MOUBSIT, thèse préc., p. 15.

²¹⁰⁷ En tout état de cause, la doctrine de la représentation légale de la société s'applique exclusivement à l'ordre externe, soit aux rapports entretenus par la société avec les tiers : Ph. DIDIER, « La flexibilité de la gouvernance de la SAS », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *op. cit.*, n° 18, p. 130.

²¹⁰⁸ Ph. DIDIER, « L'évolution de la représentation de la société depuis la loi de 1966 », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CORNAC (dir.), *op. cit.*, n° 6, p. 73.

²¹⁰⁹ Ph. DIDIER, *ibid.*, n° 2, pp. 71-72, et, du même auteur, « La flexibilité de la gouvernance de la SAS », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *op. cit.*, n° 18, p. 130.

par le législateur français semble consacrer la thèse de la représentation légale. En effet, avec la loi du 15 mai 2001, complétée par les ajustements de la loi du 1^{er} août 2003, le législateur est venu désigner « *le représentant légal* » de chaque société²¹¹⁰.

700. Formellement rejetée par la doctrine germanique à la fin du XIX^{ème} siècle, la théorie de la représentation rallie à sa cause une majeure partie de la doctrine française contemporaine. Cette circonstance explique pourquoi plusieurs auteurs français évoquent l'idée selon laquelle le droit français aurait réceptionné la théorie de la *prokura* – qui relève indubitablement de la théorie générale de la représentation – au travers de la réglementation des pouvoirs des organes de direction²¹¹¹.

701. **La thèse de la réception de la théorie de la *prokura* en droit français.** Quelques années après la thèse de Louis BRAEGGER, qui avait conclu qu'en raison de la conception moniste du contrat de mandat en droit français, la *prokura* allemande ne pouvait être transposée dans cette législation²¹¹², le législateur français aurait néanmoins consacré un de ces *essentialia* – soit un élément qui participe de l'essence même de cette institution – par le biais de la loi du 7 mars 1925 qui introduit en droit interne la société à responsabilité limitée, créée par le législateur outre-Rhin²¹¹³. Dans le cadre de cette nouvelle forme

²¹¹⁰ Cette qualification est en réalité ancienne en droit français. Elle était utilisée par la jurisprudence bien avant la loi de 1966, qui est venue circonscrire de manière impérative l'étendue des pouvoirs des dirigeants dans l'ordre externe. V. par ex. Cass., civ., 15 janv. 1872, S. 1872, 1, p. 9. – Req., 30 juill. 1895, S. 1896, 1, p. 288. – Civ., 30 oct. 1928, D. 1930, 1, p. 9. – Req., 31 mai 1929, S. 1929, 1, p. 289 (cités par J.-F. QUIEVY, thèse préc., p. 240, note 182).

²¹¹¹ V. S. FRANÇOIS, thèse préc., n° 69, p. 53 (« [e]n somme, c'est bien en miroir du système allemand qu'on été façonnés les pouvoirs des dirigeants sociaux sur le modèle de la *Prokura* ») ; P. LE CANNU, « La loi du 24 juillet 1966, porte ouverte sur l'avenir », in *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CORNAC (dir.), *op. cit.*, n° 15, p. 10 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 1, 13^{ème} éd., L.G.D.J. 1989, p. 714 ; G. RIPERT, P. DURAND, et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, vol. 1, 4^{ème} éd., L.G.D.J., 1959, p. 424 ; S. VANUXEM, art. préc., pp. 4-5 (éd. élec.) ; J. CALAIS-AULOY, note sous Cass. ass. plén., 13 déc. 1962, D. 1963, p. 277 ; « La Convention de Genève sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises [compte-rendu] », in RIDC, vol. 35, n° 4, Octobre-décembre 1983, n° 7 et 8. A propos de l'extension de cette théorie aux sociétés civiles (avec le nouvel article 1849, alinéa 3), v. B. SAINTOURENS, *Rép. civ., Dalloz*, v° « Société civile », mars 2012 (actu. : juin 2021), n° 5 et 69. Sur la théorie générale de la *prokura* au sein de la littérature allemande du XIX^{ème} et début XX^{ème} siècle, v. les références citées par L. CREMIEUX, « De la gérance d'une entreprise commerciale », in M. E. THALER, *op. cit.*, p. 467, note 74.

²¹¹² Cf. *supra*, n° 31.

²¹¹³ La *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (G.m.b.H.), créée par la loi du 29 avril 1892. Pour des commentaires accompagnant l'introduction de cette forme sociale, et sa réception par les autres législations européennes, v. F. DE SOLA CANIZARES, « La société à responsabilité limitée en droit comparé », RIDC vol. 2, n° 1, janvier-mars 1950, pp. 50 et s., ainsi que la littérature citée. À noter que la S.A.R.L. polonaise (*Spółka z*

sociale, le législateur a retranscrit, sous l'impulsion, notamment, des juristes et praticiens alsaciens²¹¹⁴ – habitués à la G.m.b.H. allemande –, le principe de la définition légale des pouvoirs du gérant ainsi que la distinction, devenue traditionnelle en droit allemand, entre les rapports internes et les rapports externes²¹¹⁵. Ce sont ces principes formulés en 1925 qui sont présentés en doctrine comme étant une transposition de la théorie de la prokura en droit interne²¹¹⁶. Pour cause, la prokura est un pouvoir de représentation dont l'étendue est définie par le législateur et dont les contours ne sont pas modulables dans les rapports avec les tiers.

L'extension de ce dispositif – communément qualifié de « système de la représentation légale » – aux organes « de représentation » de l'ensemble des sociétés commerciales en 1966, ainsi qu'aux sociétés civiles en 1978²¹¹⁷, est, dans la même lignée, analysée comme une généralisation de la théorie de la prokura à l'ensemble des sociétés²¹¹⁸ au cours de la deuxième partie du XX^{ème} siècle.

ograniczoną odpowiedzialnością, ou Sp. z o.o.), instituée par un décret du 8 février 1919, devance de quelques années son homologue française.

²¹¹⁴ La chambre de commerce de Strasbourg, dans un avis relatif aux pouvoirs des gérants de S.A.R.L., s'était prononcée en faveur d'un système de définition légale et impératif : « *Il nous semble indispensable, dans l'intérêt de la sécurité des transactions commerciales, de prévoir une disposition suivant laquelle toute limitation contractuelle des pouvoirs du directeur gérant est sans effet à l'égard des tiers. Ceux-ci doivent, en effet, être assurés que la société ne pourra jamais renier les engagements pris en son nom par son représentant. Il est bien entendu que ces dispositions n'atténueraient en aucune manière la responsabilité du directeur gérant vis-à-vis de la société* » : Publié par M. BOURCART au Journal des sociétés, 1921, p. 387).

²¹¹⁵ Ph. DIDIER, « L'avenir des pouvoirs du président de la S.A.S. après la loi N.R.E », art. préc., n° 5 ; A.- C. ROUAUD, art. préc., n° 24.

²¹¹⁶ Dans ce sens, Ph. DIDIER, « L'évolution de la représentation de la société depuis la loi de 1966 », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CORNAC (dir.), *op. cit.*, n° 6, p. 73, qui écrit qu'à « *cette occasion* [de la loi de 1925] *le législateur français a introduit un dispositif dérivant directement de la prokura d'origine allemande* », et, du même auteur, « L'avenir des pouvoirs du président de la S.A.S. après la loi N.R.E », art. préc., n° 5 ; A.- C. ROUAUD, art. préc., n° 9 et la littérature citée, note 33 : J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, *Droit commercial*, t. I, vol. 2, Dalloz, 2^{ème} éd., 1980, n° 465, p. 138 ; Cl. CHAMPAUD, « Cautionnement donné par l'ex-gérant d'une SARL transformée en SA. Erreur du bénéficiaire sur la forme sociale. Conséquences », R.T.D. Com. 1990, p. 47 ; B. LECOURT, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Droit des sociétés de l'Union européenne », mars 2014 (actu. : déc. 2019), n° 137.

²¹¹⁷ V. l'art. 1849, al. 3, du Code civil, créé par la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du code civil, consacrant l'inopposabilité aux tiers des clauses limitant les pouvoirs légaux des gérants. Cette extension s'est opérée dans le cadre d'un processus d'alignement de la réglementation des sociétés civiles et commerciales. Pour une présentation d'ensemble de ce mouvement, v. R. DORAT DES MONTS, « L'unification des sociétés civiles et commerciales : vers un droit commun ? », R.T.D. com. 1982, p. 505.

²¹¹⁸ Dans ce sens, à propos de la loi de 1966, v. Cl. CHAMPAUD, « Cautionnement donné par l'ex-gérant d'une SARL transformée en SA. Erreur du bénéficiaire sur la forme sociale. Conséquences », art. préc., p. 47, écrit ainsi que « *le principe de la "prokura" veut qu'au regard des tiers contractants avec la société, celle-ci ne puisse (...) se dégager en invoquant que ses (...) gérants, PD.-G. ou directeur généraux, conseil d'administration auraient dépassé les pouvoirs dont ils étaient investis avec des restrictions résultant tant des clauses contractuelles que*

702. Le dispositif légal évoqué rompt en effet avec la conception contractuelle et moniste des pouvoirs des organes de direction retenue traditionnellement par le droit français²¹¹⁹. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle ce dernier est communément qualifié de « système de la représentation légale ».

Toutefois, nous avons déjà pu établir que la technique de la représentation était inapte à saisir le processus d'élaboration de la volonté organique, dans la mesure où cette technique intéresse exclusivement les rapports externes et ne correspond, en tant que telle, qu'à un pouvoir d'exécution (et non de direction). Elle n'appréhende pas ni ne permet d'expliquer, concrètement, la mécanique décisionnelle interne à la personne morale.

Le dispositif adopté en 1966 – que l'étude propose de qualifier de système de la représentation organique – trouve d'ailleurs ses véritables origines dans la réglementation intéressant les pouvoirs des *dirigeants* de S.A.R.L. allemandes (**Sous-section 1**), qui présente des divergences fondamentales avec le régime de la prokura.

La théorie de la prokura n'intéresse pas, par définition, la structure organique du groupement. L'essence de cette théorie réside au contraire dans l'idée que le pouvoir général d'action dans la sphère externe puisse être conféré et exercé en dehors de tout mandat social, idée à laquelle le droit français demeure, en vérité, formellement hermétique (**Sous-section 2**).

À la différence du droit français, les droits allemand et polonais ont la particularité de connaître des constructions juridiques dans lesquelles un dirigeant social et un fondé de pouvoir (donc un substitut) sont appelés à agir conjointement afin d'engager la société. La nature et le régime applicable à ce mode d'action de la personne morale dans la sphère externe doit alors être précisé (**Sous-section 3**).

statutaires ». Du même auteur, v. « Le droit français des sociétés à l'aube du XXI^e siècle », *Rev. soc.* 2000, p. 77, n° 5. Dans ce sens égal., P. Le CANNU, « La loi du 24 juillet 1966, porte ouverte du l'avenir », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CORNAC (dir.), *op. cit.*, n° 15, p. 10 ; J. BEGUIN, « L'évolution de l'environnement international et communautaire de la loi du 24 juillet 1966 », *Rev. soc.* 1996, p. 513, p. 9 (éd. Elec.) ; obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET sous Cass. Ass. Plén., 18 nov. 1994 et Com. 18 oct. 1994, R.T.D. Com. 1995, p. 127 ; B. LECOURT, *Rép. Soc., Dalloz*, v° « Droit des sociétés de l'Union européenne », *op. cit.*, n° 137, et, à propos de la loi de 1978 : B. SAINTOURENS, *Rép. Civ., Dalloz*, v° « Société civile », *op. cit.*, n° 5 et 69 ; Ph. DIDIER, « L'évolution de la représentation de la société depuis la loi de 1966 », in I. URBAIN-PARLEANI et P.- H. CORNAC (dir.), *op. cit.*, n° 8, p. 74.

²¹¹⁹ Cf. *supra*, n° 197 et s.

Sous-section 1 / Les véritables origines du système de la « représentation organique »

703. Lorsque le législateur français introduit la S.A.R.L. en droit interne, il ne transpose pas les dispositions relatives à la représentation commerciale volontaire contenues dans le Code de commerce allemand (en particulier le régime de la *prokura*), mais des dispositions encadrant les modalités d'action de l'organe directorial de cette forme sociale, issues de la G.m.b.H.-Gesetz (la loi allemande de 1892 relative aux S.A.R.L.), qui constituent un mécanisme à part entière dans l'esprit du droit allemand.

En effet, les textes allemands ne consacrent pas la même catégorie de prérogatives au profit de chacun de ces acteurs sociaux (organe et fondé de pouvoir).

704. **Contenu des pouvoirs de l'organe directorial et du *Prokurist*.** L'organe de direction de la G.m.b.H. allemande est chargé, d'après la loi allemande de 1892, de la *gestion* des affaires sociales et de sa *représentation* (v. les §§ 35 – 52 G.m.b.H.-Gesetz). Le fondé de pouvoir n'est quant à lui investit que de prérogatives « externes » : conformément au § 41 de l'A.D.H.G.B., le fondé de pouvoir est « *celui qui est chargé par le propriétaire ou le chef d'une maison de commerce de **le représenter** dans son commerce, d'agir en son nom et pour son compte, et de signer la raison sociale **par procuration*** » (§ 41)²¹²⁰.

705. À la différence de la réglementation des pouvoirs du gérant de G.m.b.H., le législateur passe sous silence, dans la loi de 1925, la notion de gestion ou de conduite des affaires sociales. Plus exactement, il *fond* cet aspect de la gouvernance sociale dans l'habilitation qu'a le gérant d'« *agir **au nom** de la société, en toutes circonstances* » (article 24 de la loi de 1925).

706. La formulation choisie par le législateur français se comprend aisément lorsque l'on sait qu'à l'aube du XX^{ème} siècle, la technique de la représentation s'était fondue dans le mandat : en effet, la systématisation opérée entre le *mandat* et le *pouvoir* a fait corrélativement disparaître le diptyque *mission / gestion* qui lui est sous-jacent. Contrairement à ce qui est généralement sous-tendu, la notion de gestion n'est absolument pas équipollente avec l'exercice d'une activité matérielle. Cette notion couvre simplement

²¹²⁰ Traduction de V. FOUCHER et L.- C.- J. TOLHAUSEN, *op. cit.*, p. 13.

tout ce qui, dans le cadre d'une activité juridique, est ou bien à proprement parler « a-juridique » (actes purement matériels) ou bien constitue le versant interne (volitif, décisionnel) de l'acte juridique²¹²¹. Concrètement, le pouvoir (de représentation) « permet », « est au service » d'un acte de gestion.

De la même manière qu'en droit commun la représentation, simple *accessoire* du mandat²¹²², a conduit, du fait de son enchevêtrement dans le mandat, à l'ellipse du principal (la mission sous-jacente, objet du mandat proprement dit), ainsi qu'à une convergence de ces deux concepts, par métonymie, les pouvoirs externes des dirigeants, pourtant simples pouvoirs d'exécution²¹²³, sont apparus en France comme formant la substance ou l'essence de la gouvernance sociale. Il en résulte que la formule selon laquelle l'organe directorial dispose des « *pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société* » s'est trouvée employée pour définir, de manière générique, l'ensemble des pouvoirs des dirigeants de toutes les formes sociales²¹²⁴.

De la même façon, lorsque le législateur français a introduit en droit des sociétés la figure des représentants statutaires – appelées à exercer un pouvoir général d'action dans la sphère externe – il a choisi de les qualifier de « **directeur** » (ou « directeur général délégué »), alors que, d'une part, étymologiquement, le directeur est la « personne qui *dirige* » et que, d'autre part, ce sigle n'a véritablement de sens que dans l'ordre interne. Par comparaison, la notion de « Prokurist » (figure qui remplit, dans le modèle germanique, une fonction analogue aux représentants statutaires en droit français²¹²⁵), issue de la notion de « procuration », renvoie uniquement au pouvoir d'agir au nom d'autrui. Ainsi, le *directeur* général (ou directeur général délégué) de droit français a-t-il pour homologue un fondé de *pouvoir* dans le modèle germanique.

Il est notable que, dans l'avant-projet de SES, la disposition qui entame la section dédiée à la « **direction** » de la société (l'article 3.1.2) énonce que « *La société est (...) représentée à l'égard des tiers par un ou plusieurs directeurs généraux* » (1^{er} paragraphe). Ce n'est qu'à partir du 4^{ème} paragraphe de l'article qu'on trouve des règles intéressant strictement l'exercice du pouvoir de gestion (instructions de l'assemblée générale sur

²¹²¹ Cf. *supra*, n° 350.

²¹²² Ph. DIDIER, « Rapport de synthèse », in D. MAZEAUD, *et al.*, *op. cit.*, pp. 231-232.

²¹²³ Cf. *supra*, n° 347 et s.

²¹²⁴ Sur la répartition du pouvoir de gestion et de représentation dans les sociétés qui intéressent notre étude, v. *supra*, n° 281 et s.

²¹²⁵ Cf. *supra*, spéc. n° 342 et s.

l'exercice de ce pouvoir²¹²⁶, compte-rendu et approbation des actes de gestion, respectivement au 4^{ème}, 5^{ème} et 6^{ème} paragraphes).

La confusion entre le pouvoir de gestion (ordre interne) et le pouvoir d'exécution (ordre externe) est d'autant plus facilitée que, comme on l'a vu, celui qui détient (à quelque titre que ce soit) un pouvoir d'action dans la sphère externe à l'étendue impérativement définie par les textes peut, en *fait*, exercer un pouvoir décisionnel (donc de gestion) corrélatif²¹²⁷.

707. S'il est indéniable que le pouvoir de gestion et le pouvoir de représentation entretiennent des liens intimes (en particulier, c'est leur réunion entre les mains d'un agent qui permet de caractériser l'exercice, par ce dernier, d'une fonction de gouvernance²¹²⁸), il n'en demeure pas moins qu'ils ont chacun un objet propre, et qu'ils sont juridiquement autonomes (comme en témoignent, en droit français, la figure du président de SA dualiste et de SAS²¹²⁹, ainsi que le mécanisme de délégation statutaire²¹³⁰).

708. Le contenu (l'étendue) des pouvoirs des mandataires sociaux est en réalité le reflet de l'étendue de l'incapacité d'exercice de la personne morale²¹³¹ qui, par « *la nature des*

²¹²⁶ On remarquera que les instructions de l'assemblée générale ne peuvent, par définition, viser que les conditions d'exercice du pouvoir de gestion (et de décision) puisqu'ils n'ont aucune main sur le contenu du pouvoir de représentation.

²¹²⁷ Cf. *supra*, n° 353.

²¹²⁸ Cf. *supra*, n° 275.

²¹²⁹ Cf. *supra*, n° 281 et s.

²¹³⁰ Cf. *supra*, n° x.

²¹³¹ C'est le sens que le législateur a prêté à la formule selon laquelle l'organe de direction est « *investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société* » : v., au sein du Code de commerce, les articles L. 223-18, al. 5 (SARL), L. 225-56, I, al. 1 (SA moniste), L. 227-6, al. 1 (SAS).

choses »²¹³² (l'incapacité de l'être moral est *naturelle* et non *juridique*²¹³³), est générale²¹³⁴, et ce aussi bien dans l'ordre interne qu'à l'égard des tiers. L'organe de direction, chargé de mettre en œuvre la capacité de jouissance de la société, ne saurait « *détenir moins de pouvoirs que la personne morale n'a de droits ou de capacité de jouissance* »²¹³⁵. Il bénéficie ainsi de pouvoirs plus étendus que tout représentant, quel qu'il soit – conventionnel ou légal –, grâce à l'énoncé abstrait (« *en toute circonstance* ») et générique (par « *pouvoirs les plus étendus* », le législateur vise l'ensemble des prérogatives directoriales, indifféremment à leur nature) de son habilitation²¹³⁶.

709. Organisation légale impérative et organisation conventionnelle facultative de la société. La théorie de la *prokura* concerne par définition les modalités d'organisation *facultative, volontaire* (conventionnelle)²¹³⁷ et extra-organique de la société, tandis que les organes, inhérents à l'existence du groupement, participent de l'organisation impérativement décidée par le législateur. Dit autrement, à la différence des techniques de représentation conventionnelle, instituées par un acte de volonté, l'organe « *découle (...) de la constitution même de la personne morale* »²¹³⁸ ; il « *appartient à la structure organisationnelle de la personne morale, avec laquelle il est lié de façon immanente* »²¹³⁹.

²¹³² G. MARTIN, thèse préc., n° 73.

²¹³³ Ainsi que l'avait relevé CARBONNIER. Cette caractéristique distingue la personne morale d'un représenté incapable (en considération de la théorie légale de la représentation). En effet, à la différence de l'incapable qui conserve « *une volonté propre, qui pour être affaiblie, n'en est pas moins réelle* », et qui se voit interdire l'accomplissement d'actes qu'il pourrait être *matériellement* en mesure d'effectuer (l'acte passé dans ces conditions s'expose, selon les cas, à être annulé ou rescindé pour lésion), la personne morale, en tant qu'être « *dépourvu de corps et d'esprit* », est un être privé *ab initio* d'une capacité d'exercice intégrale (G. MARTIN, *ibid.*, n° 64). L'incapacité de la personne morale se « *maintient [en outre] aussi longtemps que son sujet* » (J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 148, p. 242), là où l'incapacité d'exercice de la personne physique présente un caractère temporaire, car, bien que dans les faits l'incapacité puisse perdurer jusqu'à la mort de l'incapable, le juge a toujours le pouvoir de mettre fin à la représentation de l'incapable ou de l'aménager en cas d'amélioration de son état (*ibid.*). Enfin, l'incapacité d'exercice de la personne morale revêt par essence un caractère général, tandis qu'en présence de personnes physiques, son étendue sera modelée par le juge en fonction de l'altération mentale ou physique de l'incapable (*ibid.*, pp. 242-243).

²¹³⁴ J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 148, pp. 242-243.

²¹³⁵ J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 200, p. 321.

²¹³⁶ V., au sein du Code de commerce, les articles L. 223-18, al. 5 (SARL), L. 225-56, I, al. 1^{er} (SA moniste), L. 227-6, al. 1^{er} (SAS).

²¹³⁷ Cf. *supra*, n° **Erreur ! Source du renvoi introuvable.** et s.

²¹³⁸ L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, L.G.D.J., 2^{ème} éd. par L. TROTABAS, 1924, n° 60, p. 128 (résumant la thèse formulée par LABAND). V. égal. C. GIVERDON, thèse préc., p. 94.

²¹³⁹ P. WIDERSKI, *Pelnomocnictwo w prawie polskim*, *op. cit.*, I, pt. 2.3.

Cet attribut caractéristique à l'ensemble des organes sociaux exclut, par hypothèse, la figure des représentants statutaires connue du droit français (avec les directeurs généraux et directeurs généraux délégués) de la qualification d'organe. Leur institution est en effet purement facultative : elle procède d'un acte de volonté des organes compétents²¹⁴⁰ et le champ de la délégation statutaire ne couvre de toute façon, comme on a pu le voir²¹⁴¹, que la sphère sociale externe.

710. À l'aune de ces observations, il devient possible de se prononcer sur la nature exacte du « bagage germanique » réceptionné en droit français par la loi de 1966 (et en germe avec la loi de 1925).

711. **La réelle portée de la loi de 1966 : la réception de la théorie dualiste en droit des sociétés français.** Avec la loi de 1966, ce n'est pas en vérité la théorie de la prokura que le droit français réceptionne, mais la construction (théorie) dualiste sur laquelle son régime s'appuie²¹⁴². En soumettant à un régime différent l'étendue des pouvoirs des mandataires sociaux vis-à-vis de la société d'une part (loi des parties) et vis-à-vis des tiers d'autre part (ordre public sociétaire), le législateur français a formellement acté la césure entre les deux sphères sociales interne et externe – et donc les rapports de droit (interne et externe) corrélatifs.

Les deux principes présentés en doctrine française comme étant « issus de la théorie de la prokura » – soit ceux de la définition légale et impérative des pouvoirs externes des organes de représentation – étaient déjà contenues, comme on l'a vu²¹⁴³, dans le Code de commerce pangermanique de 1861, en ce qui concerne la direction des sociétés par actions (article 231, alinéas 1 et 2 A.D.H.G.B). Ils ont par la suite été repris dans les dispositions de la G.m.b.H.-Gesetz de 1892²¹⁴⁴, qui a inspiré le législateur français lors de l'introduction de la S.A.R.L. en droit interne.

²¹⁴⁰ Cf. *infra*, n° 723.

²¹⁴¹ Cf. *supra*, n° 342 et s.

²¹⁴² Un autre exemple de cette réception se retrouve en droit processuel avec le mandat *ad litem* de l'article 417 du Code de procédure civile (S. VANUXEM, art. préc., p. 677). En effet, ce texte « règle uniquement la question du pouvoir externe du représentant. Il est totalement muet sur les relations internes » : J. HERON, *Droit judiciaire privé*, 3^{ème} éd. par T. le Bars, Montchrestien, 2006, § 139. Cf. aussi R. PERROT, R.T.D. civ. 1980, p. 815.

²¹⁴³ Cf. *supra*, n° 206.

²¹⁴⁴ Le § 37 G.m.b.H.G consacre, d'une part, la distinction de la délimitation de l'étendue des pouvoirs des gérants de S.A.R.L. allemande dans l'ordre interne et dans l'ordre externe et, d'autre part, la définition légale et impérative desdits pouvoirs dans l'ordre externe (« [l]es gérants sont tenus, vis-à-vis de la société, de respecter les limitations imposées à l'étendue de leur pouvoir de représentation de la société par l'acte constitutif ou, et en

Les principes de la définition légale et impérative du rapport externe, ainsi que de sa soumission à des formalités de publicité, ne sont pas, à proprement parler, des « attributs » (inhérents à l'organe), mais ils ne sont jamais qu'un *moyen* d'assurer pleinement la sécurité des tiers, impératif qui, en droit commercial et à partir de la loi de 1966 en France, s'est substitué à celui de protéger la volonté souveraine des associés. Puisque le régime de l'habilitation des organes de représentation a été façonné à partir de cette loi pour satisfaire cet impératif, il est naturel que celui-ci se soit trouvé (et se trouve) étendu aux figures ayant vocation à jouer le rôle d'*alter ego* de l'entrepreneur dans les rapports externes. Ainsi des représentants statutaires en droit français, suivant en cela, un siècle avant eux, les fondés de pouvoirs.

712. Au demeurant, la théorie de la prokura ne permet pas d'expliquer pourquoi l'ensemble des actes du dirigeant (sans égard, là aussi, à leur nature juridique ou matérielle) sont imputés à la personne morale, et ce sans intermédiation aucune. Pour cause, la représentation présente une structure qu'on ne retrouve pas dans l'action du dirigeant social²¹⁴⁵. Comme on le verra, le dirigeant social, en sa qualité d'organe, *personnifie* la société et agit *pour* elle, et non en *son nom*, comme le fait le simple représentant (et cela indépendamment de la source conventionnelle ou légale de son pouvoir de représentation)²¹⁴⁶.

713. À l'aune de ces considérations historiques, on a pu voir que la loi de 1966 signe la réception formelle, en droit français, non pas de la théorie de la prokura, mais du régime applicable à la gouvernance sociale façonnée par le législateur allemand dès l'A.D.H.G.B. en 1861. L'objet de la prokura – soit l'exercice du pouvoir général de représentation dans les rapports avec les tiers – explique simplement que son régime présente certaines similitudes avec cette réglementation, à savoir la délimitation légale et impérative des pouvoirs externes, au nom des impératifs de sécurité juridique et de rapidité des transactions.

l'absence de stipulation statutaire contraire, par les résolutions des actionnaires » (1^{er} alinéa) ; « [1] *la limitation du pouvoir des gérants de représenter la société est sans effet à l'égard des tiers* » (second alinéa) (traduction libre)).

²¹⁴⁵ Cf. *infra*, n° **Erreur ! Source du renvoi introuvable.** et spéc. n° **Erreur ! Source du renvoi introuvable.**

²¹⁴⁶ Cf. *infra*, n° 739 et s., spéc. n° **Erreur ! Source du renvoi introuvable.** et s.

En vérité, le droit français est demeuré hermétique à la théorie de la prokura, qui véhicule l'idée que le pouvoir général d'action dans la sphère externe puisse être confié en dehors de tout mandat social.

Sous-section 2 / L'hermétisme du droit français à la théorie de la prokura

714. En droits allemand et polonais, le chef d'entreprise peut avoir comme « alter ego » un simple représentant volontaire (conventionnel) de l'entreprise, en la personne du fondé de pouvoir²¹⁴⁷, puisque les pouvoirs de cet acteur social recourent pratiquement ceux des dirigeants sociaux dans la sphère externe²¹⁴⁸. Il s'agit là du véritable apport de la théorie de la prokura : celle-ci admet que le pouvoir général d'action dans la sphère externe puisse être exercé par des personnes qui n'ont pas été nommées aux fonctions sociales.

Au contraire, il se déduit de l'exigence tenant à la spécialité de la délégation de droit commun (§ 1) que le droit français réserve ce rôle, dans les sociétés par actions, aux représentants statutaires, donc à des mandataires sociaux (§ 2).

²¹⁴⁷ Cf. *supra*, n° 8, et la littérature citée, notes 43 (doctrines polonaise et française) et 44 (doctrine allemande).

²¹⁴⁸ Cf. *supra*, n° 305 et s.

§ 1 – La délégation ordinaire, technique limitée d'aménagement de l'exercice du pouvoir de représentation

715. Du côté germanique, la pratique et la doctrine du XIX^{ème} siècle dénonçaient l'étroitesse de la procuration de droit commun, même générale, ainsi que son manque d'élasticité. Ses contours ne permettaient pas à leur titulaire de conclure spontanément (et donc rapidement, comme l'exige la pratique du commerce) l'ensemble des opérations auxquelles l'entreprise pouvait trouver intérêt, c'est-à-dire, sans avoir à requérir du chef d'entreprise un pouvoir (une procuration) supplémentaire. Or, il est matériellement difficile, pour un chef d'entreprise, de déterminer en amont l'ensemble des transactions avantageuses que le représentant pourrait être amené à conclure et qui exigent un pouvoir spécial en raison de leur gravité²¹⁴⁹.

Ces considérations ont motivé la création de la prokura, procuration spéciale, aux contours pratiquement « illimités » et impératifs.

716. Par comparaison, en droit français, le représentant conventionnel ordinaire (autre que statutaire) ne saurait être doté que d'un pouvoir spécial. C'est en tout cas ce critère de spécialité qui, aux termes de la jurisprudence, relayée par la doctrine, distingue le représentant conventionnel des mandataires sociaux.

717. **Le critère de spécialité et de précision de la délégation relayé en doctrine et en jurisprudence.** D'après la Cour de cassation, la délégation revêt un caractère « *spécial* »²¹⁵⁰ ; en ce sens, elle confère à son bénéficiaire le « *pouvoir d'effectuer des actes déterminés* »²¹⁵¹. Dans son communiqué rendu à propos des fameux arrêts de la chambre mixte du 19 novembre 2010, la Cour précise encore que, par son biais, le représentant légal confie à un tiers « *une partie de [ses] pouvoirs* »²¹⁵². Le premier est au contraire investi du

²¹⁴⁹ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury, op. cit.*, p. 12.

²¹⁵⁰ Cass. 2^{ème} civ., 22 oct. 1997, n° 94-13.225, préc. – Com., 9 mai 1995, n° 93-16.976, préc. La jurisprudence a en outre déjà eu l'occasion de juger que le chef d'entreprise se rend coupable d'une faute de gestion lorsqu'il délègue la plupart de ses pouvoirs tout en s'absentant l'essentiel du temps de l'entreprise : Com., 11 juin 1991, n° 89-20.653 (inédit) : RJDA 10/1991, n° 852. Comp. T. civ. Seine, 9 juill. 1953, préc., jugeant que les pouvoirs donnés au gérant d'une SARL lui sont essentiellement personnels et ne peuvent être délégués dans leur ensemble.

²¹⁵¹ V. en particulier Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095, préc. et n° 10-30.215, préc.

²¹⁵² Communiqué relatif aux arrêts 268 et 269 rendus le 19 novembre 2010 par la Chambre mixte, préc.

« *pouvoir général de représentation de la [société]* »²¹⁵³ ou encore du « *pouvoir général et permanent d'engager la [société]* »²¹⁵⁴. Le critère de spécialité est également relayé en doctrine²¹⁵⁵ et par les institutions emblématiques de la pratique des affaires comme une condition de la délégation ordinaire. Par exemple, le comité juridique de l'Association Nationale Des Sociétés Par Actions (ANSA) a jugé que celle-ci « *ne peut porter que sur les actes attachés à une fonction ou une opération spéciale* »²¹⁵⁶ ; et le comité de préciser que « *[l]e caractère limité de l'objet de [la] délégation doit éviter tout risque de confusion avec le mandat [sic] général de représentation du président du directoire ou du directeur général* »²¹⁵⁷.

718. Il découle de ces considérations qu'à la différence des droits allemand et polonais, en France, un représentant conventionnel ordinaire ne saurait exercer le pouvoir général d'action dans la sphère externe ; autrement dit, il ne saurait bénéficier d'une délégation générale du pouvoir de représentation²¹⁵⁸. Cette conclusion ne se vérifie toutefois qu'en théorie. La condition de spécialité peut en effet se trouver aisément contournée par l'octroi d'une multitude de pouvoirs spéciaux. Il ne fait d'ailleurs nul doute que, dans la pratique, des personnes concentrent dans leurs mains des pouvoirs de représentation extrêmement

²¹⁵³ *ibid.*

²¹⁵⁴ CA Paris, 31 août 2010, n° 08-11236, préc.

²¹⁵⁵ Dans ce sens, v. par ex. M.-Ch. MONSALLIER, thèse préc., n° 197, p. 98 qui écrit, au sujet des SAS, qu'en l'état du droit positif, est prohibée « *la délégation de l'intégralité des pouvoirs du président qui aboutit à substituer une autre personne dans la direction générale de la société* ». D'après l'auteur, les compétences du délégataire « *sont bornées par les limites d'un service ou d'une fonction* » ; A. TADROS, art. préc., n° 5, pour qui la délégation « *doit avoir un objet circonscrit* » ; P. MERLE et A. FAUCHON, *op. cit.*, n° 234, p. 244. D'après la doctrine, l'obligation de précision n'implique pas, toutefois, que les actes objet de la délégation soient nécessairement « *isolés et strictement identifiés* » : B. SAINTOURENS, « *Délégation de pouvoir au sein d'une société par actions simplifiée : retour à l'orthodoxie grâce à la Cour de cassation* », note préc., p. 3 (éd. élec.). Dans ce sens égal., P. HENRIOT, note préc., pp. 3-4 (éd. élec.). En effet, « *[i]l peut s'agir d'actes susceptibles d'une certaine fréquence et portant sur un champ étendu du pouvoir* » : B. SAINTOURENS, *ibid.* V. égal. A. TADROS, *ibid.*

²¹⁵⁶ Comité juridique de l'ANSA, Séance du 9 décembre 2009.

²¹⁵⁷ Comité juridique de l'ANSA, *ibid.*

²¹⁵⁸ V. en doctrine not. : M. GERMAIN, « *La société par actions simplifiée* », J.C.P. 1994. I. 3749, n° 19 (à propos de la délégation du pouvoir de représentation dans la SAS) ; P. MERLE et A. FAUCHON, *op. cit.*, n° 234, p. 244 ; D. GIBIRILA, *Rép. soc., Dalloz*, v° « *Délégation de pouvoirs* », *op. cit.*, n° 81 et 83 ; L. NURIT-PONTIER, « *Délégation de pouvoirs* », *op. cit.*, n° 110 ; Question écrite n° 12583 de M. ROLAND du LUART, *op. cit.*, p. 657 ; Rép. min. Justice à M. LEBAS, *op. cit.*, p. 6095 ; P. HENRIOT, note préc., p. 5 (éd. élec.), selon qui, à défaut de revêtir un caractère spécial, la délégation « *empiéterait (...) sur le pouvoir général de représentation qui reste la prérogative du représentant légal de la société* » ; J.-M. MOULIN et S. COLLIOT, art. préc., p. 745 ; F. MARMOZ, thèse préc., n° 676, pour qui la délégation totale des pouvoirs s'apparente à une cession du pouvoir délégué par l'organe déléguant.

étendus, en dehors de tout mandat social²¹⁵⁹. Il suffit, par exemple, de penser aux personnes occupant dans la hiérarchie interne les fonctions de « directeur administratif et financier », poste qui peut s'accompagner, dans certaines entreprises, du pouvoir d'agir au nom de la société pour tout ce qui a trait à la gestion de son capital humain (embauche, licenciement du personnel, etc.) et financier (comptabilité, fiscalité, politique commerciale, etc.).

Ces considérations ont d'ailleurs amené un auteur à conclure qu'en présence de « *déléataires (...) [réunissant dans leurs mains] l'ensemble des pouvoirs qui, en pratique, couvrent tous les domaines de la représentation de la société à l'égard des tiers (...), il ne reste rien d'un pouvoir général de représentation de la société dont le contenu se révèle (...), sinon purement abstrait, du moins totalement vidé de sa substance par la pratique de quelques larges délégations de pouvoirs (...)* »²¹⁶⁰. Toujours selon l'auteur, « *la séparation entre pouvoir général de représentation et délégation de pouvoirs fonctionnelle [sic] [est] (...) poreuse et chimérique* »²¹⁶¹.

719. Sans conteste, l'existence en pratique de ces délégations générales « déguisées » semble indiquer que le dispositif légal français, qui se propose de cantonner le rôle d'*alter ego* du chef d'entreprise aux représentants statutaires, ne répond pas pleinement aux besoins de la pratique. Bien que minoritaires, plusieurs auteurs se prononcent d'ailleurs en faveur de l'admission de principe de la délégation générale du pouvoir de représentation²¹⁶² en dehors du cadre statutaire, sans toutefois en proposer les contours. Sur ce point, le contenu de la *prokura*²¹⁶³ et de ses possibles aménagements²¹⁶⁴ pourraient précisément servir d'exemple.

L'admission ou l'introduction formelle d'un tel mécanisme en droit français devrait toutefois, à notre sens, corrélativement s'accompagner d'une identification claire et précise

²¹⁵⁹ V. par ex. Cass. crim., 19 sept. 2007, n° 06-85.899 (déléataire investi d'une « *délégation générale de la société en matière technique et commerciale* »). – Crim., 22 nov. 2005, n° 05-82.082 (délégation portant sur « *toute la partie exploitation de l'activité de la société, dans le respect de la réglementation* »).

²¹⁶⁰ P. HENRIOT, note préc., p. 4 (éd. élec.).

²¹⁶¹ P. HENRIOT, *ibid.* p. 5 (éd. élec.).

²¹⁶² V. H. Le NABASQUE, thèse préc., n° 236, qui conçoit que soit confié « *à d'autres [que le chef d'entreprise], voire à l'ensemble des membres de l'entreprise, le soin d'exécuter les actes tant juridiques que matériels qui correspondent à l'exercice de la prérogative [directoriale]* » ; N. FERRIER, thèse préc., n° 107, p. 141, pour qui « *l'organe doté de la qualité de chef d'entreprise peut confier l'ensemble des tâches afférentes au fonctionnement de l'entreprise à des tiers sur lesquels il exerce son autorité* » ; T. DALMASSO et A. BOURCEREAU, note préc., n° 12.

²¹⁶³ Cf. *supra*, n° 306 et s.

²¹⁶⁴ V. *supra*, n° 614 (limitations de la *prokura* opposables aux tiers) et 327 et s. (extension de l'habilitation du fondé de pouvoir).

du champ des fonctions dites « réservées » (soit celles qui seraient « inhérentes » au mandat social)²¹⁶⁵. On a en effet pu observer, grâce à l'exemple du fondé de pouvoir, la distorsion qui peut exister entre le *pouvoir* et la *fonction*²¹⁶⁶ : ainsi, le *Prokurist* a-t-il très certainement le *pouvoir* de déclarer la cessation de paiement de l'entreprise (au vu de son habilitation générale et abstraite). Dans le silence des textes, la question se pose toutefois de savoir si l'exercice de cette prérogative – donc veiller au respect de cette obligation – rentre également dans ses fonctions (s'agit-il d'une charge qui lui incombe en sa qualité de fondé de pouvoir ?). Dans l'affirmative, la responsabilité du fondé de pouvoir pourra être engagée en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution. Dans la négative, l'on ne saurait reprocher à ce dernier le défaut de déclaration, car quand bien même il en aurait le *pouvoir*, on considère que la bonne exécution de l'obligation en cause relève de la responsabilité exclusive (en écho à « fonction » « réservée ») du chef d'entreprise.

La question de l'intérêt qu'il y aurait à introduire un pouvoir de représentation au régime comparable à celui de la *prokura* peut en vérité légitimement se poser, au regard de la flexibilité limitée de la technique de la déconcentration (délégation) statutaire, qui seule permet, *de lege lata*, une attribution formelle du pouvoir général d'action dans la sphère externe.

§ 2 – Le rôle d'*alter ego* du chef d'entreprise assumé par les représentants statutaires en droit français

720. Les représentants statutaires disposent à l'égard des tiers de pouvoirs identiques à ceux dont sont investis les « représentants » légaux²¹⁶⁷. C'est donc à ces acteurs sociaux que le législateur français a dévolu le rôle « d'*alter ego* » du chef d'entreprise²¹⁶⁸, tandis que le même rôle est rempli par le fondé de pouvoir en droits allemand et polonais.

Comparée à la *prokura*, la déconcentration statutaire en droit français présente une flexibilité limitée, du fait de son encadrement rigoureux dans les textes.

²¹⁶⁵ Sur le contenu de ces fonctions, v. *infra*, n° **Erreur ! Source du renvoi introuvable.** et s.

²¹⁶⁶ Cf. *supra*, n° 325.

²¹⁶⁷ V., pour les directeurs généraux de SA dualistes, l'art. L. 225-66, al. 2 et 3, C. com ; pour les directeurs généraux délégués de SA monistes, l'art. L. 225-56, II, al. 2, C. com ; pour les directeurs généraux et directeurs généraux délégués de SAS, l'art. L. 227-6, al. 3 et 4, C. com.

²¹⁶⁸ Il convient toutefois de souligner que dans la SAS, la liberté statutaire permet en vérité que « *le ou les dirigeants "statutaires" [soient] définis soit comme des égaux, soit comme des auxiliaires, soit encore comme des organes tutélaires par rapport au président* » : P. Le CANNU, J. HEINICH, J. DEVALEE, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Société par actions simplifiée », *op. cit.*, n° 155.

721. **Exception faite de la SAS, une déconcentration limitée par les textes.** Dans la SA moniste, le législateur français prévoit que « *les statuts fixent le nombre maximum des directeurs généraux délégués, qui ne peuvent dépasser cinq* » (article L. 225-53, alinéa 2, du Code de commerce). Il est intéressant de relever qu'avant la « loi NRE » du 15 mai 2001, le législateur fixait différents seuils de directeurs généraux (devenus directeurs généraux délégués postérieurement à cette loi) en fonction de la taille de la société²¹⁶⁹. Dans la société anonyme dualiste, la limitation du nombre de directeurs généraux est indirecte : elle dépend du nombre de personnes composant le directoire, puisque seuls ses membres peuvent être nommés directeur général, aux côtés du président du directoire. La composition du directoire ne peut dépasser cinq personnes (article L. 225-58, 1^{ère} phrase, du Code de commerce)²¹⁷⁰ et il est possible d'étendre le pouvoir d'action dans la sphère externe à l'ensemble des membres du directoire²¹⁷¹. Dans la SA nouvelle, il ne peut donc y avoir, au maximum, que quatre directeurs généraux. Paradoxalement²¹⁷², seule la SAS échappe à une limitation légale équivalente à la déconcentration organique, puisque les textes ne limitent pas le nombre de représentants statutaires dans cette forme sociale²¹⁷³.

Dans l'ensemble des législations étudiées, et dans le silence des textes, le nombre de représentants conventionnels ordinaires qu'une société peut instituer ne fait quant à lui l'objet d'aucune limitation. Pareille solution s'applique également aux représentants dotés de la qualité de fondé de pouvoir en droits allemand et polonais : leur nombre n'est pas limité par les textes.

722. **Des pouvoirs externes calqués sur ceux détenus par le chef d'entreprise.** Les représentants statutaires disposent à l'égard des tiers de pouvoirs identiques à ceux dont

²¹⁶⁹ V. l'article L. 225-53, 2^{ème} phrase, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2001-420 du 15 mai 2000 : « *Deux directeurs généraux peuvent être nommés dans les sociétés dont le capital est au moins égal à 500 000 F, et cinq directeurs généraux dans les sociétés dont le capital est au moins égal à 10 000 000 F à condition que trois d'entre eux au moins soient administrateurs* ».

²¹⁷⁰ Dans les sociétés « *dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé* », le directoire peut compter jusqu'à sept membres, si les statuts le permettent : art. L. 225-58, 2^{ème} phrase, C. com.

²¹⁷¹ Rép. min. à QE n° 18155, JOAN Q. 8 mai 1975, p. 2498.

²¹⁷² Lorsque cette forme sociale est entrée dans le paysage juridique français, la jurisprudence a considéré que le président de SAS détenait le monopole du pouvoir de la représenter *cf. supra*, note 1929.

²¹⁷³ L'article L. 227-6, alinéa 3, C. com., prévoit simplement que « [I]es statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué, peuvent exercer les pouvoirs confiés à ce dernier par le présent article ».

est investi l'organe légal de représentation²¹⁷⁴. Le droit français n'admet donc pas de demi-mesure, comparé à la figure du fondé de pouvoir qui, malgré l'étendue quasi-illimitée de son habilitation, est exclu de la passation de certains actes d'une particulière gravité²¹⁷⁵. Toujours en ce qui concerne l'habilitation du fondé de pouvoir, les droits polonais et allemand laissent également place à une certaine flexibilité, puisqu'il est possible, dans ces deux législations, d'investir le *Prokurist* de pouvoirs supplémentaires par l'octroi d'une procuration spéciale en droit polonais²¹⁷⁶, mais également par un élargissement matériel de la *prokura* en droit allemand²¹⁷⁷, mais également de limiter son étendue en instituant une *prokura* conjointe ou divisionnelle²¹⁷⁸. Ainsi, ces deux législations offrent, contrairement au droit français, une certaine marge de souplesse quant à l'étendue des pouvoirs externes des personnes choisies pour remplir le rôle « d'alter ego » du chef d'entreprise.

723. Le pouvoir restreint du chef d'entreprise sur l'institution et la révocation des représentants statutaires. À la différence des représentants conventionnels ordinaires²¹⁷⁹, l'institution comme la révocation des représentants statutaires ne sont pas soumises à l'entière discrétion du chef d'entreprise, et ce dans l'ensemble des formes sociales en cause. En ce qui concerne leur désignation, dans la SA moniste, ces derniers sont nommés par le conseil d'administration, sur proposition du directeur général (article L. 225-53, alinéa 1^{er}, du Code de commerce) et il appartient aux associés de définir, dans les statuts, leur nombre maximum (*ibid.*, alinéa 3). Dans la SA dualiste, c'est le conseil de surveillance qui, au titre d'une habilitation statutaire, peut attribuer à un ou plusieurs membres du directoire le titre de directeur général (article L. 225-66, alinéa 2, du Code de commerce). La révocation des dirigeants statutaires, dans les deux formes de société anonyme, obéit au principe du parallélisme des formes. C'est ce qui résulte explicitement des textes en ce qui concerne la SA moniste, à l'égard de laquelle l'article L. 225-55 du Code de commerce dispose, en son premier alinéa, que c'est le conseil d'administration qui décide de la cessation de leur fonction, sur proposition du directeur général. Dans le silence des textes,

²¹⁷⁴ V., pour les directeurs généraux de SA dualistes, l'art. L. 225-66, al. 2 et 3, C. com ; pour les directeurs généraux délégués de SA monistes, l'art. L. 225-56, II, al. 2, C. com ; pour les directeurs généraux et directeurs généraux délégués de SAS, l'art. L. 227-6, al. 3 et 4, C. com.

²¹⁷⁵ Cf. *supra*, n° 322.

²¹⁷⁶ Cf. *supra*, n° 326.

²¹⁷⁷ Cf. *supra*, n° 327 et s.

²¹⁷⁸ Cf. *supra*, n° **Erreur ! Source du renvoi introuvable.** et s.

²¹⁷⁹ Cf. *supra*, n° 663 et s. (institution), et *infra*, n° 827 (révocation).

c'est également en faveur du parallélisme des formes que se prononce la doctrine en ce qui concerne les directeurs généraux de SA dualistes : c'est donc le conseil de surveillance qui est réputé compétent pour démettre les représentants statutaires de leur fonction représentative²¹⁸⁰. En ce qui concerne la nomination des représentants statutaires au sein des SAS, il ressort de la lecture combinée de l'alinéa 3 de l'article L. 227-6 du Code de commerce²¹⁸¹ et de l'article L. 227-5 du même code²¹⁸², que l'existence des représentants statutaires doit impérativement avoir été prévue dans les statuts. Quant à leur désignation, la doctrine indique que « *les statuts peuvent soit préciser l'identité du DG ou DGD soit déterminer l'organe compétent et les modalités de sa désignation* »²¹⁸³. À l'instar de la solution retenue à l'égard du président de SAS, les associés disposent également d'une liberté complète pour déterminer les conditions de leur révocation dans les statuts²¹⁸⁴.

724. Les droits allemand et polonais connaissent des constructions juridiques permettant à la société d'agir dans la sphère externe sur le fondement d'une action conjointe entre un organe social et un fondé de pouvoir. Cette modalité d'action vis-à-vis des tiers, faisant intervenir deux acteurs au statut juridique distinct – un dirigeant social d'un côté et un représentant volontaire de l'autre –, inconnue du droit français, soulève la question du statut (et donc des pouvoirs) des personnes agissant par ce biais.

²¹⁸⁰ J.-Cl. Notarial Formulaire, v° Sociétés, fasc. n° K-165, n° 101.

²¹⁸¹ D'après le texte, « [I]es statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué, peuvent exercer les pouvoirs confiés à ce dernier par le présent article ».

²¹⁸² L'article prévoit que « [I]es statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée. »

²¹⁸³ P. Le CANNU, J. HEINICH, J. DEVALEE, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Société par actions simplifiée », *op. cit.*, n° 141.

²¹⁸⁴ P. Le CANNU, J. HEINICH, J. DEVALÉE, *ibid.*, n° 144.

Sous-section 3 / La nature et le régime applicable à l'action de la personne morale représentée conjointement par un dirigeant social et un fondé de pouvoir (modèle germanique)

725. Dans le modèle germanique, l'action conjointe entre un fondé de pouvoir et un organe social dans la sphère externe peut prendre deux formes. Il peut d'abord s'agir d'une modalité de la représentation *organique* de la société, construction juridique qualifiée de « représentation mixte » (**Sous-section 1**). Il peut ensuite s'agir d'une modalité de la représentation *volontaire* de la société, construction juridique qualifiée de « prokura conjointe imparfaite » (**Sous-section 2**).

§ 1 – La représentation mixte, une modalité de la représentation organique

726. En droits allemand et polonais, la représentation organique de la société peut résulter de l'action conjointe d'un mandataire social et d'un fondé de pouvoir. Cette modalité d'action de la personne morale dans la sphère externe est qualifiée de *représentation mixte*²¹⁸⁵, voire de *représentation mixte organique*²¹⁸⁶. Elle a pour objet et pour effet de limiter le pouvoir d'action des membres de l'organe directorial dans la sphère externe²¹⁸⁷.

727. **Une construction prohibée en droit français.** En tout état de cause, le droit français prohibe une telle construction : quel que soit le type de forme sociale concerné, il n'est pas possible de limiter conventionnellement les pouvoirs du représentant légal en subordonnant la validité de ses actes au concours d'un représentant conventionnel²¹⁸⁸. En effet, à la différence des droits allemand et polonais, le caractère individuel des pouvoirs externes des organes légaux (et des représentants statutaires) revêt un caractère impératif. Il est par conséquent impossible pour les associés, en droit français, d'imposer une

²¹⁸⁵ « *Reprezentacja mieszana* » (pl.).

²¹⁸⁶ K. TAPEK, « Kilka uwag na temat nowej regulacji prokury », P.P.H. 2017, n° 8, *passim*.

²¹⁸⁷ P. ANTOSZEK, art. préc., p. 27 ; Z. KUNIEWICZ, « Realizacja reprezentacji łącznej », PiP 2007, n° 11, p. 35.

²¹⁸⁸ Une clause statutaire qui subordonnerait, par exemple, l'engagement d'une société anonyme par son directeur général au concours d'un délégataire serait dénuée d'effet : P. MERLE et A. FAUCHON, *op. cit.*, n° 489, p. 576 ; *Bull. CNCC* 1979, n° 36, p. 468.

représentation organique conjointe, c'est-à-dire de subordonner la validité d'un acte passé par un représentant légal ou statutaire à la participation d'une autre personne, peu importe sa qualité (associé, mandataire social, déléataire ou tiers à la société)²¹⁸⁹.

728. Au contraire, cette construction (qui applique le principe des « quatre yeux ») se rencontre très fréquemment en droits allemand et polonais. La législation polonaise a même érigé cette construction en mode d'action de référence dans la sphère externe au sein des sociétés commerciales dotées d'un organe de direction pluripersonnel, car elle s'applique dans le silence des statuts²¹⁹⁰. En droit allemand au contraire, elle doit avoir fait l'objet d'une stipulation statutaire expresse²¹⁹¹.

Dans tous les cas, le choix de la représentation mixte comme mode de représentation organique exclusif ou alternatif n'affecte pas les dispositions sur la prokura ; en particulier, la consécration de la représentation mixte dans les statuts n'a pas pour effet de limiter le champ des pouvoirs dont les fondés de pouvoir disposent en application des textes²¹⁹². Par conséquent, le titulaire d'une prokura individuelle dispose – dans les limites légales de cette procuration – d'une autonomie d'action plus importante que celle des membres de l'organe directorial soumis au régime de la représentation mixte. En ce qui concerne la qualité du fondé de pouvoir agissant dans le cadre d'une représentation mixte, la jurisprudence est venue préciser qu'il peut être aussi bien un représentant individuel que conjoint (c'est-à-dire disposer d'une prokura individuelle ou seulement d'une prokura conjointe)²¹⁹³.

²¹⁸⁹ V. les articles L. 223-18, al. 1 et 5 à 7, C. com. (concernant le pouvoir du ou des gérants de S.A.R.L.), L. 225-56-I, C. com. (concernant le pouvoir du directeur général de SA monistes), L. 225-66, al. 1 et 3, C. com. (concernant le pouvoir du président du directoire de SA dualistes), L. 227-6, al. 1, 2 et 4, C. com. (concernant le pouvoir du président de SAS).

²¹⁹⁰ V. au sein du Code des sociétés commerciales, les art. 373, § 3 (pour les SA) ; 205, § 3 (pour les S.A.R.L.) ; 300⁶⁶, § 3 (pour les PSA à directoire), et 300⁷⁸, § 3 (pour les PSA à conseil d'administration).

²¹⁹¹ En ce qui concerne les SA, le § 78, alinéa 3, AktG prévoit que « *les statuts peuvent également stipuler que les membres du directoire pourront représenter la société individuellement ou conjointement avec un fondé de pouvoir* » (traduction libre). Pour les S.A.R.L., v. le § 35, 2^{ème} alinéa, de la GmbH-Gesetz (« *Si plusieurs gérants sont nommés, ils ne sont tous autorisés à représenter la société qu'en commun, sauf si les statuts en disposent autrement.* »).

²¹⁹² En ce qui concerne les SA (art. 373, § 1, K.S.H.), S.A.R.L. (art. 205, § 1, K.S.H.), PSA à directoire (art. 300⁶⁶, § 1, K.S.H.) et à conseil d'administration (art. 300⁷⁸, § 1, K.S.H.),

²¹⁹³ V. en Pologne : SN., 27 avr. 2001, III CZP 6/01 : OSNC 2001/10, poz. 148 ; J.P. NAWORSKI, MP 2001/22 ; A. GIERAT, OSP 2001/12 ; M. JASIAKIEWICZ, P.P.H. 2002/3 ; P. BIELSKI, P.P.H. 2001/12 ; Z. KUNIEWICZ, OSP 2002/4 ; W. ŁUKOMSKI, MoP n° 15/2002, où la Cour affirme « *qu'en vertu des articles 199 § 3 et 370 § 3 k.h [devenus les articles 205 et 373 K.S.H.], le fondé de pouvoir agissant conjointement avec un mandataire social dans le cadre d'une représentation mixte peut aussi bien être un fondé de pouvoir disposant d'une prokura individuelle que d'une prokura conjointe* » (trad. libre). En doctrine polonaise, v. P. ANTOSZEK, art. préc., p. 28 ;

729. **Etendue et nature juridique de la représentation mixte.** La limitation apportée à l'autonomie d'action de l'organe résultant de l'application du régime de la représentation mixte ne change en rien la nature du rapport de droit établi par l'action conjointe de ce dernier avec un fondé de pouvoir : l'acte est réputé avoir été accompli par un organe social. Juridiquement, tout se passe comme si l'acte avait été effectué par l'organe social seul²¹⁹⁴. En particulier, la mise en œuvre de la représentation mixte n'influe pas sur le statut juridique du fondé de pouvoir : il n'accède pas au statut de membre d'un organe social²¹⁹⁵, mais agit seulement comme tel²¹⁹⁶. Ce dernier demeure un simple fondé de procuration (représentant volontaire). Son concours ne constitue qu'un élément complémentaire à la réalisation de la représentation mixte²¹⁹⁷.

730. Comme l'acte réalisé dans le cadre de la représentation mixte est réputé avoir été accompli par un organe social, c'est par référence aux pouvoirs incombant aux organes sociaux que la question de l'étendue des pouvoirs des personnes agissant par ce biais doit

Z. KUNIEWICZ, « Współdziałanie prokurenta z członkiem zarządu spółki kapitałowej », *Pr. Sp.* 1998, n° 6, pp. 27–28 ; A. GIERAT, « Glosa do uchwały SN., 27.04.2001 r. (III CZP 6/01) », *OSP* 2001/12, poz. 179, p. 625.

²¹⁹⁴ V. par ex., P. ANTOSZEK, art. préc., qui écrit que « le fait qu'on soit en présence de deux entités au statut juridique différent ne doit en aucun cas prêter à confusion et créer un doute sur la question de savoir si c'est l'organe social qui représente la société » (traduction libre). C'est bien un organe social qui agit selon l'auteur, mais simplement avec des pouvoirs qui sont limités en raison du concours (contrôle) imposé d'un fondé de pouvoir. Dans le même sens, K. GRZEGORZ, *op. cit.*, III, pt. 3.11. *Contra*, J. GRYKIEL, *Powstanie prokury, op. cit.*, pp. 215 et s., pour qui la représentation mixte « n'est ni une représentation par un organe (...) ni une représentation par son représentant volontaire (fondé de pouvoir), mais une représentation fondée sur le concours d'au moins deux personnes qui ont chacune une habilitation de source distincte. Il n'est possible de l'appliquer que dans le cas où les textes l'autorisent (...) » (traduction libre).

²¹⁹⁵ P. ANTOSZEK, *ibid.*, p. 27. En effet, le concours du fondé de pouvoir imposé par la consécration de la représentation mixte dans les statuts ne constitue pas une source légale d'accession au statut de mandataire social.

²¹⁹⁶ P. ANTOSZEK, *ibid.*

²¹⁹⁷ P. Antoszek, *ibid.*

être résolue. Cette solution, communément admise en doctrine allemande²¹⁹⁸ et polonaise²¹⁹⁹, a été consacrée par la jurisprudence dans ces deux législations²²⁰⁰.

731. Aux côtés de la représentation mixte, qui correspond à une modalité de la représentation organique, le droit polonais connaît également la construction de la prokura conjointe imparfaite, qui intéresse cette fois la représentation *volontaire* de la société. À l'instar de la représentation mixte, celle-ci subordonne l'engagement de la société à l'action conjointe d'un mandataire social et d'un fondé de pouvoir.

²¹⁹⁸ A. BAUMBACH, *Handelsgesetzbuch*, *op. cit.*, p. 163 ; C. W. CANARIS, *op. cit.*, p. 292 ; F. FLAD, W. GADOW, E. HEINICHEN, *op. cit.*, p. 449 ; S. GOLDMANN, *Das Handelsgesetzbuch*, t. I, *op. cit.*, p. 229 ; K. HOFMANN, *op. cit.*, 7^{ème} éd., p. 48 ; U. HÜBNER: *Handelsrecht*, *op. cit.*, p. 136 ; H. KÖNIGE, A. PINNER, J. STRAUZ, *op. cit.*, pp. 234-235 ; E. NICKEL, in J. ENTSHALER (réd.), *Entshaler Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch*, Neuwied-Kriftel-Berlin, 1999, p. 261 ; W.-H. ROTH, in I. KOLLER, W. MORCK, W.-H. ROTH, *op. cit.*, p. 170 ; K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, *op. cit.*, p. 469 ; J. SONNENSCHNEIN, B. WEITEMEYER, in N. HORN (réd.), *op. cit.*, p. 412. *Contra*, P. KREBS et M. LIEB, in K. SCHMIDT (réd.), *op. cit.*, p. 617 ; T. RAISER, *Recht der Kapitalgesellschaften. Ein Handbuch für Praxis und Wissenschaft*, München, 2001, p. 547 ; M. REINERT, *Unechte Gesamtvertretung und unechte Gesamtprokura im Recht der Aktiengesellschaft, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung*, t. 230, München, 1990, pp. 49 et s. (cités par J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 211, note 3).

²¹⁹⁹ D. BUGAJNA-SPORCZYK, art. préc., p. 14 ; A. GBURZYŃSKA, *Reprezentacja spółek kapitałowych*, Warszawa, 1997, pp. 83-84 ; M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 55 ; R. L. KWAŚNICKI, « Mieszana reprezentacja łączna w praktyce », in *Prawo spółek w orzecznictwie SN (2004-2006) - okiem praktyków*, dodatek do MoP 2006, n° 11, p. 30 ; L. MOSKWA, « Reprezentacja spółek kapitałowych w obrocie cywilnoprawnym », RPEiS 1982, z. 1, p. 112 ; M. PAZDAN, « O rolach, w jakich może występować prokurent przy dokonywaniu czynności prawnych », art. préc., pp. 16-17 ; E. PŁONKA, *Mechanizm łączenia skutków działań prawnych z osobami prawnymi na przykładzie spółek kapitałowych*, *op. cit.*, pp. 79-80 ; P. ANTOSZEK, art. préc., p. 28. *Contra* : J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, pp. 215 et s. ; Z. KUNIEWICZ, « Współdziałanie prokurenta z członkiem zarządu spółki kapitałowej », art. préc., p. 30 ; A. BUCHENFELD, « Prokura łączna nieprawidłowa. Wybrane zagadnienia », *Pal.* 2003, n° 5-6, p. 36 ; P. BIELSKI, « Glosa do uchwały SN z 27.4.2001 r., III CZP 6/01 », P.P.H. 2001, n° 12, p. 45 ; A. HERBET, « Mieszana reprezentacja łączna w spółce kapitałowej a zakres umocowania prokurenta », NPN 2004, n° 2, pp. 54-56 ; M. PRUTIS, « Mieszana reprezentacja łączna w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością », P.P.H. 2003, n° 7, pp. 35-36.

²²⁰⁰ En droit allemand, v. RG., 22 déc. 1931, RGZ 134, p. 303 (résol.). – BGH., 31 mars 1954, BGHZ 13, p. 61. – BGH., 14 févr. 1974, BGHZ 62, p. 166 (résol.). – BGH., 6 nov. 1986, BGHZ 99, p. 76 (résol.). En droit polonais, v. SN., 3 oct. 2003 (résol.), HI CZP 63/03, OSNC 2004, n° 12, poz. 188. – SN., 8 oct. 2004, V CK 76/04, OSNC 2005, n° 10, poz. 175.

§ 2 – La prokura conjointe imparfaite, une modalité de la représentation conventionnelle

732. La construction de la prokura conjointe imparfaite (« *prokura łączna niewłaściwa* » (pl.)²²⁰¹ ; « *Unechten Gesamtprokura* » (all.)²²⁰²), également qualifiée de prokura conjointe mixte (« *prokura łączna mieszana* » (pl.)²²⁰³ ; « *Gemischten Gesamtprokura* » (all.)²²⁰⁴) est une construction issue de la pratique qui existait déjà sous l'empire du Code de commerce pangermanique de 1861²²⁰⁵. Bien que sa légalité soit toujours extrêmement controversée au sein de la doctrine allemande (en l'absence d'assise textuelle)²²⁰⁶, la jurisprudence a reconnu à plusieurs reprises sa validité²²⁰⁷. Quant au droit polonais, le législateur a récemment fait le choix de consacrer dans les textes cette forme de limitation de la prokura, dans le cadre de la réforme du Code civil opérée par la loi du 16 décembre 2016. Le nouvel article 109⁴, § 1¹, K.C. issu de cette loi dispose que « [l]a prokura peut également ou exclusivement habiliter à agir conjointement avec un membre de l'organe de direction ou avec un associé habilité à représenter une société commerciale de personne »²²⁰⁸. Antérieurement à la réforme de 2016, la Cour Suprême polonaise avait d'abord décidé qu'une telle forme de limitation de la prokura était opposable aux tiers (malgré l'absence de fondement textuel)²²⁰⁹, avant de revenir sur sa position dans un arrêt du 30 janvier 2015²²¹⁰.

²²⁰¹ V. par ex. K. TAPEK, art. préc., *passim*.

²²⁰² V. par ex. L. SCHADE, *Handels-und Gesellschaftsrecht*, C.F. Müller GmbH, 2014, p. 58, n° 181.

²²⁰³ V. par ex., B. KOZŁOWSKA-CHYLA, « Reprezentacja łączna mieszana w spółce kapitałowej a problem prokury łącznej mieszanej », P.P.H. 2014, n° 5.

²²⁰⁴ V. par ex. F. HARRER « Grenzen der Zulässigkeit einer "gemischten Gesamtprokura" », RdW 1984, 34.

²²⁰⁵ V. not. : F. BEHREND, *op. cit.*, p. 369 ; F. BIE, *Über die Kollektivprokura*, Leipzig, 1894, pp. 18 et s. ; W. ENDEMANN, *Das Deutsche Handelsrecht*, *op. cit.*, p. 140 ; C. GAREIS, O. FUCHSBERGER, *op. cit.*, p. 143. La légalité de cette construction était controversée en doctrine dès son apparition : v. W. ENDEMANN (réd.), *Handbuch des Deutschen Handels, See-und Wechselrechts*, *op. cit.*, p. 285.

²²⁰⁶ V. not. P. KREBS et M. LIEB, in K. SCHMIDT (réd.), *op. cit.*, p. 614 ; F. HARRER, « Grenzen der Zulässigkeit einer "gemischten Gesamtprokura" », art. préc. Pour une analyse approfondie de la prokura conjointe imparfaite au sein de la doctrine allemande contemporaine, v. la littérature citée par J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, note 712, not. : P. BÜLOW, *op. cit.*, p. 89 ; C. W. CANARIS, *op. cit.*, p. 292 ; K. HOFMANN, *op. cit.*, 7^{ème} éd., p. 156 ; U. HÜBNER, *Handelsrecht*, *op. cit.*, p. 134 ; P. JUNG, *Handelsrecht*, *op. cit.*, p. 166 ; H. OETKER, *op. cit.*, p. 125 ; K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, *op. cit.*, pp. 468-469 ; W. RUSS, in P. GLANEGGER, G. GRAFF, C. KIRNBERGER, *et al.*, *op. cit.*, p. 230.

²²⁰⁷ V. par ex. BGH., 6 nov. 1986, BGHZ 99, 76, 78. – BGH 14 févr. 1974, BGHZ 62, 166, 170. – BayObLG Rpfleger 1970, 92 m.w.N.

²²⁰⁸ Traduction libre.

733. Cette forme de coaction constitue un genre de prokura conjointe qui a la particularité de faire intervenir des acteurs sociaux au statut juridique différent : d'un côté un fondé de pouvoir, et, de l'autre au moins une personne ayant une qualité distincte : un membre de l'organe directorial ou un associé.

La prokura conférée conjointement entre un fondé de pouvoir et un mandataire social fait donc intervenir les mêmes acteurs que la représentation mixte. Il importe alors de distinguer la nature respective de ces deux modes d'action dans la sphère externe ainsi que le régime qui leur est applicable.

734. **Etendue et nature juridique de la prokura conjointe imparfaite.** Ce qui distingue la représentation mixte de la prokura conjointe imparfaite est la nature de l'action de la personne morale réalisée par son biais : il s'agit d'une modalité de la représentation volontaire de la société²²¹¹, à la différence de la représentation mixte, de nature organique²²¹². À l'image de la représentation mixte, la construction de la prokura conjointe imparfaite a soulevé la question de son étendue, dans la mesure où ses participants ne disposent pas des mêmes pouvoirs d'action dans la sphère externe²²¹³. Comme la construction de la prokura conjointe imparfaite relève des règles de la représentation volontaire, le régime qui lui est applicable est celui de la prokura²²¹⁴ ; en particulier, l'étendue de l'habilitation des personnes agissant par ce biais doit être déterminée par référence à l'étendue de la prokura, avec les limitations de pouvoirs qui en découlent²²¹⁵.

²²⁰⁹ SN., 27 avr. 2001, III CZP 6/01, préc. Selon les termes de l'arrêt, « *il est possible de conférer une prokura à une personne en subordonnant son action à la co-signature d'un membre de l'organe de direction ou d'un associé* » (traduction libre).

²²¹⁰ SN., 30 janv. 2015, III CZP 34/14, préc. Les juges de la Haute Cour affirment dans cet arrêt « *qu'il n'est pas possible d'inscrire dans le registre national judiciaire un fondé de pouvoir en y apposant la réserve en vertu de laquelle ce dernier ne pourra agir qu'avec un membre de l'organe de direction* » (traduction libre).

²²¹¹ V. en droit polonais, SN., 27 avr. 2001, III CZP 6/01, préc. et U. PROMIŃSKA, « *Zmiany w regulacji prokury. Kwestie wybrane* », P.P.H. 2019, n° 2, p. 9.

²²¹² Cf. *supra*, n° 729.

²²¹³ V. par ex. U. PROMIŃSKA, art. préc., p. 9.

²²¹⁴ En ce sens en droit polonais, préalablement à la réforme : v. SN., 27 avr. 2001, III CZP 6/01, préc., jugeant qu'il convient d'appliquer, par analogie, les règles de la prokura conjointe à la prokura conjointe imparfaite ; U. PROMIŃSKA, *ibid.*

²²¹⁵ U. PROMIŃSKA, *ibid.* (doctrine polonaise).

735. En droit polonais, bien qu'une partie de la doctrine approuve la nouvelle réglementation en ce qu'elle confère plus d'élasticité à la prokura²²¹⁶, la confusion qu'elle va inéluctablement créer dans la pratique remet en cause son bien-fondé²²¹⁷. À titre d'exemple, *de lege lata*, un dirigeant social pourra voir son pouvoir d'action dans la sphère externe limité par les règles de la représentation mixte tout en étant désigné pour agir conjointement avec un fondé de pouvoir dans le cadre d'une prokura conjointe imparfaite. Or, les pouvoirs des représentants conjoints ne sont pas les mêmes dans ces deux hypothèses. Les premiers sont définis par référence à l'étendue de la représentation organique, et les seconds par référence à celle de la prokura, ce qui exclut l'accomplissement d'une certaine catégorie d'actes d'une particulière gravité²²¹⁸. Par conséquent, confrontés à un mandataire social agissant avec le concours d'un fondé de pouvoir et *vice versa*, les tiers devront dorénavant vérifier de manière systématique le fondement juridique de leur action, sous peine de prendre le risque de se voir opposer la nullité d'un acte pour défaut de pouvoir de leur auteur. Le risque de contrariété avec les impératifs de sécurité et de transparence des transactions commerciales qui découle du nouveau dispositif est d'autant plus fort que le législateur s'est abstenu de consacrer une terminologie juridique spécifique à l'ensemble des configurations que les nouveaux textes permettent de mettre en place²²¹⁹.

736. **Conclusion de la Section 1.** La théorie de la prokura n'intéresse pas la structure organique du groupement. L'essence de cette théorie réside au contraire dans l'idée que le pouvoir général d'action dans la sphère externe puisse être exercé par un représentant conventionnel ordinaire, c'est-à-dire en dehors de tout mandat social. *De lege lata*, le droit français demeure hermétique à cette idée : la déconcentration maximale du pouvoir

²²¹⁶ K. TAPEK, art. préc., p. 32 ; A. OPALSKI, R. PABIS et A.W. WIŚNIEWSKI, « Regulacja prokury łącznej mieszanej w kodeksie cywilnym », P.P.H. 2017, n° 3, pp. 17–19 ; A. OPALSKI, A.W. WIŚNIEWSKI, « Nowe rodzaje prokury w kodeksie cywilnym », *Rzeczpospolita*, 20 mars 2017, p. C7.

²²¹⁷ V. les commentaires critiques accompagnant l'arrêt de la Cour suprême polonaise, SN., 27 avr. 2001, III CZP 6/01, préc. : M. JASIAKIEWICZ, P.P.H. n° 3/2002 ; Z. KUNIEWICZ, OSP n° 4/2002 ; W. ŁUKOMSKI, MoP n° 15/2002 ; P. BIELSKI, P.P.H. n° 12/2001.

²²¹⁸ Cf. *supra*, n° 322, sur les actes exclus du champ de la prokura par le législateur.

²²¹⁹ Monsieur TAPEK en dénombre cinq auxquelles il attribue une qualification propre : la prokura individuelle ; la « *prokura conjointe simple* » (correspondant à la figure traditionnelle de la prokura conjointe, faisant participer conjointement plusieurs fondés de pouvoirs, donc au moins deux) ; la « *prokura conjointe alternative* » (soit celle qui habilite à agir avec un fondé de pouvoir ou un membre de l'organe directorial) ; la « *prokura individuelle conjointe* » (soit celle qui confère à son titulaire le pouvoir d'agir seul mais aussi avec un membre de l'organe directorial) ; la « *prokura conjointe imparfaite* » (soit celle qui habilite son titulaire à agir exclusivement avec un membre de l'organe directorial) : K. TAPEK, art. préc., pp. 35-36.

d'action dans la sphère externe n'est autorisée par les textes qu'au travers de la délégation statutaire, tandis que la jurisprudence soumet la délégation ordinaire à une condition de spécialité.

Cette restriction matérielle du champ de la délégation extra-statutaire s'est toutefois révélée être avant tout théorique, car la pratique connaît des agents qui, en dehors de tout mandat social, cumulent des pouvoirs comparables à ceux des dirigeants. Pour cause, la déconcentration statutaire présente un degré de flexibilité moindre comparé à l'institution de représentants conventionnels ; elle n'est pas laissée à l'entière discrétion du chef d'entreprise et, exception faite de la SAS, il n'est possible d'instituer qu'un nombre limité de directeurs généraux et directeurs généraux délégués.

Ces considérations invitent inéluctablement à s'interroger sur l'opportunité qu'il y aurait à introduire en droit français un pouvoir à l'étendue et au régime comparables à la *prokura* germanique, dont l'efficacité, éprouvée depuis bientôt deux siècles, n'est plus à démontrer.

Enfin, il a pu être remarqué que les droits allemand et polonais ont la particularité de connaître deux constructions faisant intervenir conjointement un mandataire social et un représentant conventionnel, en la personne du fondé de pouvoir, l'une relevant de la représentation organique (c'est la représentation mixte), et la seconde du régime de la *prokura* (il s'agit d'une *prokura* conjointe imparfaite).

737. Outre que la théorie de la représentation (et, conséquemment, la théorie de la *prokura*) soit impuissante à saisir l'objet du mandat social, cette théorie postule une structure triangulaire qu'on ne retrouve pas dans l'action d'un organe social.

Section 2 / Une différence quant à leur structure

738. Un autre obstacle à toute tentative visant à expliquer l'action des organes d'une personne morale à l'aide de la technique de la représentation tient à ce que ces deux différents modes d'action présentent des structures incompatibles entre elles. Le représentant agit *au nom* de la société ; le dirigeant social la *personnifie*²²²⁰.

²²²⁰ Ils « s'identifient », selon l'expression utilisée par Monsieur BERDAH : thèse préc., n° 103. Ce phénomène est relevé par de nombreux auteurs. V. par ex. J.-F. BARBIERI, note sous Cass. crim., 3 janv. 2006, P. Aff. 10 mai 2006, n° 93, pp. 9 et s., spéc. p. 13, affirmant que « *le phénomène de représentation d'une personne morale ne devrait pas conduire à dissocier le représentant et la personne morale représentée, car le représentant*

*incarne, par hypothèse, la personne morale : il est son émanation même et se confond avec elle, dont, en qualité d'organe interne, il exprime directement la volonté. (...) Il lui donne corps (...). Il est sa voix » ; selon Monsieur MADRAY, « ils [les organes] ne constituent pas, remarquons-le bien, des personnes distinctes, ils n'ont pas de volonté propre, ils ne forment pas des éléments pouvant être détachés du corps juridique qu'est la personne morale » : thèse préc., p. 51 ; pour Monsieur MARTIN, « le dirigeant n'est pas l'intermédiaire de la société, il est la société qui agit directement et exclusivement » : thèse préc., n° 69 ; aussi, « sa personnalité absorbe complètement celle de la société » : *ibid.*, n° 76 ; Monsieur BEAU estime que le dirigeant et la société « ne font qu'un » : thèse préc., n° 230 ; pour Cl. MOULONGUI, les organes sont des « individus juridiquement assimilables à la personne morale » (« L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales (nouveau code pénal) », R.T.D. Com. 1994) ; pour J.- C. SAINT-PAU, « les organes ou représentants (...) ne sont pas des êtres juridiques autonomes : ils sont la personne morale » : note sous Cass. crim., 29 avr. 2003, D. 2004, p. 167, n° 3 ; Pour D. OHL, « il [l'organe] n'est plus lui-même, il devient la personne morale » : « Recherches sur un dédoublement de personnalité en droit pénal (à propos d'une responsabilité pénale de la personne morale qui n'exclut pas celle du dirigeant personne physique », in *Mélanges Marcadal*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 373, n° 5.*

739. Le phénomène de personnification²²²¹ de l'être moral par son organe – soit d'unité juridique entre ces deux entités – a d'abord été mis en lumière par les partisans de la théorie de l'organe²²²² à laquelle se rallie pleinement la doctrine germanique dès le XIX^{ème} siècle²²²³. En droits polonais et allemand, la théorie de l'organe bénéficie d'une assise légale (article 38. K.C.²²²⁴ et § 31 B.G.B.²²²⁵). Cette théorie – lancée par l'École germaniste sous la plume d'éminents juristes tels que GIERKE²²²⁶ et JELLINEK²²²⁷ et relayée en France à la fin du XIX^{ème} siècle, notamment par R. WORMS²²²⁸, L. MICHOU²²²⁹ et R. CARRE DE MALBERG²²³⁰ – s'oppose à la théorie de la représentation dans la mesure où, contrairement à cette dernière, elle perçoit l'organe de la personne morale comme son prolongement (son « *moyen d'action* »²²³¹), et non comme une entité à part entière.

Le régime applicable à l'organe repose en effet sur l'idée d'une confusion des personnalités physique et morale en la personne du dirigeant, phénomène incompatible avec le mécanisme de représentation, où représenté et représentant demeurent, par hypothèse, deux sujets à part entière (**Sous-section 1**).

Ce phénomène de confusion des personnalités de l'organe et de l'être moral – qui a pu s'expliquer au regard de la « fonction d'engendrement » remplie par l'organe – présente toutefois certaines limites, mises en relief par la théorie de l'incarnation récemment formulée par un auteur français, Monsieur QUIEVY (**Sous-section 2**).

Sous-section 1 /Le phénomène de personnification de la société par son organe

²²²¹ Une décision vise expressément cette notion : v. Cass. Civ. 15 janv. 1872, préc., où les juges affirment que le dirigeant « *personnifie la société dans ses rapports avec les tiers* » (cité par J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 169, note 76).

²²²² « *Organtheorie* » (all.) ; « *teoria organów* » (pl.) : P. WIDERSKI, *Pelnomocnictwo w prawie polskim, op. cit.*, I, pt. 2.3.

²²²³ P. ANTOSZEK, art. préc., p. 27. Sur la théorie de l'organe en doctrine allemande, v. p. ex. H. SCHACK, *BGB – allgemeiner Teil*, Heidelberg–München–Landsberg–Berlin 2009, p. 37 ; J. SCHÜRNBRAND, *Organschaft im Recht der privaten Verbände*, Tübingen, 2007, pp. 17 et s ; H. HOFFMANN, *Die Außenhaftung von Unternehmen nach § 831 BGB und § 31 BGB*, Frankfurt am Main 2009, pp. 81 et s. (cités par P. WIDERSKI, *Pelnomocnictwo w prawie polskim, op. cit.*, I, pt. 2.3, note 80) ; et, en doctrine polonaise, v. par ex. M. PAZDAN, « Niektóre konsekwencje teorii organów osoby prawnej », *Prace Prawnicze Uniwersytetu Śląskiego*, t. I, 1969, pp. 201-233 ; S. CZEPITA, E. DROZD, M. GUTOWSKI *et al.*, *Prawo cywilne - część ogólna.*, coll. System Prawa Prywatnego, A. OLEJNICZAK, Z. RADWANSKI (éd.), t. II, 3^{ème} éd., 2019, p. 605, et la littérature citée, note 44. En faveur de cette théorie en droit français, v. not. L. COUPET, *L'action en justice des personnes morales de droit privé*, Aix-Marseille, 1974, spéc. n° 64 ; G. MARTIN, thèse préc., spéc. n° 115 et s., ainsi que la littérature citée n° 115, note 1 à 4.

²²²⁴ D'après cet article, « [l]a personne morale agit par le biais de ses organes conformément aux dispositions légales et statutaires » (trad. libre). En jurisprudence, v. SN., 12 mars 1997, II CKN 24/97, Lex n° 80725.

²²²⁵ Selon cet article, « L'association est responsable du dommage que la direction, un membre de la direction ou tout autre représentant institué conformément aux statuts, a pu causer à un tiers à l'occasion d'un agissement accompli dans le cadre des opérations qui lui reviennent et obligeant l'auteur à indemniser le dommage » (traduction de G. LARDEUX *et al.*, *op. cit.*, p. 26). La doctrine allemande considère que cet article consacre la théorie de l'organe, car il impute à l'être moral le comportement de celui-ci : P. SCHIRRMACHER, *Die Haftung des faktischen GmbH-Geschäftsführers: Eine dogmatische (Neu-)Ordnung*, Mohr Siebeck, 2019, pp. 140 et s., ainsi que la littérature citée.

²²²⁶ O. v. GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Weidmann, 1887.

²²²⁷ G. JELLINEK, *op. cit.*, spéc. p. 248.

²²²⁸ R. WORMS, *Organisation et société*, Paris, 1896.

²²²⁹ L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 1^{ère} éd., Éditions Panthéon-Assas, 2020.

²²³⁰ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz, 2003 (dernière éd.).

²²³¹ G. MADRAY, thèse préc., p. 51.

740. La théorie de l'organe – qui a mis en lumière le phénomène de confusion des personnalités humaine et morale en la personne du dirigeant, incompatible avec le mécanisme de la représentation – prend ses racines dans la théorie de la *réalité* de la personne morale²²³². Celle-ci postule, au contraire de la théorie de la fiction, que la personne morale est une réalité, c'est-à-dire un véritable sujet de droit doté d'une volonté collective auquel le législateur reconnaît la personnalité juridique. La théorie de la réalité connaît plusieurs variantes. La première correspond à la thèse de la réalité *concrète* ou *sociologique*, à laquelle on peut justement reprocher son « romantisme » et son anthropomorphisme²²³³. Les tenants de cette thèse considèrent en effet que la personne morale est un être réel comparable dans toutes ses caractéristiques à la personne physique ; elle aurait « *une réalité sociale comparable à la réalité biologique de la personne physique* »²²³⁴ ; elle serait notamment dotée d'une volonté propre. En conséquence, à la différence du représentant, l'organe articule la volonté de l'être moral et non sa volonté propre, ainsi que l'admet la théorie moderne de la représentation. C'est que l' « *organe n'est pas quelque chose de distinct [de la personne morale] ; il est une partie d'elle-même dont elle se sert comme la personne physique se sert de la bouche ou de la main* »²²³⁵.

En réaction à l'anthropomorphisme excessif de la théorie de la réalité concrète, est apparue en doctrine la théorie de la réalité *technique*, consacrée en droit français par un célèbre arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 28 janvier 1954²²³⁶. La thèse de la réalité technique ne fonde plus la reconnaissance de la personnalité juridique de la personne morale sur l'existence d'une volonté qui lui serait propre, mais sur l'existence d'un intérêt qui lui soit propre et autonome²²³⁷. Conformément à cette deuxième théorie, la

²²³² V. O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht. Allgemeiner Teil und Personenrecht*, t. I, Leipzig 1895, p. 472.

²²³³ V. par ex., B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, *op. cit.*, p. 257, qui dénonce le « caractère artificiel de la notion d'organe ». Selon l'auteur, la théorie de l'organe ne fait que « *remplace[r] une fiction (la personne morale être fictif) par une autre fiction (la personne morale être réel, mais doté d'une volonté fictive)*. »

²²³⁴ M.-P. PEIS-HITIER, « Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine », *D.* 2005, p. 865.

²²³⁵ L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, *op. cit.* (L.G.D.J. éd., 1924), n° 60, p. 129.

²²³⁶ Cass. 2^{ème} civ., 28 janv. 1954, *D.* 1954, 217, note G. LEVASSEUR ; J.C.P. 1954, II, 7978, concl. LEMOINE ; *Dr. social* 1954, 161, note P. DURAND : d'après l'arrêt, « *la personnalité juridique n'est pas une création de la loi ; elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites dignes, par suite, d'être juridiquement protégés* ».

²²³⁷ À l'instar de la théorie de la réalité technique, cette théorie postule que les personnes morales sont des êtres réels, reconnus par le droit, à condition toutefois de satisfaire certaines conditions. Il faut tout d'abord que la personne morale soit ordonnée à la défense d'intérêts collectifs distincts des intérêts individuels des membres

personne morale ne possède pas une « volonté propre », mais c'est l'organe qui la lui attribue.

741. **L'idée d'une confusion entre les personnalités physique et morale au sous-bassement de la réglementation dédiée aux organes.** Ce phénomène de confusion entre les personnalités physique et morale se vérifie dans l'analyse des modalités de mise en œuvre de la responsabilité de la société, tant en matière civile qu'en matière pénale.

742. La responsabilité de la société à raison des actes effectués par son dirigeant dans le cadre de ses fonctions n'est jamais une responsabilité du fait d'autrui. Lorsque la société est déclarée responsable de l'inexécution de ses obligations contractuelles (qu'elle soit totale ou partielle, intentionnelle ou non), le fait du dirigeant à l'origine de cette inexécution n'est pas considéré comme le fait d'un tiers (théorie qui supposerait que la personne morale soit responsable sur le terrain contractuel « du fait d'autrui », en la personne du dirigeant²²³⁸), mais comme le fait de la société elle-même²²³⁹.

743. La même remarque s'impose à l'égard des délits dont se serait rendu coupable le dirigeant dans l'exercice de ses fonctions : ceux-ci sont réputés *en droit* avoir été accomplis par la société elle-même²²⁴⁰. Du point de vue du dirigeant, ce dernier bénéficie donc, comme en

qui composent le groupement. Il faut ensuite que le groupement ait une organisation de base qui donne pleinement corps à la personne morale.

²²³⁸ Des auteurs ont toutefois soutenu que la responsabilité contractuelle qu'encourt la société à raison des actes de son dirigeant serait une application de la « responsabilité contractuelle du fait d'autrui » (v. E. BECQUE, « De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle, contribution du droit comparé des obligations », R.T.D. civ. 1914, p. 251, spéc. p. 300) dont serait par exemple tenu le mandataire, à raison des actes de son sous-mandataire ou l'entrepreneur, du fait de ses ouvriers. Toutefois, il est généralement admis que cette forme de responsabilité est d'abord une responsabilité personnelle ; elle a simplement la particularité de trouver son fondement, non pas dans le fait matériel du débiteur, mais dans celui de ceux qu'il s'est substitué pour l'exécution de sa propre obligation. Comme l'affirme la Cour de cassation, « le débiteur est responsable de l'inexécution de ses obligations, alors même que cette inexécution proviendrait du fait d'un tiers qu'il se serait substitué » (Cass. civ., 1^{ère} section, 29 mai 1963 : *Bull. civ.*, n° 287). De toute façon, comme on le voit à la lecture de cet attendu, la Cour de cassation est d'avis que les personnes associées par le débiteur à l'exécution de ses obligations sont, de son point de vue, des « tiers » (bien que leurs faits matériels ne soient pas considérés comme une cause d'inexécution étrangère au débiteur), ce qui n'est pas le cas du dirigeant ; ce dernier n'est pas un « tiers » du point de vue de la société.

²²³⁹ J.-F. QUIEVY, thèse préc., spéc. n° 160 et 162. Dans le même sens, v. par ex. C. MANGEMATIN, thèse préc., n° 205, affirmant que « la faute de l'organe est la faute de la personne morale » (en it. par l'auteur).

²²⁴⁰ J.-F. QUIEVY, *ibid.*, n° 163 et s. ; J. JULIEN, *Rép. civ.*, *Dalloz*, v° « Responsabilité du fait d'autrui », *op. cit.*, n° 119. Comme l'affirme Monsieur JOURDAIN, l'organe « est la personne morale agissante, ce qui justifie le caractère personnel de la responsabilité de cette dernière » : P. JOURDAIN, « La société responsable du fait de

matière contractuelle, d'une immunité civile²²⁴¹ de principe. En effet, il est de jurisprudence constante²²⁴² que le dirigeant n'engage sa responsabilité personnelle envers les tiers que lorsqu'il commet une faute « séparable » ou « détachable » de ses fonctions²²⁴³. Ainsi, une faute « non extérieure » aux fonctions du dirigeant n'engage que la responsabilité de la société²²⁴⁴.

Contrairement à l'opinion doctrinale défendue par certains auteurs²²⁴⁵, qui a trouvé ponctuellement un écho en jurisprudence²²⁴⁶, le dirigeant social ne saurait être considéré comme un préposé de la société qui aurait à son égard la qualité de commettant, de sorte qu'elle répondrait de ce dernier comme d'un *tiers*, sur le terrain de l'article 1242, alinéa 2, du Code civil. En ce sens, la Cour de cassation a expressément affirmé que la responsabilité civile délictuelle de la société n'est pas subordonnée à la nécessité, pour le demandeur, de

son gérant sur le fondement de l'article 1384, alinéa 5 : un retour en arrière », note sous Cass. 2^{ème} civ., 15 mai 2008, n° 06-22.171, R.T.D. civ. 2008, n° 4.

²²⁴¹ Il n'est toutefois pas à proprement parler question « d'immunité » du dirigeant, mais plutôt d'irresponsabilité, dans la mesure où ses manquements ne lui sont pas personnels, mais sont réputés être ceux de la société.

²²⁴² V. déjà en ce sens, Cass. civ., 31 mai 1978 : *Bull. civ.* 1978, n° 213.

²²⁴³ Cette jurisprudence a pu être critiquée par certains auteurs comme étant contraire à la lettre de l'article L. 224-251 du Code de commerce, qui n'opère pas de distinction selon que la faute soit séparable ou non des fonctions directoriales : v. not. Y. GUYON et M. BUCHBERGER, in J.-Cl. *Sociétés Traité*, v° « Administration. – Responsabilité civile des dirigeants », fasc. 132-10, févr. 2015 (actu : juin 2017), n° 50, pour qui la notion de faute détachable « est jugée [praeter] legem, voire contra legem puisqu'elle conduit souvent à exonérer un dirigeant de toute responsabilité envers les tiers là où les textes [fondant la responsabilité civile du dirigeant social] prévoient une telle responsabilité ». V. égal. F. X. LUCAS, note sous Cass. com., 22 mai 2001, n° 98-16.379, *Dr. sociétés* 2001, n° 131 et J. F. BARBIERI, sous le même arrêt, in *Bull. Joly* 2001. 995, n° 228 (à propos d'une victime sans recours contre une société insolvable).

²²⁴⁴ Pour des exemples de fautes non-détachables, v. Cass. com., 8 nov. 2017, n° 16-10.626 ; *Bull. Joly* 2018, p. 84, B. DONDERO (garantie consentie sans autorisation). V. égal. Com., 28 avr. 1998, n° 96-10.253, préc. Pour des exemples où la faute séparable des fonctions est retenue, v. 3^{ème} Civ., 14 déc. 2017, n° 16-24.492 : *Dr. sociétés* 2018, comm. 68, note J. HEINICH. – 3^{ème} Civ., 10 mars 2016, n° 14-15.326, J.C.P. éd. E. 2016, 1315, B. BRIGNON (infraction pénale constituée par l'omission de souscrire une assurance obligatoire). – Com., 12 mai 2015, n° 13-28.059 : *Bull. Joly* 2015. 590, D. SCHMIDT (faute de gestion).

²²⁴⁵ V. par ex. F. BENAC-SCHMIDT et C. LARROUMET, *Rép. trav., Dalloz*, v° « Responsabilité des commettants », *op. cit.*, n° 80.

²²⁴⁶ Plusieurs décisions anciennes ont considéré le dirigeant comme un préposé de la société : v. Cass., req., 7 août 1906, S. 190. 1. 88. – Req., 8 mai 1940, *Gaz. Pal.* 1940. 2. 85. – Crim. 28 janv. 1941, *Gaz. Pal.* 1941. 1. 333 (citées par P. JOURDAIN, « La société responsable du fait de son gérant sur le fondement de l'article 1384, alinéa 5 : un retour en arrière », note préc., p. 680). Plus récemment, v. 2^{ème} civ., 15 mai 2008, n° 06-22.171 (FS-P+B) : R.T.D. civ. 2008, p. 680, note P. JOURDAIN, où la Haute Cour approuve la cour d'appel qui a retenu la responsabilité d'une société en raison « de la faute commise par son gérant », dès lors que « la responsabilité de la société était fondée sur le fait d'autrui prévu à l'article 1384, alinéa 5, du code civil, et non sur une faute personnelle de la société fondée sur l'article 1382 du même code ». – Crim., 4 oct. 2000, n° 99-80.649 (inédit). – 1^{ère} civ., 27 mai 1986, n° 84-16.420, préc., où les juges affirment que « la qualité de mandataire (...) attribuée à certains organes dirigeants d'une société n'est pas nécessairement exclusive de celle de préposé ».

« mettre en cause, sur le fondement de l'article 1384, 5ème alinéa, [les] organes pris comme préposés [de la société] »²²⁴⁷. L'organe n'étant pas un tiers à la société, la mise à l'écart de la responsabilité du commettant du fait de ses préposés se comprend aisément. Une telle responsabilité est en outre subordonnée à ce qu'un lien de subordination puisse être constaté entre la personne morale et l'individu exerçant des fonctions pour son compte, lien qu'il est impossible de caractériser dans les relations entre la personne morale et ses dirigeants²²⁴⁸.

De manière générale, il est admis, en doctrine, que tous les cas de responsabilité du fait d'autrui se fondent sur l'idée d'autorité²²⁴⁹ ou d'un « pouvoir sur autrui »²²⁵⁰ dont dispose le débiteur de l'obligation de réparation sur l'auteur du dommage : c'est leur « pouvoir, intermédiaire, d'empêcher la production d'un dommage (...) qui est déterminant »²²⁵¹. Or, tant en fait qu'en droit, aucune entité ne dispose du pouvoir d'enjoindre au dirigeant de ne pas commettre de délit civil pour le compte de la société²²⁵². Aussi, il convient de condamner la thèse qui se propose d'assimiler la responsabilité délictuelle de la société à raison des actes effectués par son dirigeant avec les responsabilités du fait d'autrui de l'article 1242 du Code civil²²⁵³.

744. Le droit pénal n'ouvre pas davantage la porte à un cas de « responsabilité pénale du fait d'autrui »²²⁵⁴. L'article 121-2 du Code pénal impute en effet directement à la

²²⁴⁷ Cass. 2^{ème} civ., 17 juill. 1967, préc. – 2^{ème} civ., 27 avr. 1977 : *Bull. civ.* II, n° 108. *Adde*, Crim. 20 mai 2003, n° 02-84.307 ; *Bull. crim.* n° 101 ; RJDA 12/2003, n° 1181 ; *B.J.S.* 2003, n° 11, p. 1166, note T. MASSART ; *S.S.L.* 2003, n° 1133, p. 62. *Bull. Joly* 2003, § 242, note Th. MASSART, jugeant que « [l]a qualité de président du conseil d'administration est exclusive de celle de préposé d'où découlerait la responsabilité mise à la charge des commettants en application de l'article 1384, alinéa 5, du Code civil ». *Contra*, v. 1^{ère} civ., 27 mai 1986, n° 84-16420, préc. – 2^{ème} civ., 15 mai 2008, n° 06-22.171, préc.

²²⁴⁸ J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 164.

²²⁴⁹ J. JULIEN, *Rép. civ.*, *Dalloz*, v° « Responsabilité du fait d'autrui », *op. cit.*, n° 43.

²²⁵⁰ D. MAZEAUD, obs. sous Cass. 2^{ème} civ., 3 févr. 2000, *Défrénois* 2000, p. 274, n° 44.

²²⁵¹ Ainsi, le salarié est placé sous la subordination juridique de son employeur, qui peut lui donner des instructions, des ordres et sanctionner la mauvaise exécution de son travail ; de par leur position, les artisans sont les mieux à même de prévenir la réalisation d'un dommage provoqué par la maladresse ou l'improbité des personnes placées sous leur autorité (commis). C'est de manière générale le cas des personnes assumant la « mission » ou la « charge » « d'organiser, de diriger ou de contrôler » le « mode de vie » ou « l'activité d'autrui », dont la responsabilité peut être recherchée sur le terrain de l'alinéa 1^{er} de l'article 1242 du Code civil : J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 165, p. 268-269. La responsabilité des parents du fait de leurs enfants a toutefois suivi un autre chemin, puisque le simple fait de l'enfant, même non fautif, suffit à engager la responsabilité des premiers.

²²⁵² J.-F. QUIEVY, *ibid.*, n° 166, p. 270.

²²⁵³ *Contra*, v. not. J. Ch. PAGNUCCO, thèse préc., n° 241.

²²⁵⁴ J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 167, pp. 270-271.

personne morale les infractions²²⁵⁵ commises « *pour son compte* » par ses organes – notion qui doit être interprétée dans un sens large et englober les actes ayant « *profité à la société ou servi son intérêt* »²²⁵⁶. En tout état de cause, l'existence même d'une responsabilité pénale du fait d'autrui est discutable²²⁵⁷, au regard de l'article 121-1 du Code pénal qui consacre le principe selon lequel « *nul n'est responsable pénalement que de son fait personnel* ».

Le cumul de la responsabilité pénale de la personne morale avec celle de son organe, consacré par l'alinéa 3 de l'article 121-2 du Code pénal, ne fait pas obstacle à cette interprétation. Sur ce point, il convient toutefois de relever que la notion de responsabilité du fait d'autrui en matière pénale revêt une signification particulière qui ne recoupe pas celle de son homologue civiliste. En droit pénal, le « responsable pour autrui », autrement qualifié « *d'auteur intellectuel* » ou « *d'auteur passif* »²²⁵⁸, peut voir sa responsabilité engagée alors qu'un tiers a commis une infraction (le plus souvent un salarié), mais au titre d'une faute qui lui est *personnelle* (par exemple, une faute de négligence imputable à son défaut de surveillance). Le « responsable pour autrui » est donc responsable de son propre fait : sa faute a permis ou facilité la commission d'une infraction par un tiers²²⁵⁹. Concrètement, dans le cadre de la « responsabilité pénale du fait d'autrui », il n'est pas fait dérogation au principe de la responsabilité pénale personnelle : la responsabilité de l'auteur de l'infraction et de l'auteur intellectuel est retenue au titre de fautes *distinctes* dont ils se sont chacun, séparément, rendus coupables. Telle n'est pas l'hypothèse envisagée par l'article 121-2 du Code pénal, aux termes duquel les condamnations peuvent être prononcées à l'égard de la personne morale et de son dirigeant pour les « *mêmes faits* ».

²²⁵⁵ On relèvera que le texte de l'article 121-2 du Code pénal a en outre été modifié par la « loi Perben II » du 9 mars 2004 qui a supprimé la limitation initiale de la responsabilité pénale des personnes morales aux « *cas prévus par la loi ou le règlement* » (v. l'article 54 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité), de sorte que celle-ci peut dorénavant être engagée pour l'ensemble des crimes, délits et contraventions existants.

²²⁵⁶ Ph. MERLE et A. FAUCHON, *op. cit.*, n° 120, p. 145. V. égal. R. BERNARDINI, *Rép. pén., Dalloz*, v° « Personne morale », *op. cit.*, n° 59.

²²⁵⁷ *Contra*, v. J.-Y. LASSALLE, « Réflexions à propos de l'article 121-1 du futur Code pénal consacrant le principe de la personnalité de la responsabilité pénale », J.C.P. éd. G. 1993, I, 3695, spéc. n° 8 et s. : l'auteur envisage la responsabilité pénale du fait d'autrui comme une exception posée par l'article 121-1 du NCP.

²²⁵⁸ B. PEREIRA, *Rép. pén., Dalloz*, v° « Responsabilité pénale », juin 2017 (actu. : déc. 2020), n° 49.

²²⁵⁹ B. PEREIRA, *ibid.*, ainsi que les références citées.

745. On relèvera que l'article 121-2 du Code pénal a la particularité d'imputer à la personne morale les infractions commises non seulement par ses *organes*, mais également par « ses *représentants* ». Dans ces deux hypothèses, c'est la société qui, *en droit*, est considérée comme étant l'auteur de l'infraction²²⁶⁰. Toutefois, le « représentant » visé par cet article ne s'identifie pas, comme on l'a déjà vu²²⁶¹, au délégataire du pouvoir de représentation, mais au délégataire fonctionnel dans l'ordre interne²²⁶² et, plus spécifiquement, à celui qui dispose « *de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires* » pour exercer une fonction directoriale en lieu et place du chef d'entreprise²²⁶³.

Aussi, il n'est pas possible d'opérer une quelconque analogie entre les statuts d'organe et de représentant – dans l'acception stricte de cette notion – en se fondant sur ce texte.

746. La mise en œuvre de la responsabilité pénale de la personne morale est encore subordonnée à ce qu'il soit possible d'identifier précisément²²⁶⁴ « *l'organe ou le représentant* » ayant matériellement accompli l'infraction. À la différence de certains droits étrangers, le droit français n'admet donc pas la responsabilité directe des

²²⁶⁰ J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 197, p. 318 ; R. BERNARDINI, *Rép. pén.*, Dalloz, v° « Personne morale », *op. cit.*, n° 60.

²²⁶¹ *Cf. supra*, n° 245.

²²⁶² *Cf. supra*, n° 368.

²²⁶³ *Cf. infra*, n° 774 et s.

²²⁶⁴ V. par ex. Cass. crim., 28 mars 2017, n° 15-82.305 : les juges rappellent sans ambages que « *la reconnaissance de la responsabilité pénale d'une personne morale est soumise à la reconnaissance préalable d'une infraction pénale commise par une personne physique identifiée, agissant pour son compte, en qualité d'organe ou de représentant de celle-ci, auteur du comportement fautif en cause* ». – Crim., 17 oct. 2017, n° 16-87.249 : *AJ pénal* 2017. 541, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *Dr. soc.* 2018. 187, étude R. SALOMON ; R.S.C. 2017. 733, obs. Y. MAYAUD ; R.T.D. com. 2017. 1011, obs. L. SAENKO ; *B.J.S.* déc. 2017, n° 117b8, p. 721, note N. BARGUE. Cette solution, constante depuis un arrêt de 2012 (Crim., 11 avr. 2012, n° 10-86.974 : *D.* 2012. 1381, note J.-C. SAINT-PAU ; *ibid.* 1698, obs. C. MASCALA ; *ibid.* 2917, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE, T. GARE, M.-H. GOZZI, S. MIRABAIL et T. POTASZKIN ; *AJ pénal* 2012. 415, obs. B. BOULOC ; *Dr. soc.* 2012. 720, chron. R. SALOMON et A. MARTINEL ; *ibid.* 2013. 142, chron. R. SALOMON et A. MARTINEL ; R.S.C. 2012. 375, obs. Y. MAYAUD ; *ibid.* 377, obs. A. CERF-HOLLENDER ; R.T.D. com. 2012. 627, obs. B. BOULOC), avait un temps été remise en cause à la suite d'un arrêt de 2006 dans lequel les juges avaient retenu la responsabilité d'une personne morale sans avoir préalablement identifié l'auteur matériel de l'infraction, dès lors que celle-ci n'avait pu être commise pour le compte de la société que par un organe ou un représentant : Crim., 20 juin 2006, n° 05-85.255 : *Bull. crim.* n° 188 ; *D.* 2007. 617, note J.-C. SAINT-PAU ; *D.* 2007. Pan. 402, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE ; *D.* 2007. Pan. 1624, obs. C. MASCALA ; *AJ pénal* 2006. 405, obs. P. REMILLIEUX ; J.C.P. 2006. II. 10199, note E. DREYER ; *Dr. pénal* 2006. 128 [2e esp.], obs. M. VERON ; R.S.C. 2006. 825, obs. Y. MAYAUD ; *Rev. soc.* 2006. 895, obs. B. BOULOC).

groupements, fondée sur leur faute d'organisation ou de fonctionnement, c'est-à-dire sur une faute diffuse²²⁶⁵.

747. L'imputation de la faute pénale à la seule personne morale justifie l'immunité pénale des « *organes ou représentants* » ayant matériellement commis une infraction. Conformément à une lecture *a contrario* de l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal, le champ de cette immunité couvre les fautes d'imprudence (ou de négligence) ordinaires ayant indirectement causé un dommage à autrui. Dans ces hypothèses, seule la responsabilité pénale de la société peut être engagée²²⁶⁶. D'après le texte susmentionné, l'irresponsabilité pénale du dirigeant ou du représentant tombe devant la faute qualifiée (soit la faute délibérée ou caractérisée²²⁶⁷) ayant causé directement ou indirectement un dommage.

748. Ainsi, quel que soit le domaine de responsabilité envisagé (contractuel, délictuel ou pénal), force est de constater que la responsabilité de la société est mise en œuvre à raison des actes dont elle s'est rendue *elle-même* coupable par le biais de ses organes. En vérité, « *plus que les effets patrimoniaux de ces actes, c'est leur accomplissement même qui lui est imputé* »²²⁶⁸, car le dirigeant est réputé « [être] *en droit*²²⁶⁹ *la société* »²²⁷⁰.

Si les actes du dirigeant sont directement imputés à la société, c'est parce qu'il personnifie celle-ci dans l'accomplissement tant de ses actes juridiques que de ses actes matériels.

749. **La personnification de la société dans les actes et les faits juridiques.** Concernant la passation d'actes juridiques, il est admis de manière unanime que la volonté du dirigeant – qu'elle soit appréhendée au stade de sa formation (processus intellectuel interne de

²²⁶⁵ Sur cette question, v. J.-C. SAINT-PAU (dir.), *La responsabilité pénale des personnes morales, Étude comparée*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux, n° 4, Cujas, 2014.

²²⁶⁶ Comme le rappelle la Haute juridiction, la relaxe de l'auteur matériel de l'infraction, qui n'a pas commis de faute délibérée, ne justifie pas la relaxe de la personne morale : Crim., 24 oct. 2000, n° 00-80.378 : *Bull. crim.* n° 308 ; RJS 2001, n° 3, p. 275 ; *D.* 2002, n° 6, p. 514, note J.-C. PLANQUE ; LPA 2001, n° 228, p. 16, note M. GIACOPELLI ; J.C.P. éd. G. 2001, n° 21, p. 1058, note M. DAURY-FAUVEAU.

²²⁶⁷ La faute caractérisée doit être considérée comme une « *faute lourde d'imprudence, une erreur grossière qu'un professionnel avisé ne commet pas ou comme une série de négligences et d'imprudences entretenant un lien de causalité avec le dommage* » : B. BOULOC, *Droit pénal général*, 26^{ème} éd., coll. : Précis, 2019, n° 299, p. 272. Pour un exemple où la faute caractérisée est retenue à l'encontre d'un dirigeant, v. Cass. crim., 22 oct. 2013, n° 11-89126.

²²⁶⁸ J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 168, pp. 271-272.

²²⁶⁹ En italique par l'auteur.

²²⁷⁰ J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 169, p. 272.

décision)²²⁷¹ ou d'exécution²²⁷² (volonté exprimée *en fait* par le dirigeant) – est réputée, en droit, émaner de la personne morale elle-même²²⁷³. En conséquence, « *tout ce que le dirigeant a entrepris de nuisible dans la conclusion d'un contrat est réputé émaner de la société elle-même* »²²⁷⁴. Par exemple, la bonne ou mauvaise foi du dirigeant va conditionner celle de la société²²⁷⁵. La règle se vérifie dans l'hypothèse inverse : il ressort de la jurisprudence que « *tout ce dont le dirigeant est directement victime dans l'exercice de ses fonctions est censé avoir été ourdi, en droit, par le cocontractant ou le tiers, contre la société elle-même* »²²⁷⁶. Par exemple, si le consentement du dirigeant a été vicié, en droit, c'est l'accord de la société qui sera réputé vicié²²⁷⁷ ; c'est également la société qui pourra juridiquement s'en prévaloir et demander l'annulation du contrat²²⁷⁸. La même logique s'applique en matière procédurale : c'est la société qui est, en droit, l'auteur d'un acte procédural effectué « en son nom » par le dirigeant²²⁷⁹ ; c'est encore elle qui est partie à l'instance ou qui comparaît devant le juge²²⁸⁰, en la personne du dirigeant.

²²⁷¹ Ainsi, comme on l'a vu, l'existence d'un vice du consentement imputable à la société est vérifiée en la personne du dirigeant ; il en va de même pour les motifs du consentement de la société, qui sont révélés à l'aune de la conscience de son dirigeant.

²²⁷² Cf. *supra*, n° 347, sur la distinction entre le pouvoir de décision et d'exécution.

²²⁷³ J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 176, pp. 283 et 285 ; C. BERR, thèse préc., spéc. n° 44 : « *La volonté qu'il exprime [le dirigeant] est considérée fictivement comme celle de la société* » ; J. Ch. PAGNUCCO, thèse préc., n° 229 : « [L]'activité, la volonté et les décisions de l'organe sont (...) réputées être celles de la personne morale elle-même » ; L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, *op. cit.* (L.G.D.J. éd., 1924), n° 60, p. 129 : « *quand il y a organe, c'est la personne juridique qui agit elle-même (...)* » ; A. MESTRE, thèse préc., p. 211 : « [c]'est la volonté même de la personne morale qui anime l'organe (...) ». V. égal. au sein de la jurisprudence polonaise : SN., 30 janv. 2015 (résol.), III CZP 34/14, préc. – SN., 12 mars 1997, II CKN 24/97, lex n° 80725, préc., où les juges affirment que « [c]onformément à la théorie de l'organe, les manifestations de volonté émises par un organe social sont réputées émaner de la personne morale elle-même ».

²²⁷⁴ J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 176, p. 284. V. par ex. en jurisprudence Cass. com. 27 nov. 1972 : *Bull. civ.* IV, n° 308. – Com., 14 juin 2005, n° 03-12.339 : J.C.P. éd. G. 2005, I, 194 (le dol du dirigeant est réputé être celui de la société).

²²⁷⁵ V. par ex. Cass. com., 25 juin 2002, n° 00-11.300.

²²⁷⁶ J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 176, p. 284.

²²⁷⁷ J.-F. QUIEVY, *ibid.*, pp. 283-284. V. égal. en doctrine polonaise, P. WIDERSKI, *Pelnomocnictwo w prawie polskim*, *op. cit.*, I, pt. 2.3.

²²⁷⁸ V. par ex. en jurisprudence, Cass. soc., 8 nov. 1984, *Bull. civ.* V, n° 423, R.T.D. civ. 1985, p. 368 (l'arrêt traite de violences exercées contre le dirigeant).

²²⁷⁹ J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 177, p. 286. L'auteur donne l'exemple du serment décisoire, prêté en fait par le dirigeant et déféré en droit à la personne morale (pour une illustration, v. par ex. Cass. com. 22 nov. 1972, DS. 1973, p. 256).

²²⁸⁰ Si le dirigeant est en même temps personnellement mis en examen et qu'aucun mandataire de justice n'a été nommé pour « représenter » la personne morale, il sera nécessaire de distinguer parmi les actes procéduraux ceux qui le concernent personnellement et ceux qui l'intéressent en tant qu'il figure la personne morale mise en examen : v. J.-F. QUIEVY, *ibid.*, note 144, et Cass. crim., 17 déc. 2006, n° 00-87.872.

750. Lorsque la société s'engage par le biais de son organe envers un tiers, tout se passe donc comme dans un contrat ordinaire conclu entre deux personnes, car le sujet d'imputation (et l'attributaire des droits exercés), soit l'être moral, est en même temps réputé *en droit* être l'auteur de l'acte²²⁸¹, soit la « *personne qui a manifesté par son comportement, par son expression corporelle, la volonté d'établir un lien de droit* »²²⁸².

Au contraire, l'auteur de l'acte dans une opération réalisée en recourant à la représentation est le représentant : c'est ce dernier, et non le représenté, qui agit et exprime sa volonté²²⁸³. C'est la raison pour laquelle lorsqu'un contrat est conclu par le biais d'un représentant, l'existence d'un vice du consentement s'apprécie (et peut se trouver caractérisé) en sa personne²²⁸⁴. Inversement, le dol du représentant (et, de manière générale, les actes délictueux éventuellement commis par ce dernier dans l'exécution de sa mission) n'est pas réputé être celui du représenté²²⁸⁵. La bonne ou mauvaise foi de ces derniers s'apprécie par hypothèse séparément ; en tout état de cause, la bonne ou mauvaise foi du représentant ne rejait pas sur le représenté. Supposons un contrat de représentation « défectueux » : par exemple, le constituant souhaite vendre un véhicule acquis comme ferraille et doté d'un faux certificat du dernier propriétaire. Si le représentant n'a pas conscience de ces vices, sa bonne foi n'aura aucune conséquence sur l'appréciation de celle du représenté. S'il a conscience de ces vices, sa mauvaise foi sera caractérisée en sus de celle du représenté²²⁸⁶.

751. Concernant les faits juridiques, on constate qu'en matière contractuelle comme en matière délictuelle, les faits du dirigeant sont imputés à la société²²⁸⁷, qui engage sa responsabilité pour son fait personnel. En cas d'inexécution contractuelle, la nature de la faute imputable à la société (faute intentionnelle ou involontaire, par commission ou

2281 *Cf. supra*, n° **Erreur ! Source du renvoi introuvable.**

2282 M. STORCK, thèse préc., n° 40, p. 39.

2283 *Cf. supra*, n° 117.

2284 A. ROUAST, thèse préc., p. 79.

2285 Le représenté doit toutefois en répondre, car un texte spécifique le prévoit (art. 1138 C. civ.).

2286 Hypothèse traitée par la Cour de cassation dans un arrêt de la chambre mixte du 26 mars 1971, (n° 68-13.407 : *Bull. ch. Mixte*, n° 6, p. 7 ; J.C.P. éd. G., 1971, II, 16762, note M. LINDON), qui aboutit par la condamnation *in solidum* du mandant et du mandataire en qualité de coauteurs du dommage qui a résulté de leur activité.

2287 En ce sens en droit polonais, v. SN., 30 janv. 2015 (résol.), III CZP 34/14, préc.

abstention) est ainsi calquée sur celle dont s'est rendu coupable le dirigeant²²⁸⁸. En matière délictuelle, au visa de l'ancien article 1382, devenu l'article 1240 du Code civil, la Cour de cassation juge, de façon constante, que « *la personne morale répond des fautes dont elle s'est rendue coupable par ses organes* »²²⁸⁹ (nous soulignons). La société encourt donc une responsabilité personnelle directe en considération de la seule faute du dirigeant (et non d'une supposée faute distincte, personnelle à la société²²⁹⁰), ce dont il convient de déduire que « *la société et le dirigeant ne sont pas en droit, à l'égard de la victime, des personnes distinctes* »²²⁹¹.

752. Cette conception est d'ailleurs celle retenue par le projet de réforme de la responsabilité civile²²⁹² qui a pour ambition – quoique hésitante²²⁹³ – d'introduire une disposition spécifique à la responsabilité des personnes morales. L'article 1242-1 dudit projet²²⁹⁴ dispose en effet que « *la faute de la personne morale résulte de celle de ses organes ou d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement* »²²⁹⁵.

²²⁸⁸ J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 170. L'auteur donne comme exemple la faute intentionnelle du dirigeant en droit des assurances qui rend la personne morale coupable de cette faute : Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2004, n° 01-03.494 (*ibid.*, note 78).

²²⁸⁹ Cass. 2^{ème} civ., 17 juill. 1967, préc.

²²⁹⁰ J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 170, pp. 272-273, ainsi que les références citées.

²²⁹¹ J.-F. QUIEVY, *ibid.*, n° 170, p. 273. En ce sens égal., L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, *op. cit.* (L.G.D.J. éd., 1932), n° 273.

²²⁹² Ce projet a été présenté le 13 mars 2017 par la Chancellerie.

²²⁹³ Cette proposition est insérée entre crochets, signe de l'hésitation des rédacteurs sur l'opportunité de formaliser dans un texte un régime de responsabilité spécifique aux personnes morales : Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris, *Rapport sur l'introduction de règles spécifiques aux personnes morales dans le droit de la responsabilité extracontractuelle*, 1^{er} oct. 2018, n° 2. Aussi, de nombreuses voix discutent de l'intérêt de consacrer une telle disposition, et préconisent son abandon : *ibid.*, n° 69 ; D. PORACCHIA, « La responsabilité civile des personnes morales », *B.J.S.* 2017, n° 06, p. 357 ; O. DEXANT DE BAILLIENCOURT, « Pour une consécration légale de la faute séparable des fonctions du dirigeant », *D.* 2019. 144, n° 22.

²²⁹⁴ Cette disposition, insérée dans un § 1 consacré à « La faute » et précédée d'un projet d'article 1241 (« [O]n est responsable du dommage causé par sa faute »), reprend et modifie l'actuel article 1240 (ancien article 1382). Le projet CATALA (article 1353) ainsi que l'avant-projet TERRE (article 7) proposait également d'introduire une disposition spécifique organisant la responsabilité délictuelle de la personne morale ; le projet d'article 1241-1 reprend d'ailleurs le contenu de l'article 7, alinéa 1, de l'avant-projet TERRE.

²²⁹⁵ On relèvera ici que l'opportunité de la précision selon laquelle la faute de la personne morale peut également résulter « *d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement* » est fortement controversée au regard de son utilité. En effet, la doctrine s'accorde pour considérer que le projet d'article fixe une règle d'imputation de la faute, qui doit être déterminée à l'aune du projet d'article 1242 du Code civil (*Rapport sur l'introduction de règles spécifiques aux personnes morales dans le droit de la responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 22) qui reprend et modifie l'actuel article 1241 (ancien article 1383). Concrètement, l'identification d'un « *défaut d'organisation et de fonctionnement* » de la personne morale ne devrait pas pouvoir être considéré comme délictueux en lui-même ; pour constituer un délit, une telle carence devra constituer une faute au sens du projet d'article 1242, soit une « *violation d'une prescription légale ou le manquement au devoir général de prudence* ». Or, les carences

753. Il n'est pas autrement question, en matière pénale, de rechercher l'existence d'une faute personnelle de la société, distincte de celle de son dirigeant²²⁹⁶. En effet, la responsabilité pénale de la personne morale est subordonnée, aux termes de l'article 121-2 du Code pénal, à ce qu'une infraction ait été commise par son organe ou représentant [déléataire fonctionnel]. C'est pourquoi, comme le rappelle la juridiction répressive, « *la faute pénale de l'organe ou du représentant [sic] suffit (...) à engager [sa] responsabilité, sans que doive être établie une faute distincte à la charge de la personne morale* »²²⁹⁷. Là encore, bien qu'en fait l'infraction ait été commise par son dirigeant – qui fournit les éléments matériel et moral de l'infraction –, en droit, c'est bien la société qui est condamnée en qualité d'auteur de l'infraction²²⁹⁸. En ce sens, la responsabilité pénale de

dans la gestion et le fonctionnement de la personne morale résultant d'un manquement aux obligations légales et réglementaires ne peuvent qu'être imputables aux agissements de personnes physiques (*contra*, N. BARGUE, « Le défaut d'organisation ou de fonctionnement de la personne morale », *D.* 2019. 1667, p. 2 (éd. élec.) pour qui les carences internes de la personne morale ne résultent pas nécessairement d'une faute commise par une personne physique mais s'analysent comme des anomalies *inhérentes* à la personne morale). Il en résulte que la précision selon laquelle la faute de la personne morale peut également résulter d'un « *défaut d'organisation ou de fonctionnement* », dès lors que ce défaut viole une prescription légale ou contrevient au devoir général de prudence, ne ferait que réitérer le principe posé *ab initio* par l'article, qui vise la faute commise par un organe de la personne morale (v. C. CORGAS-BERNARD, « Focus sur quelques non-dits du projet de réforme de la responsabilité civile », *RLDC* 2017, n° 152, 1^{er} oct. 2017, supplément, pp. 36-38). S'il est vrai qu'il peut être difficile d'identifier précisément la ou les personnes à l'origine des dysfonctionnements d'un groupement, la jurisprudence retient déjà la responsabilité civile des personnes morales au titre de carences nécessairement imputables à des personnes physiques. En résumé, l'interprétation doctrinale du projet d'article 1241-1 du Code civil s'oppose à la consécration d'une cause de responsabilité de la société indépendante de l'existence d'une faute imputable aux organes de la personne morale. Pour cette même raison, la précision selon laquelle la faute de la personne morale peut également résulter d'un « *défaut d'organisation et de fonctionnement* » semble superflue.

²²⁹⁶ J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 171 ; R. BERNARDINI, *Rép. pén.*, *Dalloz*, v° « Personne morale », *op. cit.*, n° 56. Ainsi, il n'est pas nécessaire, pour condamner l'être moral, comme le soutenaient certains auteurs au lendemain de la réforme de 1992 qui a refondu le code pénal français, de démontrer l'existence d'une faute de l'organe d'une part, et d'une faute personnelle de la société d'autre part, qui consisterait dans le fait, pour la personne morale, d'avoir permis ou favorisé, par une organisation ou une politique défectueuse, la commission de l'infraction par la personne physique : en ce sens, v. par ex. C. DUCOULOUX-FAVARD, « Quatre années de sanctions pénales à l'encontre des personnes morales », *D.* 1998, chron. p. 395.

²²⁹⁷ Cass. crim., 26 juin 2001, n° 00-83.466, préc.

²²⁹⁸ Il n'est pas pour autant question d'une responsabilité personnelle de la société par ricochet. La responsabilité par ricochet suppose que l'infraction soit d'abord établie dans tous ses éléments légal, matériel et moral, en la personne de l'organe, tandis que ses conséquences (culpabilité, imputabilité de la faute) seraient dans un second temps « reflétées » sur l'être moral. Or, il existe des hypothèses dans lesquelles la personne morale peut voir sa responsabilité engagée sans que la culpabilité de l'organe ne soit retenue. Il en est ainsi lorsque l'organe remplit la réserve à la mise en œuvre de sa responsabilité posée par l'article 121-3, alinéa 4 (« *les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et*

la personne morale est, comme en matière délictuelle, personnelle et directe ; elle n'est pas conditionnée par la responsabilité de son dirigeant²²⁹⁹.

754. La théorie de l'organe n'est cependant pas à l'abri de critiques. Si elle permet de justifier le fait que le droit positif considère la faute du dirigeant comme étant celle, personnelle, de la société, deux éléments en particulier ébranlent le bien-fondé de cette théorie.

En premier lieu, il s'agit de la possibilité de retenir, pour un même fait, la double responsabilité de la personne morale et de son organe. En second lieu, cette théorie ne permet pas d'expliquer la possibilité offerte à la société d'engager la responsabilité de l'organe, lequel ne bénéficie d'une immunité qu'à l'égard des tiers.

Sous-section 2 / L'altérité entre les personnes physique et morale

755. La théorie de l'incarnation de la personne morale par son dirigeant surmonte la difficulté tenant à l'assimilation parfaite de l'organe au groupement personnifié (à leur confusion²³⁰⁰). Formulée au début du XXI^{ème} siècle en France par Monsieur QUIEVY, cette théorie conçoit la personne morale comme étant l'être incarné et son dirigeant l'hypostase par laquelle elle se manifeste dans le monde sensible, au moyen d'une personnification complète.

756. Comme le relève l'auteur à l'origine de cette théorie²³⁰¹, la notion d'incarnation ne bénéficie actuellement d'aucune assise juridique ; aussi l'auteur analyse deux de ses

qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer »). Il en va de même dans le cadre de délits qui ne sont pas visés par ce texte : la responsabilité pénale de la société peut être retenue alors même que l'organe à l'origine de l'infraction aurait été relaxé : v. par ex. Cass. crim., 28 avr. 2009, n° 08-83.843 : *Bull. crim.* n° 80 (F-P+F) ; R.T.D. com. 2009, n° 4, p. 813, note B. BOULOC ; J.C.P. éd. G. 2009, n° 45, p. 18, note J.-Y. MARECHAL ; J.C.P. éd. S. 2009, n° 38, p. 40, note T. TAURAN ; *Dr. social* 2009, n° 7/8, p. 875, note F. DUQUESNE ; *Gaz. Pal.* 2009, n° 179-181, p. 4, note M.-C. SORDINO. – Crim., 2 oct. 2012, n° 11-85.032 : *Bull. crim.* n° 206 ; RJS 2013, n° 1, p. 75 ; *Dr. social* 2013, n° 3, p. 269, note R. SALOMON (parmi 3 arrêts) ; AJDP 2013, n° 2, p. 99, note J. LASSERRE CAPDEVILLE ; J.C.P. éd. S. 2012, n° 51, p. 37, note A. CŒURET ; *Lexbase éd. S.* 2012, n° 506, note S. TOURNAUX. – Crim. 8 janv. 2013, n° 12-81.102, *Dr. pénal.* 2013. 55.

²²⁹⁹ Ce qui n'empêche pas le dirigeant d'être personnellement poursuivi en cas d'infraction intentionnelle ou de faute d'imprudence caractérisée ou délibérée ; simplement, sa culpabilité et son imputabilité seront appréciées indépendamment : J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 172, p. 277, note 207.

²³⁰⁰ Phénomène qui fera dire à JELLINEK que « *derrière l'organe, il n'y a rien* » : *System der subjectiven Rechte*, p. 29 (cité par J.-F. QUIEVY, *ibid.*, n° 192, p. 309, note 1).

²³⁰¹ La notion d'incarnation a auparavant été exploitée en doctrine à des fins descriptives. V. par ex. D. OHL, « Recherche sur un dédoublement de personnalité en droit pénal (à propos d'une responsabilité pénale de la

occurrences, dans la théologie chrétienne, d'une part, et dans la théorie politique des deux corps du roi du XVI^{ème} siècle, d'autre part. Monsieur QUIEVY constate, dans ces deux contextes, l'existence d'un schéma qui peut être transposé à la « représentation » de la personne morale. En effet, concernant l'incarnation religieuse et politique, on observe « *le phénomène par lequel un être humain (Jésus, le Roi) représente dans le monde des humains, un être impalpable – idée abstraite (Couronne) ou être suprême (Dieu) – avec lequel il se confond à certains égards, tout en conservant sa nature humaine* »²³⁰², et donc son individualité²³⁰³. En fait, ce que n'ont pas repéré les partisans de la théorie organique, c'est que la « *confusion de la société avec son dirigeant ne fonctionne que dans un sens* »²³⁰⁴ : l'être moral s'incarne en la personne du dirigeant, mais ce dernier préserve sa nature humaine. Le dirigeant cumule donc deux personnalités, qui concourent à une seule personne et une seule hypostase (à la manière du Roi, qui réunit en sa personne un corps naturel et un corps politique, la Couronne qu'il incarne, qui ne sont pas séparés, mais indivisibles)²³⁰⁵.

Cette altérité entre la personne humaine et l'être moral se perçoit tant dans l'ordre sociétaire interne qu'externe.

757. **L'altérité de la personnalité du dirigeant et de la société dans l'ordre interne.**

Dans ses rapports avec la société, le dirigeant se voit imposer un certain nombre d'obligations à l'égard du groupement (par exemple de gérer avec diligence, compétence et loyauté les affaires sociales ; de rembourser la société lorsqu'elle a été condamnée à indemniser un tiers pour la faute qu'il a matériellement commise). Il est également susceptible d'engager sa responsabilité personnelle envers la société (par le biais d'une action sociale) ou les associés (par le biais d'une action individuelle), selon l'intérêt lésé, s'il viole les statuts, les dispositions législatives ou réglementaires ou qu'il commet une

personne morale qui n'exclut pas celle du dirigeant personne physique) », *op. cit.*, p. 373, qui écrit que « *certaines personnes physiques, plus que d'autres, sont censés incarner le groupement et leur conduite est réputée celle de la personne morale* » ; Cl. MOULONGUI, art. préc., affirmant que « *les organes sont l'incarnation de la personne morale* » ; J-F. BARBIERI, note sous Cass. crim., 3 janv. 2006, préc., p. 9 et spéc. p. 13. V. égal. en jurisprudence, Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-18.833 : *Bull. joly* 2007, § 149, note C. ARSOUZE, où les juges affirment que « *le dirigeant agissant dans l'exercice de ses fonctions incarne la société au nom et pour le compte de laquelle il s'exprime* ».

²³⁰² J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 157, p. 257.

²³⁰³ Nombreux sont les auteurs à avoir constaté un « dédoublement de personnalité » en la personne du dirigeant : v. par ex. M. LORNE, thèse préc., p. 91 ; G. MARTIN, thèse préc., n° 108 ; J. GUYENOT, thèse préc., n° 104.

²³⁰⁴ J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 192, pp. 309-310.

²³⁰⁵ J.-F. QUIEVY, *ibid.*, n° 215, pp. 343-344.

faute de gestion²³⁰⁶. En effet, la théorie jurisprudentielle de la faute séparable des fonctions ne joue pas dans l'ordre interne, soit dans le cadre des rapports entre, d'une part, le dirigeant et, d'autre part, la société elle-même ou ses associés²³⁰⁷. Où l'on comprend que, dans l'ordre interne, le dirigeant a une personnalité distincte de l'être moral²³⁰⁸.

758. L'altérité de la personnalité du dirigeant et de la société dans l'ordre externe. Dans l'ordre externe, en toute hypothèse, le dirigeant peut s'engager personnellement, dès lors qu'il ne signe pas sous la dénomination sociale, mais sous sa propre signature²³⁰⁹, et ce quand bien même il aurait agi dans l'exercice de ses fonctions²³¹⁰. Également, en matière délictuelle, on observe un « *dédoublement externe des personnalités* »²³¹¹ lorsque le dirigeant se rend coupable d'une faute séparable de ses fonctions, soit, selon les termes de la jurisprudence, lorsqu'il « *commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales* »²³¹². Dans ce sens, la Cour de cassation a récemment jugé, dans une décision du 18 septembre 2019, que la faute détachable ou séparable constitue un « *acte personnel du dirigeant, que ce soit vis-à-vis des tiers ou de la société* » (2^{ème} attendu), faisant naître à sa charge une dette de réparation

²³⁰⁶ V., concernant les gérants de SARL, l'article L. 223- 22, al. 1^{er}, C. com. ; concernant le directeur général et les directeurs généraux délégués, v. l'article L. 225- 251 C. com.

²³⁰⁷ La Cour de cassation a décidé que « *la mise en œuvre de la responsabilité des administrateurs et du directeur général à l'égard des actionnaires agissant en réparation du préjudice qu'ils ont personnellement subi, n'est pas soumise à la condition que les fautes imputées à ces dirigeants soient intentionnelles, d'une particulière gravité et incompatibles avec l'exercice normal des fonctions sociales* » : Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21.547 et 08-21.793 : D. 2010. 761, note A. LIENHARD, J.C.P. éd. E. 2010. 1483, note S. SCHILLER. V. égal. Civ. 1^{ère}, 15 mai 2007, n° 06-12.317 (F-D) : Dr. sociétés 2007, comm. 151, note R. MORTIER.

²³⁰⁸ J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 211, p. 335.

²³⁰⁹ En jurisprudence, v. par ex. Cass. com., 22 févr. 2005 : Bull. joly 2005, § 197.

²³¹⁰ J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 212, pp. 335-336.

²³¹¹ J.-F. QUIEVY, *ibid.*, n° 213, p. 336.

²³¹² Critère retenu pour la première fois par l'arrêt SATI : Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17.092 : Bull. civ. IV, n° 84 ; D. 2003, AJ p. 1502, obs. A. LIENHARD ; Rev. soc. 2003, p. 479, note J.-F. BARBIÈRI ; Bull. Joly 2003, p. 786, note H. Le NABASQUE ; RJDA 2003, n° 842, p. 717, avis R. VIRICELLE ; J.C.P. éd. E 2003, p. 1203, n° 2, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; Dr. sociétés 2003, Comm. n° 148, note J. MONNET ; Banque et droit sept-oct. 2003, p. 64, obs. M. STORCK. Dans le même sens, v. Com., 4 juill. 2006, n° 05-13.930 : Bull. civ. IV, n° 166 ; D. 2006. 1958, obs. A. LIENHARD, et 2007. 267, obs. J.-C. HALLOUIN et E. LAMAZEROLLES ; R.T.D. com. 2006. 848, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET. – Com., 10 févr. 2009, n° 07-20.445, Bull. civ. IV, n° 21 ; D. 2009. 559, obs. A. LIENHARD, 1240, chron. R. SALOMON, et 2010. 287, obs. J.-C. HALLOUIN ; Rev. soc. 2009. 328, note J.-F. BARBIÈRI ; R.T.D. civ. 2009. 537, obs. P. JOURDAIN ; Dr. sociétés 2009. Comm. 161, obs. D. GALLOIS-COCHET. Dans ce dernier arrêt, les juges sont venus préciser que seuls les deux premiers éléments – la faute intentionnelle et sa gravité – fondaient le caractère incompatible de la faute avec l'exercice de fonctions sociales ; qu'ainsi, un dirigeant pouvait commettre une faute séparable en agissant « *dans les limites de ses attributions* ».

qui lui est propre (3^{ème} attendu)²³¹³. La rémanence de la personnalité du dirigeant coupable d'une faute séparable ou détachable s'explique par la nature du devoir qu'il a ainsi méconnu : celui, personnel, incombant à chaque personne, de ne pas léser gravement et volontairement les tiers, devoir qui s'ajoute (et se distingue) à celui, inhérent à ses fonctions directoriales, de gérer avec diligence et loyauté les affaires sociales. La « *confusion s'efface (...) quand [le] comportement [du dirigeant] révèle l'attitude malveillante que seuls des êtres incarnés doués d'esprit et de chair peuvent avoir* »²³¹⁴. Comme le relève Monsieur QUIEVY, le phénomène de dédoublement de personnalité du dirigeant est cumulatif : ce dernier préserve sa personnalité humaine en même temps qu'il incarne la personne morale. C'est la raison pour laquelle la victime peut rechercher cumulativement la responsabilité civile de la société (sur le terrain délictuel ou contractuel, si les parties sont liées par un contrat) et celle, délictuelle, de son dirigeant, pour faute séparable des fonctions²³¹⁵.

La même logique se retrouve en droit pénal, où la responsabilité pénale du dirigeant, auteur matériel de l'infraction, peut être engagée aux côtés de celle de la personne morale, pour « *les mêmes faits* » (article 121-2, alinéa 3). Conformément à l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal, la responsabilité pénale du dirigeant peut être recherchée pour toute infraction intentionnelle ainsi que pour toute faute délibérée ou caractérisée ayant directement ou indirectement causé un préjudice. Ces différentes fautes constituent le pendant pénal de « la faute détachable des fonctions » en matière civile : « *[l]a nature pénale de la faute présume en effet irréfragablement que le dirigeant est sorti de ses fonctions, quoiqu'il ait à l'évidence agi (...) dans le cadre de son activité sociale* »²³¹⁶.

²³¹³ Cass. com., 18 sept. 2019, n° 16-26.962, préc.

²³¹⁴ J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 213, p. 340.

²³¹⁵ J.-F. QUIEVY, *ibid.* *Contra*, R. MORTIER, « L'impossible report de la responsabilité du dirigeant sur la société », note préc. : selon l'auteur, l'arrêt commenté consacre implicitement le principe selon lequel « *[l]a faute "personnelle" du dirigeant est exclusive de la responsabilité de la société, à titre récursoire comme à titre principal* », dès lors que les juges ont relevé que « *la faute pénale intentionnelle commise par le dirigeant est un acte personnel dont il doit seul assumer les conséquences* ».

²³¹⁶ R. SALOMON, « Faute du dirigeant détachable de l'exercice de ses fonctions et autonomie du droit pénal », note sous Cass. crim., 5 avr. 2018, n° 16-87.669, *Dr. sociétés*, vol. 6, juin 2018, n° 1.2. V. Cass. com., 28 sept. 2010, n° 09-66.255 (arrêt de principe) : *Dr. sociétés* 2010, comm. 225, note M. ROUSSILLE ; J.C.P. éd. E. 2011, 1000, n° 1, chron. FI. DEBOISSY et G. WICKER ; J.C.P. éd. G. 2010, 1177, note C. BENOIT-RENAUDIN ; *B.J.S.* 2010, p. 976, note A. COURET : « *Attendu que le gérant d'une société à responsabilité limitée qui commet une faute constitutive d'une infraction pénale intentionnelle, séparable comme telle de ses fonctions sociales, engage sa responsabilité civile à l'égard des tiers à qui cette faute a porté préjudice* ». Plus récemment, v. Com., 18 sept. 2019, n° 16-26.962, préc. (où les juges rappellent que « *la faute pénale intentionnelle du dirigeant est par essence détachable des fonctions, peu important qu'elle ait été commise dans le cadre de celles-ci* ». – 3^{ème} civ., 14 déc. 2017, n° 16-24.492, préc. – 3^{ème} Civ, 10 mars 2016, n° 14-15.326, préc. – 1^{ère} Civ., 17 févr. 2016, n° 15-13.402 : *Bull. Joly* 2016. 278, J- F BARBIERI. – Com., 9 déc. 2014, n° 13-26.298 : *RDI* 2015. 84, obs. P. DESSUET. V.

759. Les théories de l'organe et de l'incarnation ont permis de mettre en avant la spécificité de l'action de la personne morale par le biais de ses organes : à travers l'organe, c'est la personne morale elle-même qui agit, car l'organe *personnifie* l'être moral (ce qui ne l'empêche pas de préserver son individualité, comme l'a révélé la théorie de l'incarnation).

760. Le régime applicable à la direction sociale la distingue formellement de toute technique de représentation. La représentation revêt une structure tripartite qui opère une distribution particulière des volontés : il importe de distinguer, d'un côté, le sujet auteur de l'acte de volonté et, de l'autre, le sujet attributaire des droits exercés et d'imputation de cet acte²³¹⁷. Cette structure binaire ne se retrouve pas dans la relation organe/groupement, car l'organe n'agit pas en qualité de tiers (donc « *au nom d'autrui* [le groupement] ») lorsqu'il accomplit des actes pour son compte. Ceux-ci sont réputés, en droit, avoir été accomplis par le groupement lui-même, quelle que soit la nature juridique, matérielle, ou délictuelle de ces actes. Si « *dans les faits*²³¹⁸ [le dirigeant et le représentant] *décident seuls pour autrui, sur le plan juridique*²³¹⁹, le représentant exprime sa volonté propre alors que le dirigeant déclare celle de la société, sans coopération, en fait ou en droit, avec elle »²³²⁰. Comme l'écrit encore Monsieur REINER, la représentation organique ne correspond pas à la « *représentation dans le sens de **Stellvertretung***²³²¹ parce que l'organe n'ayant pas de personnalité juridique il n'est pas une autre personne qui se prononcerait au lieu de l'entité à laquelle il appartient »²³²².

toutefois Com., 3 mai 2018, n° 16-23.627 : RJDA n° 7-2018, n° 583, où les juges considèrent que le dépôt tardif des comptes, bien que sanctionné pénalement, ne constitue pas en soi une faute détachable. Cette solution serait justifiée par le caractère non intentionnel de la faute pénale en cause. La chambre criminelle s'est en outre récemment prononcée contre l'introduction en droit pénal de la notion de faute détachable : Crim. 5 avr. 2018, n° 16-87.669 et 16-83.961 : J.C.P. éd. E. 2018, 1360, note R. SALOMON. Pour une analyse critique de cette solution, v. O. DEXANT DE BAILLIENCOURT, art. préc.

²³¹⁷ Cf. *supra*, n° 119.

²³¹⁸ En italique par l'auteur.

²³¹⁹ En italique par l'auteur.

²³²⁰ J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 153, p. 247.

²³²¹ Sur cette notion, v. note 2094.

²³²² G. REINER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand », in D. MAZEAUD, *et al., op. cit.*, p. 33.

En raison de la structure particulière de l'organe, l'action du dirigeant ne produit pas « *l'imputation dérogatoire* » caractéristique de la représentation, mais celle, ordinaire, de tout contrat auquel une personne donne son consentement »²³²³ : la société est non seulement le sujet dont les droits sont exercés et le sujet d'imputation, mais elle est également réputée, en droit, être *auteur* de l'acte. Souscrivant l'acte juridique de la société elle-même, le dirigeant n'agit alors pas, à proprement parler, « au nom de la société » (selon une expression communément employée par le législateur). En ce sens, il serait plus juste, comme le relève Monsieur QUIEVY, de dire que le dirigeant agit « sous la dénomination sociale »²³²⁴.

761. Comment ces différences de régime peuvent-elles être expliquées et quelle en est la portée pratique ?

L'organe remplit par *hypothèse* une fonction « d'engendrement » (parce qu'il est de son essence d'être la voix de la personne morale dans le monde sensible), ce que l'on exprime par l'idée selon laquelle le dirigeant « est » la personne morale. Puisque la « vie » sociale est « littéralement » rendue possible par l'activité matérielle et juridique du dirigeant, ses actes sont réputés être ceux du groupement.

Le pouvoir de représentation, en lui-même, n'a pas vocation à remplir cette fonction, puisque ce pouvoir n'est jamais, au fond, qu'un pouvoir d'exécution (un « instrument de mise en œuvre » d'une décision, d'une volonté du représenté, sujet de droit à part entière) : quelle que soit la marge de manœuvre laissée au représentant, en exerçant son pouvoir, il ne fait qu'*exécuter* sa mission. Le représentant n'est donc pas réputé « être le représenté » ni avoir pris la décision initiale. Ainsi la technique de la représentation fait-elle toujours concourir *deux* volontés : celle du représenté au moment de l'octroi de la mission, et celle du représentant lors de son exécution. C'est pourquoi l'imputation de ses actes au représenté ne peut être fondée, en ce qui concerne ses actes juridiques, que sur un pouvoir, et, en ce qui concerne ses actes matériels et délictueux, que sur les ressorts d'une responsabilité du fait d'*autrui*²³²⁵ (en l'occurrence, celle de la personne morale prise en sa qualité de commettant).

²³²³ J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 154, p. 251.

²³²⁴ J.-F. QUIEVY, *ibid.*

²³²⁵ Cf. *infra*, n° x.

762. On doit déduire de ces développements que les dirigeants sociaux ne sont désignés comme des « *mandataires* » (représentants) que par habitude ou abus de langage²³²⁶ ; il s'agit « *d'avantage d'une appellation que d'une qualification* »²³²⁷. L'organe social et la technique de la représentation présentent donc des divergences *irréductibles*²³²⁸, condamnant toute possibilité de réduire la gouvernance sociale à une forme *originale* de représentation²³²⁹.

763. L'auteur de la théorie de l'incarnation soutient en outre que le délégataire remplit, à l'instar du dirigeant social, le rôle d'hypostase, et donc qu'il incarne lui aussi la personne morale²³³⁰.

Monsieur QUIEVY ne justifie pas précisément l'assimilation qu'il opère entre le statut juridique de l'organe social et celui du délégataire ; il distingue seulement le délégataire du simple mandataire, voué à accomplir un acte déterminé²³³¹.

Au soutien de la thèse de l'auteur, il est en effet possible de relever, dans certaines circonstances, une apparente analogie de traitement entre l'organe et le délégataire pour leurs faits matériels constitutifs d'infractions pénales, sources de responsabilité pour leur auteur²³³² et pour la personne morale pour le compte de laquelle elles ont été réalisées²³³³. L'article 121-2 du Code pénal fonde cette analogie sur la qualité de « représentant » du substitut. Il a été mis en évidence que cette notion ne visait pas le titulaire du pouvoir d'agir *au nom* d'autrui (seule catégorie de représentant relevant de la théorie de la représentation)²³³⁴, mais le délégataire fonctionnel²³³⁵ (soit celui doté de « l'autorité, des

²³²⁶ Pour Monsieur BERDAH, la notion de « mandataire social » n'est vraisemblablement qu'un terme sans connotation juridique précise : J.-P. BERDAH, *op. cit.*, n° 4.

²³²⁷ Ch.-W. CHEN, thèse préc., n° 49, p. 31.

²³²⁸ G. MARTIN, thèse préc., n° 64.

²³²⁹ En ce sens, v. par ex., P. MERLE et A. FAUCHON, *op. cit.*, n° 117, p. 141 ; M. GERMAIN, V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, L.G.D.J., 20^{ème} éd., 2011, n° 1149 (« *Il y a une représentation originale de la personne morale par les organes que la loi a institués (...)* »).

²³³⁰ V. J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 204, pp. 326-327.

²³³¹ J.-F. QUIEVY, *ibid.*, n° 205, p. 327. On relèvera que l'argument tiré de l'étendue des pouvoirs du délégataire (et supposément leur caractère habituel) est contredit par l'analyse du droit comparé : l'étendue des attributions du fondé de pouvoir dans la sphère externe, qui recourent pratiquement celles des organes sociaux, ne remet nullement en cause sa qualité de représentant. Il partage ce statut avec le fondé de procuration ordinaire, habilité à ne réaliser ne serait-ce qu'un acte déterminé.

²³³² *Cf. infra*, n° 771 et s.

²³³³ *Cf. infra*, n° 799 et s.

²³³⁴ *Cf. supra*, n° 245.

²³³⁵ *Cf. supra*, n° 368.

moyens et de la compétence » nécessaire pour exercer une fonction directoriale en lieu et place du chef d'entreprise dans l'ordre interne). L'analogie de statut proposée par l'auteur ne se discute donc qu'en ce qui concerne le titulaire d'une délégation fonctionnelle.

Celle-ci sera éprouvée à l'occasion de la confrontation de cette technique par rapport au mandat social²³³⁶. En ce qui concerne le bénéficiaire d'une délégation du pouvoir de représentation, sa qualité de représentant l'exclut par définition du rôle d'hypostase.

764. **Conclusion de la Section 2.** Il nous a été permis de mettre en évidence les différences irréductibles qui existent dans les modalités d'action d'un organe social, d'une part, et d'un représentant (déléataire du pouvoir de représentation et fondé de pouvoir), d'autre part. À la différence du représentant, qui agit comme un tiers au groupement représenté, l'organe a la particularité de se confondre avec l'être moral pour le compte duquel il agit, aussi bien dans le domaine des actes juridiques que des actes matériels. Ce phénomène s'explique au regard de la fonction d'engendrement de l'être moral remplie par l'organe social. Cette confusion des personnalités de l'être moral et de l'organe n'est toutefois pas absolue, ainsi que l'a mis en évidence Monsieur QUIEVY, à l'origine de la théorie de l'incarnation de la personne morale par son organe.

C'est donc la nature du lien qui unit chacun de ces acteurs – représentant conventionnel (volontaire), d'une part, et organe social, d'autre part – qui fonde leur distinction, et non la délimitation légale et impérative des pouvoirs de l'organe à l'égard des tiers (caractéristiques attribuées à la « théorie de la prokura »).

Ces règles se trouvent étendues aux agents destinés à remplir le rôle d'alter ego de l'entrepreneur dans la sphère sociale externe : ainsi du fondé de pouvoir dans le modèle germanique et des représentants statutaires en droit français, leur habilitation étant en outre, comme en ce qui concerne la représentation organique, soumise à des formalités de publicité obligatoires.

²³³⁶ Cf. *infra*, titre II, Partie II.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

765. À la différence des droits allemand et polonais, qui opèrent une nette distinction entre, d'un côté, le dirigeant – organe social – et, d'un autre côté, le représentant volontaire (conventionnel) – fondé de procuration ou fondé de pouvoir –, le premier étant lié à la société par un lien de nature organique et le second par un lien de représentation, nombreux sont les auteurs, en France, qui considèrent que l'action des organes sociaux correspond à une application de la représentation.

La théorie de la représentation est cependant, comme on l'a vu, impuissante à saisir les particularités des conditions et effets spécifiques attachés à l'action d'un organe social. L'organe a la particularité de personnifier le groupement pour le compte duquel il agit : il se confond avec lui dans la réalisation des actes tant juridiques que matériels, phénomène qui s'explique au regard de la fonction d'engendrement remplie par l'organe.

C'est pourquoi la théorie de la *prokura* ne concerne pas la structure organique du groupement, mais seulement les agents destinés à remplir le rôle d'*alter ego* de l'entrepreneur dans la sphère sociale *externe* (soit ceux investis d'un pouvoir général d'action dans la sphère externe).

766. D'un point de vue formel, le droit français a choisi de permettre la déconcentration maximale du pouvoir d'action dans la sphère externe à travers l'institution de représentants statutaires. Cette forme de déconcentration est toutefois limitée à de nombreux égards : exception faite de la SAS, le nombre de ces acteurs sociaux est restreint par les textes. En outre, le recours à la déconcentration organique n'est pas laissé à l'entière discrétion du chef d'entreprise, circonstance qui contraste avec son rôle contemporain qui « *tend à se focaliser exclusivement sur cette fonction stratégique* [d'organisation de l'activité de l'entreprise] »²³³⁷. Ces différents facteurs expliquent que le pouvoir général d'action dans la sphère externe soit souvent dévolu dans la pratique, en particulier dans les sociétés d'une très grande taille, à des représentants conventionnels ordinaires, par l'octroi d'une multitude de délégations spéciales.

767. En droit français, dans certaines hypothèses, organes sociaux et substituts se trouvent néanmoins soumis à des règles communes, comme en témoigne l'article 121-2 du

²³³⁷ Cf. *infra*, n° 793.

Code pénal, qui impute à la personne morale les infractions commises par son compte par ses organes ou représentants. Le « représentant » visé par l'article n'est pas celui qui est habilité à accomplir des actes juridiques *au nom* d'autrui (seule catégorie de représentants relevant de la théorie de la représentation), mais celui doté de « l'autorité, des moyens et de la compétence » nécessaire pour exercer une fonction directoriale en lieu et place du chef d'entreprise, donc le titulaire d'une délégation fonctionnelle.

On verra toutefois que cette analogie ne permet pas de conclure à une identité de statuts entre ces deux acteurs sociaux – organe et délégataire fonctionnel. C'est ce que l'on pourra déduire de l'analyse des divergences que présente l'exercice d'une fonction directoriale par son titulaire légal par rapport à celle qu'exerce le titulaire d'une délégation fonctionnelle.

768. En droit français, l'exercice d'une fonction directoriale en lieu et place du chef d'entreprise justifie, sous certaines conditions établies en droit pénal et en droit du travail, que le délégué fonctionnel soit traité comme l'organe revêtant la qualité de chef d'entreprise en ce qui concerne ses obligations, responsabilités et incompatibilités (**Section 1**).

Ces circonstances semblent induire qu'en France, le délégué fonctionnel personnifie dans ces hypothèses la société, et donc qu'il l'incarne, à l'instar d'un organe social.

Les conditions d'exercice de la fonction directoriale par le titulaire d'une délégation fonctionnelle ainsi que le régime de sa responsabilité civile font toutefois obstacle à la possibilité de déduire de ces éléments une quelconque assimilation entre son statut et celui de l'organe social (**Section 2**).

Section 1 / Une analogie conditionnée entre les régimes applicables au chef d'entreprise et au délégué fonctionnel

769. Il importe de distinguer la faculté pour les dirigeants de se substituer des tiers dans l'exercice de fonctions directoriales des effets que cette association est susceptible de produire dans les différentes branches du droit concernées (en particulier en droit pénal et en droit du travail), lesquelles relèvent d'un choix de politique législative et jurisprudentielle propre à ces matières²³³⁸.

En ce qui concerne les effets de cette association, le droit français a la particularité d'aligner certains aspects du régime applicable à l'organe doté de la qualité de chef d'entreprise au délégué fonctionnel tant en droit du travail (**Sous-section 2**) qu'en matière pénale (**Sous-**

²³³⁸ Dans ce sens, v. par ex., J.-F. BARBIERI, art. préc., n° 2, qui écrit que « *la délégation de pouvoirs (...) n'a acquis une vertu exonératoire au profit du chef d'entreprise qu'au travers de la jurisprudence de la chambre criminelle, et à compter d'un célèbre arrêt du 28 juin 1902* » (nous soulignons).

section 1). Cette équipollence est subordonnée à la réunion de plusieurs critères qui sont propres au droit pénal et au droit du travail²³³⁹.

Sous-section 1 / En droit pénal

770. Au début du XX^{ème} siècle, la jurisprudence française admet que l'exercice d'une fonction directoriale en lieu et place du chef d'entreprise puisse avoir pour effet de substituer le délégataire fonctionnel dans les obligations et responsabilités pénales du chef d'entreprise. Ce phénomène, généralement présenté comme un outil d'exonération du chef d'entreprise s'analyse en vérité, comme on l'a vu²³⁴⁰, comme une cause de non-imputabilité pour le chef d'entreprise (et d'imputabilité pour le délégataire), subordonnée à plusieurs conditions établies par les juges et ponctuellement reprises par les textes²³⁴¹ (§ 1).

Avec l'introduction du nouveau Code pénal de 1994, qui a créé l'article 121-2 (d'après lequel la personne morale est responsable des actes commis par ses « *organes ou représentants* »), la jurisprudence a également admis qu'il était possible d'imputer à la personne morale, outre les infractions pénales commises pour son compte par ses organes, celles émanant d'un titulaire d'une délégation fonctionnelle (§ 2).

§ 1 – La délégation fonctionnelle : une possible cause de non-imputabilité pour le chef d'entreprise en droit français

771. En droit français, la jurisprudence a admis dans un arrêt de 1902²³⁴² que la délégation fonctionnelle puisse, à certaines conditions, opérer comme une véritable cause de non-imputabilité pour le délégant²³⁴³. Les infractions aux prescriptions législatives et réglementaires – dont le respect participe des obligations inhérentes aux fonctions de chef d'entreprise²³⁴⁴ – ne peuvent donc être imputées qu'à ce dernier (en l'absence de délégation

²³³⁹ Nous avons vu qu'il convenait de distinguer les conditions d'existence de la délégation fonctionnelle de ses conditions d'efficacité dans les différentes matières concernées par sa mise en œuvre : *cf. supra*, n° 392. La disparité des impératifs poursuivis par ces matières explique que ces critères ne se rejoignent qu'en partie.

²³⁴⁰ *Cf. supra*, n° 532, et la littérature citée, notes 1560 et 1561.

²³⁴¹ *Cf. infra*, note 2355.

²³⁴² V. Cass. crim., 28 juin 1902, préc.

²³⁴³ *Cf. la littérature citée supra*, note 1560.

²³⁴⁴ N. FERRIER, thèse préc., n° 279, p. 400 ; B. BEDARIDE et S. PLA BUSIRIS, art. préc., n° 4 ; P. STEICHEN, « La responsabilité personnelle des directeurs techniques ayant dans leurs attributions des compétences en matière

fonctionnelle ou lorsque ses conditions d'efficacité en matière pénale ne sont pas réunies) ou²³⁴⁵ au délégataire fonctionnel (lorsque ses conditions d'efficacité en matière pénale sont réunies)²³⁴⁶, le principe de la responsabilité pénale du seul fait personnel (article 121-1 du Code pénal) excluant tout cumul²³⁴⁷.

Dans ce deuxième cas de figure, le substitut est responsable de la violation des règles pénales qu'il devait observer ou faire observer dans les mêmes conditions que l'aurait été le chef d'entreprise en l'absence de délégation fonctionnelle²³⁴⁸, et dans les limites de celle-ci²³⁴⁹. En particulier, sa faute pénale est appréciée dans les mêmes termes que l'aurait été celle du chef d'entreprise²³⁵⁰.

772. La reconnaissance de l'effet « exonératoire » de la délégation fonctionnelle – et sa généralisation en vertu des arrêts de principe de 1993²³⁵¹ – relève d'un choix de politique législative et jurisprudentielle, qui repose sur l'idée que les charges pénales dans l'entreprise sont – par principe (en dehors des fonctions réservées)²³⁵² – liées à la fonction-poste de service, et non à la fonction-titre (de chef d'entreprise)²³⁵³. Nous avons vu que d'autres législations, à l'instar du droit polonais, considèrent au contraire que ces charges pénales sont irréductiblement liées à cette dernière (fonction-titre), avec pour conséquence que l'attribution conventionnelle

d'environnement » in *Revue Juridique de l'Environnement*, n° 1-2, 1996, p. 34 : « [l]e chef d'entreprise est naturellement investi de la mission générale de faire respecter la réglementation ».

²³⁴⁵ En revanche, le délégant reste responsable, à côté du délégataire, s'il a commis une faute distincte qui a elle-même contribué à la survenance d'une infraction pénale : L. NURIT-PONTIER, « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 128. V. par ex., Cass. crim., 4 mars 2008, n° 07-83.628 : RJDA 7/08 n° 860. – Crim., 12 juin 2007, n° 06-85.279. – Crim. 20 mai 2003, n° 02-84.307, préc. – Crim., 17 sept. 2002, n° 01-85.891 : *Dr. pénal* 2003. 9, obs. J.-H. ROBERT ; RSC 2003. 339, obs. R. OTTENHOF ; RJDA 1/2003, n° 30. – Crim. 19 oct. 1995, n° 94-83.884 : *Bull. crim.*, n° 317 ; RJDA 12/1995, n° 1377 ; *Rev. soc.* 1996, p. 323, note B. BOULOC. Il en va de même si le chef d'entreprise est coauteur ou complice de l'infraction reprochée au délégataire : Crim., 17 nov. 2004, n° 04-82.813.

²³⁴⁶ A. CHARVÉRIAT, art. préc., pt. 26, n° 5. V. par ex. Cass. crim., 14 nov. 2006, n° 05-83.367 : J.C.P. éd. S. 2007, n° 25, p. 24, note J.-F. CESARO. – Crim., 14 mars 2006, n° 05-85.889 : *Bull. crim.*, n° 75. – Crim. 21 juin 2000, n° 99-86.433 (inédit) : RJDA 12/2000, n° 1117. – Crim., 12 janv. 1988, n° 85-95.950 : *Bull. crim.* n° 15 ; J.C.P. éd. E. 1988, II, 15256. – Crim., 23 janv. 1975, n° 73-92.615 : *Bull. crim.* n° 30 ; J.C.P. 1976, II, 18333, note J.-H. ROBERT ; D. 1976, 376, note J. SAVATIER.

²³⁴⁷ J.-F. BARBIERI, art. préc., n° 5.

²³⁴⁸ N. FERRIER, thèse préc., n° 296, p. 426.

²³⁴⁹ J.-F. BARBIERI, art. préc., n° 16. En jurisprudence, v. Cass. crim., 12 avril 2005, n° 04-83.101 : *Bull. crim.* n° 129.

²³⁵⁰ N. FERRIER, *loc. cit.* À titre d'exemple, il est soumis à la même obligation de déléguer les pouvoirs qu'il ne peut exercer personnellement de façon efficace (v. Cass. crim., 9 nov. 1998, n° 97-86.647).

²³⁵¹ Cass. crim., 11 mars 1993, n° 90-84.931, n° 92-80.773, n° 91-80.958 et n° 91-80.598, préc.

²³⁵² *Cf. infra*, n° 790 et s.

²³⁵³ *Cf. supra*, n° 532.

d'une fonction-poste de service à un tiers (la délégation fonctionnelle) ne peut avoir pour effet, tout au plus, que d'alléger la responsabilité pénale du chef d'entreprise, sans jamais la supprimer²³⁵⁴.

773. Dans les domaines où la délégation fonctionnelle est susceptible de produire des effets en matière pénale – c'est-à-dire en dehors des fonctions réservées – (C), ceux-ci obéissent à certaines conditions qui ont trait à la personne du délégataire (A) ainsi qu'à la délégation fonctionnelle (B).

A) *Les conditions tenant au délégataire fonctionnel*

774. **Compétence, autorité et moyens du délégataire.** Conformément à une formule jurisprudentielle bien établie – et ponctuellement codifiée dans les textes²³⁵⁵ –, l'efficacité de la délégation fonctionnelle en matière pénale est subordonnée à ce que le chef d'entreprise ait délégué la gestion du service où l'infraction s'est produite à une personne « *pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires* ».

Ces conditions – qui sont cumulatives²³⁵⁶ – ont pour objet de vérifier que le substitut exerce la fonction dans les mêmes conditions que le chef d'entreprise²³⁵⁷, circonstance qui seule justifie qu'il puisse être tenu des mêmes responsabilités. À l'évidence, ces conditions – dont il importe de préciser le contenu – ne peuvent se vérifier, comme on l'a déjà vu, qu'à l'égard de délégataires personnes physiques²³⁵⁸.

²³⁵⁴ Cf. *supra*, n° 533.

²³⁵⁵ V., au sein du Code du travail, les articles R. 4511-9 et R. 237-3. Ces critères apparaissent également dans la circulaire ministérielle du 2 mai 1977 relative à la répression des infractions relatives à l'hygiène et à la sécurité des travailleurs : Circ. min. Justice n° 76 F 890, 2 mai 1977 (non publiée). Ces différents critères apparaissent également dans les textes européens encadrant les audits internes. V. par ex., l'annexe II du Règlement n° 761/2001 du Parlement Européen et du Conseil du 19 mars 2001 permettant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS), qui prévoit que « [l]es audits internes sont effectués par des personnes suffisamment **indépendantes** de l'activité qu'elles contrôlent » (pt. 2.1), « ayant une connaissance et une expérience satisfaisantes des questions pertinentes en matière d'environnement, de management, de technique et de réglementation, de même qu'une formation et une **compétence** suffisantes en ce qui concerne les techniques spécifiques d'audit pour atteindre les objectifs fixés. Les **moyens** et le temps consacrés à l'audit sont proportionnés à la portée et aux objectifs de celui-ci » (pt. 2. 4).

²³⁵⁶ H. MATSOPOULOU, « Le salarié prisonnier de la délégation de pouvoirs », in Colloque Dijon, préc.

²³⁵⁷ V. par ex., Crim., 11 mars 1993, n° 90-84.931, n° 92-80.773, n° 91-80.958 et n° 91-80.598, préc.

²³⁵⁸ Cf. *supra*, n° 437, spéc. note 1296.

775. La « compétence » s'entend comme la connaissance précise (technique et juridique²³⁵⁹) de la réglementation et des obligations que le délégataire a la charge de faire respecter²³⁶⁰. L'exigence de compétence du délégataire a pour but de s'assurer que ce dernier « *est en mesure de prendre les bonnes décisions* »²³⁶¹. Jusqu'à présent, l'exigence d'un diplôme pour sanctionner la compétence n'a jamais été posée en jurisprudence²³⁶². Ce critère est donc apprécié subjectivement par les juges du fond en fonction des circonstances de chaque espèce : outre la qualification professionnelle, les juges mesurent l'ancienneté, l'expérience²³⁶³ du délégataire, etc. On remarquera que ce critère ne saurait, par définition, être rempli vis-à-vis d'une personne privée du droit de gérer²³⁶⁴ : en effet, « *il ne fait pas de doute que l'exercice de [certaines] prérogatives en fait ne saurait valoir compétence en droit* »²³⁶⁵.

776. L'exigence tenant à l'« autorité » du délégataire fonctionnel a pour objet de s'assurer que ce dernier a le « *pouvoir de prendre et d'imposer les mesures commandées*

²³⁵⁹ N. FERRIER, thèse préc., n° 283, p. 407 ; D. GIBIRILA, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 54.

²³⁶⁰ Th. DALMASSO, *La délégation de pouvoirs, op. cit.*, n° 49, p. 60, spéc. n° 58, pp. 66-67. V. par ex. Cass. crim., 2 sept. 2008, n° 08-80.408 : RJDA 3/09 n° 221 : la délégation conférée le jour même de la conclusion d'un contrat de travail est privée d'effet dans la mesure où le délégant n'avait pas pu, dans ces conditions, vérifier si le délégataire présentait bien toutes les qualités requises pour effectuer les tâches qui lui avaient été confiées. – Crim., 26 nov. 1991, n° 90-87.310 (inédit) : une délégation réalisée au profit d'un conducteur de travaux en poste seulement depuis onze jours, n'ayant jamais occupé cette fonction ni reçu de formation le rendant apte à l'accomplir, est jugée inefficace par le juge pénal. V. égal. Crim., 8 févr. 1983, n° 82-92.644 (inédit). – Crim., 25 juill. 1991, n° 90-85.362 : *Dr. pén.* 1992, n° 34. – Crim., 17 févr. 2004, n° 03-81.687 (inédit). – Crim., 25 sept. 2007, n° 06-85.945 (inédit) : CSBP 2008, n° 196, p. 36.

²³⁶¹ N. FERRIER, thèse préc., n° 280, p. 403.

²³⁶² P. STEICHEN, art. préc., p. 37.

²³⁶³ V. par ex. Cass. crim., 8 déc. 2009, n° 09-82.183 : RJDA 4/10 n° 367 ; BRDA 3/2010, n° 2 ; J.C.P. éd. E. 2010, n° 1380, note F. MARMOZ ; *B.J.S.* 2010, n° 6, p. 581, note N. FERRIER ; RLDA mars 2010, n° 2736, note B. BROM : la Cour de cassation retient la responsabilité pénale du chef d'entreprise en dépit d'une délégation accordée à un chef d'équipe âgé de 21 ans, moins d'une année après son arrivée, au motif qu'il n'était pas établi que ce dernier disposait de l'autorité et des compétences suffisantes. V. égal. Crim., 2 sept. 2008, n° 08-80.408, préc.

²³⁶⁴ Cass. crim. 22 août 2018, n° 17-83.966 : *Dr. pén.* 2018, n° 10, obs. P. CONTE ; RJDA 2019, n° 2, p. 125 ; J.C.P. éd S. 2018, n° 40, p. 44, note F. DUQUESNE ; R.T.D. com. 2018 p.1037, note L. SAENKO (parmi 3 arrêts) : selon les juges, la personne interdite de gérer ne pouvant « *ni statutairement, ni par délégation de pouvoirs, accomplir des actes de gestion d'une société* », une gérante n'a pu valablement déléguer cette charge à son époux frappé par cette interdiction. V. égal. Crim., 13 juin 2012, n° 11-85.280 (inédit) : RJDA 5/2013, n° 415 ; *Rev. soc.* 2013. 239, note B. BOULOC ; RJF 11/ 12, n° 1070.

²³⁶⁵ L. SAENKO, « Délégation de pouvoirs et responsabilité pénale du chef d'entreprise : entre compétences, consentement et égalité », note sous Cass. crim., 22 août 2018, Crim., 27 juin 2018, et Crim., 4 sept. 2018, R.T.D. com. 2018 p.1037, p. 3 (éd. élec.).

par les circonstances »²³⁶⁶, ce qui implique qu'il soit à même d'obtenir l'obéissance nécessaire du personnel placé sous son autorité pour garantir la bonne application de la réglementation qu'il est chargé de faire respecter²³⁶⁷.

Cette autorité peut s'exercer sur les hommes (elle se manifeste alors par le pouvoir hiérarchique du délégataire²³⁶⁸, par exemple par la possibilité de prononcer ou faire prononcer une sanction disciplinaire si ses consignes ne sont pas suivies²³⁶⁹) et sur les évènements (par exemple lorsque le délégataire a le pouvoir de décider de faire cesser ou de réorganiser une activité²³⁷⁰).

La condition d'autorité exclut par hypothèse que le délégataire fonctionnel agisse comme un simple exécutant²³⁷¹, ou que le chef d'entreprise s'immisce dans l'exercice de la fonction déléguée²³⁷² (sans préjudice de son obligation de surveillance sur ses conditions

²³⁶⁶ Th. DALMASSO, *La délégation de pouvoirs*, *op. cit.*, n° 48, p. 59.

²³⁶⁷ N. FERRIER, thèse préc., n° 280, p. 403.

²³⁶⁸ V. par ex. Cass. crim., 6 mai 1996, n° 95-83.340, préc., traitant d'une infraction aux règles de facturation, où la Cour décide de priver d'effet une délégation fonctionnelle consentie au chef du secteur produits frais par le directeur de magasin, au motif que l'« établissement des factures relevait du service comptable de l'entreprise et (...) non [du chef du secteur produits frais], lequel ne pouvait manifestement pas donner des instructions à un service sur lequel il n'avait pas autorité ».

²³⁶⁹ N. FERRIER, thèse préc., n° 281, p. 404 ; Th. DALMASSO, *La délégation de pouvoirs*, *op. cit.*, n° 51, p. 61. V. par ex. Cass. [crim., 5 févr. 1985, n° 84-92.639](#) : une délégation fonctionnelle accordée à un chef d'équipe est privée d'effet notamment du fait que son titulaire « pouvait seulement rappeler aux salariés enfreignant les règles de sécurité qu'ils s'exposaient à un licenciement pour faute grave, mais qu'il n'était pas en droit de les obliger, même momentanément, à cesser leur activité ». V. égal. Crim., 8 déc. 2009, n° 09-82.183, préc. – [Crim., 21 nov. 2000, n° 00-80.991 \(inédit\) : Dr. ouvrier 2001, n° 631, p. 134, note M. RICHEVAUX.](#) – [Crim., 4 juin 1998, n° 97-81.186 : J.S.L. 1998, n° 3, p. 16, note M.-C. HALLER.](#)

²³⁷⁰ Th. DALMASSO, *ibid.*, n° 52, p. 61.

²³⁷¹ J.-F. BARBIERI, « Responsabilité du chef d'entreprise et délégation de pouvoirs : images récentes au travers du prisme jurisprudentiel », art. préc., n° 4 ; D. GIBIRILA, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 58. V. par ex. Cass. crim., 13 mai 1996, n° 95-83.057 : une délégation fonctionnelle est jugée inefficace au motif que, comme l'a relevé la cour d'appel, le P-DG « réunissait chaque mois ses directeurs de magasin afin de fixer les prix des marchandises ; qu'il a précisé, concernant les opérations publicitaires, qu'elles étaient décidées de la même manière et que la décision finale lui appartenait (...) ; qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments que les modalités de cette opération ont été décidées par [le P-DG] lui-même et qu'en l'espèce, la délégation de pouvoirs faite à Jean-Noël Y..., qui n'a été qu'un simple exécutant, ne disposant pas de pouvoirs réels, ne peut être invoquée ».

²³⁷² V. par ex. Cass. soc., 21 nov. 2000, n° 98-45.420 : J.S.L. 2000, n° 70, p. 12, note J.-E. TOURREIL ; *Dr. social* 2001, n° 2, P. 209, note J. SAVATIER ; LPA 2001, n° 73, p. 4, note G. PICCA et A. SAURET, jugeant « qu'un salarié titulaire d'une délégation de pouvoirs en matière de sécurité du travail ne peut se voir reprocher une faute dans l'accomplissement de la mission d'organisation et de surveillance qui lui a été confiée lorsque le chef d'entreprise ou l'un de ses supérieurs hiérarchiques s'immisce dans le déroulement des tâches en rapport avec cette mission, supprimant ainsi l'autonomie d'initiative inhérente à toute délégation effective ». V. égal. Com., 26 juin 2007, n° 06-15.867 : RJF 11/07 n° 1335. – Crim., 20 mars 2007, n° 05-85.253 : B.J.S. 2007, p. 953, § 269, note J.-F. BARBIERI, *Rev. soc.* 2007, p. 590, note B. BOULOC. – Crim., 19 oct. 1995, n° 94-83.884, préc. – Crim., 7 juin 2011, n° 10-84.283 (inédit). En doctrine, comp. N. FERRIER, thèse préc., n°281, p. 404.

d'exécution²³⁷³). Pour satisfaire à la condition d'autorité, le délégataire doit en effet disposer d'une certaine autonomie dans l'exercice de son pouvoir de décision²³⁷⁴, ce qui implique, notamment, l'absence de délégations concurrentes portant sur des fonctions identiques²³⁷⁵.

La qualité de cadre permet généralement de présumer que le délégataire dispose d'une autorité suffisante pour assurer ses fonctions²³⁷⁶, mais cela n'exclut pas pour autant les simples salariés ; tout dépend des circonstances de l'espèce.

777. Les « moyens » invoqués visent les moyens matériels, humains et financiers²³⁷⁷ à la disposition du délégataire pour l'exécution de sa fonction, ainsi que les pouvoirs dont ce dernier est investi sur les personnes et les biens de l'entreprise (ainsi du pouvoir de gestion sur l'activité²³⁷⁸ et de représentation, tel le pouvoir d'embaucher ou de licencier du personnel, de négocier avec les tiers ou de transiger²³⁷⁹).

778. Il appartient au chef d'entreprise qui invoque comme moyen de défense l'existence d'une délégation fonctionnelle d'établir la réalité de celle-ci, son étendue et son

²³⁷³ Cf. *infra*, n° 782.

²³⁷⁴ N. FERRIER, thèse préc., n° 281, p. 404 ; Th. DALMASSO, *La délégation de pouvoirs*, *op. cit.*, n° 53, p. 62. Dans le cas contraire, la délégation sera jugée inefficace : v. par ex. Cass. crim., 31 mai 1983, n° 82-93.578, statuant que « si [le] préposé paraissait effectivement compétent pour enregistrer ses observations, il ne possédait pas de pouvoir de décision et était obligé d'en référer constamment à la direction ». V. égal. Crim., 21 juin 2005, n° 04-87.596 (inédit) : *Dr. social* 2005, n° 11, p. 1054, note F. DUQUESNE. – Crim. 20 mai 2003, n° 02-84.307, préc. – Crim., 17 sept. 2002, n° 01-85.891, préc. – Soc., 21 nov. 2000, n° 98-45.420, préc. – Crim., 28 nov. 1996, n° 95-83.103 (inédit). – Crim., 29 mars 1995, n° 94-80.139 (inédit). – Crim., 19 oct. 1995, n° 94-83.884, préc. – Crim., 6 oct. 1993, n° 92-81.919 (inédit) : RJDA 1/1994, n° 110. – Cass. crim., 29 mai 1990, n° 89-84.177 : RJS 8-9/1990, n° 677. – Crim., 21 févr. 1968, n° 67-92.381, préc.

²³⁷⁵ Cf. *supra*, n° 461.

²³⁷⁶ D. GIBIRILA, *Rép. soc.*, *Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 59.

²³⁷⁷ V. par ex. Cass. crim., 12 mai 2009, n° 08-82.187 (inédit) : RLDA 2015, n° 107, p. 56, note E. DAOUD et C. Le CORRE : la délégation fonctionnelle consentie à une personne ne disposant pas de pouvoirs financiers et n'ayant pas de budget pour engager des dépenses de formation en matière de sécurité au travail est jugée inefficace. Dans ce sens égal., Crim., 17 janv. 2006, n° 05-81.254 (inédit). – Crim., 25 mai 2004, n° 03-84.734 (inédit) : *Dr. social* 2004, n° 9/10, p. 903, note F. DUQUESNE. – Crim., 19 août 1997, n° 96-83.944 : *Bull. crim.* n° 285 ; *Rev. soc.* 1997, n° 4, p. 863, note B. BOULOC ; *B.J.S.* 1998, n° 1, p. 36, note C. MASCALA ; *Dr. pén.*, 1997, comm. n° 158, obs. J.-H. ROBERT.

²³⁷⁸ V. par ex. Cass. crim., 11 déc. 1991, n° 95-85.341 (inédit) : une délégation fonctionnelle est privée d'efficacité par les juges car, « en raison du caractère temporaire et précaire des fonctions de la prévenue, nommée chef d'établissement en mai 1993 pour quelques semaines seulement, celle-ci n'avait pas le pouvoir d'améliorer la sécurité par une modification des installations existantes ».

²³⁷⁹ Th. DALMASSO, *La délégation de pouvoirs*, *op. cit.*, n° 55, pp. 64-65. V. par ex. Crim., 16 janv. 2001, n° 00-83.427 (inédit). – Crim., 4 juin 1998, n° 97-81.186, préc. – Cass. crim., 27 févr. 1995, n° 94-82.178.

destinataire²³⁸⁰. Le juge n'a pas à rechercher d'office son existence s'il n'y a pas été invité à le faire par le prévenu²³⁸¹. La preuve de la délégation fonctionnelle peut être rapportée par tout moyen : un écrit n'est donc pas nécessaire²³⁸². Les trois attributs exigés du délégataire fonctionnel (compétence, autorité et moyens) sont souverainement appréciés par les juges de fond²³⁸³, compte tenu de la nature de la fonction déléguée : tout dépend du point de savoir si, en l'absence de telles ou telles compétences, pouvoirs et moyens – humains, matériels – à sa disposition et sous son autorité, ce dernier peut ou non efficacement accomplir sa mission²³⁸⁴.

La teneur de ces attributs est naturellement vérifiée dans les mêmes conditions à l'égard des subdélégataires fonctionnels²³⁸⁵. Également, la subdélégation fonctionnelle est efficace en matière pénale sans qu'il soit nécessaire pour son bénéficiaire de justifier d'une faculté expresse de subdéléguer²³⁸⁶.

779. Une autre condition d'efficacité de la délégation fonctionnelle en matière pénale est parfois invoquée en doctrine, tenant à l'appartenance de son titulaire à l'entreprise du

²³⁸⁰ Cass. crim., 11 oct. 2011, n° 10-87.212 : *Rev. soc.* 2012, p. 52, note H. MATSOPOULOU. – Crim., 5 juill. 1983, n° 82-91.445.

²³⁸¹ Cass. crim., 23 nov. 1950 : *Bull. crim.* n° 267 p. 442 ; *Dr. ouv.* 1952, 358. Ce n'est donc pas au salarié préposé de prouver l'absence de délégation : Crim., 5 févr. 1985, n° 84-94.198.

²³⁸² Cass. crim., 27 févr. 1979, n° 78-92.381, préc.

²³⁸³ V. par ex. Cass. crim., 3 déc. 1998, n° 97-85.615 : *Bull. crim.* n° 332 ; *D.* 1999. IR 40 ; *Rev. soc.* 1999. 405, note BOULOC : « *Attendu que (...) la réalité et la portée de la délégation de pouvoirs, à une personne ayant la compétence, l'autorité et les moyens nécessaires au sein de l'entreprise, que le dirigeant peut invoquer, sont laissées à l'appréciation souveraine des juges du fond (...)* ». V. égal. Crim., 15 mars 2016, n° 14-85.078. – Crim., 24 janv. 2012, n° 11-84.045 : R.S.C. 2013, n° 1, p. 93, note C. AMBROISE-CASTEROT. – Crim., 23 mai 2007, n° 06-87.590, préc. – Crim., 8 nov. 2005, n° 04-87.304. Par conséquent, ce moyen de défense du chef d'entreprise ne saurait être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation (Crim., 7 avril 2004, n° 03-83.512. – Crim. 8 juin 2004, n° 03-86.331) ni même en appel (Crim., 26 juin 1952, *Droit social* 1952, p. 602, rapport PATIN, cité par P. STEICHEN, art. préc., p. 41, note 62)

²³⁸⁴ N. FERRIER, thèse préc., n° 281, p. 405.

²³⁸⁵ D. GIBIRILA, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 56. V. par ex. Cass. crim., 25 sept. 2007, n° 06-85.945, préc. – Crim., 17 janv. 2006, n° 05-81.254, préc. – Crim., 30 oct. 1996, n° 94-83.650 : *Bull. crim.*, n° 389 ; BRDA 2/1997, p. 3 ; RJDA 3/1997, n° 361 ; *B.J.S.* 1997, n° 120, p. 300, note C. MASCALA ; RSC 1997, p. 634, obs. B. BOULOC.

²³⁸⁶ Cass. crim., 30 oct. 1996, n° 94-83.650, préc. (« *l'autorisation du chef d'entreprise dont émane la délégation de pouvoirs initiale n'est pas nécessaire à la validité des subdélégations de pouvoirs, dès lors que celles-ci sont régulièrement consenties et que les subdélégataires sont pourvus de la compétence, de l'autorité et des moyens propres à l'accomplissement de leur mission* »). Initialement, la jurisprudence exigeait que le chef d'entreprise ait prévu expressément la possibilité pour le délégataire de sous-déléguer ses fonctions : Crim., 8 févr. 1983, n° 82-92.364. Cette absence de formalisme encadrant la subdélégation fonctionnelle doit néanmoins tenir compte de ce que l'octroi du pouvoir de représentation par le subdéléguant est, quant à lui, subordonné à son autorisation dans le pouvoir initial : *cf. supra*, n° 675.

délégrant²³⁸⁷, exigence qui découlerait de l'impossibilité matérielle, pour une personne extérieure à l'entreprise, de justifier d'une autorité suffisante²³⁸⁸. Si la chambre criminelle a eu l'occasion de priver d'efficacité des délégations fonctionnelles consenties à de – véritables – tiers, l'examen de la jurisprudence laisse un doute s'agissant du réel fondement de la solution retenue : il n'est pas certain que ce soit la qualité de tiers qui ait motivé les juges à priver d'efficacité la délégation fonctionnelle dans ces espèces ; sa mise à l'écart semblait plutôt tenir à la nature des obligations violées²³⁸⁹.

780. En vérité, comme l'écrit Monsieur FERRIER, le fondement de l'exigence d'appartenance du délégataire fonctionnel à l'entreprise du délégant en droit pénal doit résider dans le souci d'améliorer la prévention des risques d'infraction dans l'entreprise²³⁹⁰. C'est la raison pour laquelle la condition d'appartenance devrait être écartée lorsqu'elle contrevient à cet objectif, comme c'est le cas en présence d'une coactivité entre plusieurs entreprises, pour laquelle il apparaît plus efficace de désigner un délégataire fonctionnel unique pour l'ensemble des entreprises participantes²³⁹¹, du fait de l'élaboration d'une politique de prévention commune. La jurisprudence conforte en tout cas cette interprétation, puisqu'elle écarte la prétendue condition d'appartenance du

²³⁸⁷ Dans ce sens en doctrine, v. not. J.-F. BARBIERI, art. préc., n° 14 ; J. CALVO, art. préc., p. 2 (éd. élec.) ; A. CŒURET, « Infractions aux règles d'hygiène et de sécurité en droit du travail, délégation de pouvoir et mise en danger », art. préc. ; F. MARMOZ, thèse préc., n° 660.

²³⁸⁸ Dans ce sens, J.-F. BARBIERI, « Délégation de pouvoirs et contrat de prestations de services : les limites de l'effet exonératoire », note sous Cass. crim., 24 sept. 1998, n° 97-81803, LPA 1999, n° 93, p. 13, n° 6, affirmant que la délégation octroyée à une personne extérieure à l'entreprise s'effectuerait « *toujours sous l'autorité – et, donc, sous la responsabilité – du chef d'entreprise* ».

²³⁸⁹ V. en particulier, Cass. crim., 12 déc. 1989, n° 89-81-074 : *Bull. crim.* n° 477, p. 1164, mettant en cause un directeur de société et maître d'ouvrage ayant passé une convention avec le bureau d'études de l'entreprise principale, en vertu de laquelle ce dernier devrait effectuer, en ses lieu et place, certaines déclarations légales. Cette délégation est jugée inefficace par les juges du fond et la Cour de cassation. Comme l'affirme la Haute Cour, « *même lorsqu'il confie à un tiers la réalisation des travaux prévus par les articles 30 à 34 du décret du 19 août 1977, le maître de l'ouvrage ne peut s'exonérer de la responsabilité pénale résultant de l'inexécution des obligations mises personnellement à sa charge par l'alinéa 3 de l'article 30 précité* », et Crim., 24 sept. 1998, n° 97-81.803 (inédit) : LPA, mai 1999, note BARBIERI, dans laquelle la Cour de cassation refuse de reconnaître l'efficacité d'une délégation fonctionnelle accordée par un chef d'entreprise à un cabinet d'expert-comptable extérieur, reconnaissant ce faisant la responsabilité pénale du premier pour fraude fiscale. Sur le contenu des obligations personnelles au chef d'entreprise, dont la charge de veiller à leur respect ne peut être confiée à un tiers, v. *infra*, n° 795 et s.

²³⁹⁰ N. FERRIER, thèse préc., n° 285, pp. 409 et s.

²³⁹¹ N. FERRIER, *ibid.*, n° 288, pp. 413 et s.

délégataire fonctionnel à l'entreprise du délégant en présence d'un groupe d'entreprises²³⁹².

781. En tout état de cause, ce prétendu critère ne devrait pas influencer sur la nature et la qualification du mécanisme habilitant à exercer une fonction directoriale. En sens contraire, Monsieur BARBIERY affirme que le contrat qui associe un prestataire de service extérieur à l'entreprise à l'exercice d'une fonction directoriale (par exemple comptable ou fiscale) n'est qu'un mandat incompatible avec « *la délégation de pouvoir [sic], et donc avec l'exonération de la responsabilité pénale qui naîtrait de l'exécution des tâches contractuellement confiée à autrui* »²³⁹³. La distinction opérée par l'auteur repose toutefois, comme on le voit, sur une confusion entre les conditions d'existence de la délégation fonctionnelle et ses conditions d'efficacité en matière pénale²³⁹⁴.

782. **Limites à l'effet « exonératoire » de la délégation fonctionnelle en droit pénal français.** Le titulaire légal de la fonction déléguée est débiteur d'une obligation de surveillance de son exécution²³⁹⁵, qui résulte d'une des caractéristiques inhérentes à la délégation fonctionnelle, à savoir que le délégant conserve toujours la maîtrise de la fonction déléguée²³⁹⁶. Il demeure tenu, en sa qualité de délégant, « *de contrôler l'utilisation faite par le délégataire des pouvoirs [délégués]* »²³⁹⁷ et « *[d'] empêcher ou faire cesser certains comportements dommageables du délégataire par une intervention dans*

²³⁹² V. par ex. : Cass. crim., 7 févr. 1995, n° 94-81.832 (inédit) : *Actes prat. ing. sociétaire* 2005, n° 79, pp. 18-21, note F. COLLIN, S. LE DAMANY, J.-F. DOM (parmi quatre espèces), mettant en cause un ingénieur « *investi par délégation des fonctions de chef de sécurité pour l'ensemble des sociétés composant le groupe* ». La cour d'appel avait tenté – sans succès – de priver d'efficacité la délégation fonctionnelle au motif qu'il n'était « *pas précisé [si son titulaire] exerçait une fonction quelconque* » au sein de la société victime des obligations non-exécutées. Dans le même sens, v. Crim., 26 mai 1994, n° 93-83.180, préc. (« *rien n'interdit au chef d'un groupe de sociétés, qui est en outre le chef de l'entreprise exécutant les travaux, de déléguer ses pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité au dirigeant d'une autre société du groupe, sur lequel il exerce son autorité hiérarchique* »).

²³⁹³ J.-F. BARBIERY, « Délégation de pouvoirs et contrat de prestations de services : les limites de l'effet exonératoire », note préc., n° 10. Dans le même sens, v. D. GIBIRILA, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 52, pour qui « *[s]orti du cadre d'une société ou d'un groupe de sociétés, il n'y a plus lieu à délégation de pouvoirs, mais à mandat ou prestation de services* ».

²³⁹⁴ Cf. *supra*, n° 392.

²³⁹⁵ N. FERRIER, thèse préc., n° 339 et s., pp. 493 et s. ; A. CHARVERIAT, art. préc., pt. 26, n° 3 ; B. BEDARIDE et S. PLA BUSIRIS, art. préc., n° 15 ; A. LARCENA et A. ELINEAU, « Pratique des délégations de pouvoirs : règles et évolutions récentes de cet outil de répartition des pouvoirs et responsabilités » : *Dr. soc.* 2012, étude n° 4, pt. 2 ; D. GIBIRILA, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 147.

²³⁹⁶ Cf. *infra*, n° 825 et s.

²³⁹⁷ D. GIBIRILA, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 147. En jurisprudence, v. CA Paris, 15 nov. 2007, n° 05-19850.

l'exécution de la [fonction déléguée], voire par la révocation du délégataire »²³⁹⁸. C'est la raison pour laquelle la réunion des conditions d'efficacité de la délégation fonctionnelle en matière pénale ne permettra jamais d'exonérer le chef d'entreprise de sa responsabilité si ce dernier a connaissance (infraction intentionnelle) ou ne peut ignorer (infraction d'imprudence) l'existence de risques d'infractions dans l'exécution de la fonction déléguée. Dans ces deux hypothèses, le chef d'entreprise prend personnellement part à la réalisation de l'infraction²³⁹⁹. Cette analyse est évidemment transposable au subdéléguant en présence d'une chaîne de délégations fonctionnelles.

783. L'efficacité de la délégation fonctionnelle en matière pénale est encore subordonnée à des conditions propres à l'acte de délégation.

²³⁹⁸ N. FERRIER, thèse préc., n° 342, p. 496.

²³⁹⁹ V. par ex. Cass. crim., 19 oct. 1995, n° 94-83.884, préc. – Crim., 29 mars 1994, n° 93-82.178 : *Bull. crim.* n° 121 ; *Dr. pén.* 1994, comm. 166, J.- H. ROBERT ; *D.* 1994, inf. rap. P. 130 (un chef d'entreprise, poursuivi pour infraction à la législation relative à l'emploi de travailleurs étrangers, invoque sans succès l'existence d'une délégation fonctionnelle au profit d'un salarié chargé du recrutement du personnel, car, nonobstant l'existence de cette délégation, il ne pouvait ignorer la présence de travailleurs étrangers dans son entreprise). – Com. 6 févr. 1962, n° 60-11.320 : *Bull. civ.* III n° 80.

B) *Les conditions tenant à la délégation fonctionnelle*

784. **Les conditions incontestables.** Pour être efficace en matière pénale, la délégation fonctionnelle doit être « *certaine et exempte d'ambiguïté* »²⁴⁰⁰. Cette condition résulte de l'impératif tenant à une organisation cohérente et transparente de l'activité sociale, dont la charge incombe au premier chef au chef d'entreprise²⁴⁰¹. *De lege lata*, afin que cette condition soit remplie, la jurisprudence n'exige cependant pas qu'elle ait été donnée par écrit²⁴⁰² ni soumise à publicité²⁴⁰³. Cette exigence ferme également la porte à la reconnaissance de l'efficacité pénale de délégations fonctionnelles purement tacites²⁴⁰⁴, sous la réserve de l'hypothèse, précédemment évoquée²⁴⁰⁵, selon laquelle l'observation de charges pénalement sanctionnées – et non expressément mises à la charge du substitut – est indispensable à la bonne exécution d'une fonction expressément déléguée.

785. Quid de l'hypothèse dans laquelle une infraction survient dans un service dirigé *en fait* par un tiers dans les mêmes conditions que le chef d'entreprise (au regard de son autorité, de sa compétence et des moyens mis à sa disposition) ?

²⁴⁰⁰ V. par ex. Cass. crim., 30 avr. 2002, n° 01-84.405 (inédit) : *Dr. social* 2002, n° 9/10, p. 905, note F. DUQUESNE, où les juges affirment que « [d]u fait des conséquences qu'elle peut entraîner pour celui qui la reçoit, la délégation se doit d'être beaucoup moins générique » ; qu'aussi, « [l]es fiches descriptives des fonctions [des] préposés, les chargeant, en des termes généraux, de veiller à l'application des règles de sécurité, ne valent pas délégation de pouvoir ». V. égal. Crim., 8 oct. 2002, n° 02-82.753. – Crim. 2 févr. 1993, n° 92-80.672 : *RJDA* 12/93 n° 1036. – Crim., 27 févr. 1979, n° 78-92.381, préc. – Crim., 27 oct. 1976 : *Bull. crim.* n° 303, p. 776, *Gaz. Pal.* 1997. J. 27.

²⁴⁰¹ Cf. *infra*, n° 408.

²⁴⁰² V. la censure d'un arrêt d'appel ayant exigé que la délégation soit « *mentionnée expressément, [et] que référence [soit] faite aux textes légaux afin que le délégué ne puisse se méprendre sur l'étendue de ses engagements, et qu'elle [soit] acceptée et signée* ». À ces motifs, la chambre criminelle répond que « *si, pour être exonératoire, [la] délégation doit être certaine et exempte d'ambiguïté, sa preuve n'est pourtant soumise à aucune forme particulière* » : Crim., 27 oct. 1976, préc. – Cass. crim., 22 oct. 1991, n° 86.66.770.

²⁴⁰³ Cf. *supra*, n° 442 et 443.

²⁴⁰⁴ Cf. *supra*, n° 408.

²⁴⁰⁵ Cf. *supra*, n° 409.

Ce cas de figure fait directement écho à la gestion de fait, au sujet de laquelle il est de jurisprudence constante que la personne se comportant comme un dirigeant de droit sans avoir été investi dans cette fonction ne saurait invoquer cette circonstance pour échapper à sa responsabilité²⁴⁰⁶.

À notre sens, ce raisonnement devrait être transposé au substitut de fait auteur d'une infraction pénale intentionnelle ou caractérisée. Dans ces hypothèses, ce dernier ne saurait invoquer l'absence d'investiture formelle (même tacite) dans une fonction directoriale afin d'échapper à la mise en cause de sa responsabilité. Une jurisprudence récente a fait un pas hésitant en ce sens. Ces quatre dernières années, cinq arrêts inédits se sont en effet explicitement référés à la notion de « délégation de fait »²⁴⁰⁷ dans le contentieux intéressant la mise en cause de la responsabilité pénale de la personne morale²⁴⁰⁸.

786. Les conditions discutées. Trois autres conditions sont parfois relevées en doctrine : l'une tenant à la spécialité de la délégation²⁴⁰⁹, la deuxième à son caractère individuel²⁴¹⁰, et la dernière à son caractère nécessaire pour l'entreprise²⁴¹¹.

La portée de chacune de ces prétendues conditions doit être précisée.

²⁴⁰⁶ V. par ex., Cass. crim., 12 sept. 2000, n° 99-88.011. V. égal. sur cette notion et les conséquences attachées à cette qualification *infra*, n° 819 et s.

²⁴⁰⁷ Cass. crim., 27 févr. 2018, n° 17-81.457 (inédit) : *Dr. pén.* 2018, n° 5, comm. 76 ; J.C.P. éd. S. 2018, n° 20, p. 35, note F. DUQUESNE. – Crim., 23 janv. 2018, n° 17-81.116. – Crim., 17 oct. 2017, n° 16-80.821, préc. – Crim., 28 févr. 2017, n° 15-87.378 (inédit). – Crim., 30 mars 2016, n° 14-84.994 (inédit). V. toutefois Crim., 7 juin 2006, n° 05-86.804 (inédit) : *Dr. soc.*, 2006, p. 1058, cassant la décision d'appel ayant retenu l'existence d'une « délégation de responsabilité (...) de fait accordée aux cadres de l'entreprise ».

²⁴⁰⁸ Sur cette question, v. nos développements *infra*, n° 799 et s., spéc. n° 801 et s.

²⁴⁰⁹ Dans ce sens : A. CHARVERIAT, art. préc., pt. 25, n° 18 ; C. MASCALA, « La délégation : cause d'exonération de la responsabilité pénale des dirigeants », *BMS* n° 2, 1998, n° 7 ; C. PUIGELIER, « La délégation de pouvoir en matière d'accident du travail », *J.C.P. éd. E.* 1993, n° 40, pp. 457 et s., n° 28 ; F. MARMOZ, thèse préc., n° 706.

²⁴¹⁰ Dans ce sens, v. not. A. CŒURET et E. FORTIS, art. préc., p. 202, et L. NURIT-PONTIER, « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 094.

²⁴¹¹ V. par ex. J.-F. BARBIERI, art. préc., n° 6 ; D. GIBIRILA, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 29 et 30, pour qui il doit y avoir une « corrélation entre la délégation de pouvoirs et la direction de la société », ce qui conduit l'auteur à exclure le recours à cette technique dans les petites entreprises ; A. LEGAL, « La responsabilité pénale du fait d'autrui dans son application au chef d'entreprise », in *Mélanges offerts à J. Brethe de la Gressaye*, éd. Bière Bordeaux, 1967, p. 460 ; F. MARMOZ, thèse préc., n° 643 et s. V. égal. la littérature citée par N. FERRIER, thèse préc., n° 277, p. 397, notes 410 à 412.

787. Concernant les deux premières, il apparaît qu'elles se trouvent en réalité rattachées en jurisprudence à l'exigence d'autorité, de moyen et de compétence du délégataire fonctionnel ; autrement dit, elles ne sont pas appréciées de façon autonome²⁴¹². C'est pourquoi l'efficacité d'une délégation fonctionnelle générale en matière pénale ne saurait être remise en cause si le délégataire est en mesure d'accomplir ses fonctions²⁴¹³, sous réserve que les contours des fonctions déléguées soient clairement identifiés (toute délégation fonctionnelle doit en effet être précise et exempte d'ambiguïté)²⁴¹⁴. De même, comme il a déjà été relevé²⁴¹⁵, il convient de reconnaître l'efficacité des codélégations fonctionnelles en matière pénale lorsqu'elles sont complémentaires : dans cette hypothèse, en effet, l'exigence tenant à l'autorité du délégataire est préservée, puisque les codélégataires fonctionnels disposent des pleins pouvoirs décisionnels dans leur domaine d'intervention respectif.

788. La dernière condition pose quant à elle difficulté : subordonner l'efficacité de la délégation fonctionnelle en droit pénal à son caractère nécessaire²⁴¹⁶ implique de reconnaître au juge un pouvoir d'appréciation sur les motivations du chef d'entreprise. Il semble pourtant que la définition de la stratégie d'organisation de l'activité relève précisément de ses fonctions souveraines²⁴¹⁷ – dans les limites des prescriptions légales et réglementaires. De plus, comme le relève Monsieur FERRIER, la détermination jurisprudentielle d'un seuil à partir duquel ce critère serait rempli contreviendrait inéluctablement à la sécurité juridique²⁴¹⁸.

Pour ces différentes raisons, il faut conclure qu'une délégation fonctionnelle qui, sans être nécessaire, participe efficacement à la prévention d'infractions doit être jugée parfaitement efficace par le juge pénal²⁴¹⁹. Une telle solution apparaît d'autant plus

²⁴¹² V. par ex., Cass. crim., 4 mars 2003, n° 02-83.239, préc., où la responsabilité pénale du délégataire est retenue dans la mesure où « *investi d'une délégation générale de la société en matière technique et commerciale et pourvu de l'autorité, de la compétence et des moyens nécessaires à l'exercice de sa fonction, [il] a participé personnellement à la fraude* ».

²⁴¹³ Dans ce sens en doctrine, v. N. FERRIER, thèse préc., n° 292 et 293, pp. 420 et s.

²⁴¹⁴ Cf. *supra*, n° 784.

²⁴¹⁵ Cf. *supra*, n° 461.

²⁴¹⁶ Certaines décisions ont dans ce sens jugé que l'efficacité de la délégation fonctionnelle était subordonnée à la taille suffisamment importante de l'entreprise délégante : v. Cass. crim., 3 janv. 1964, *Gaz. Pal.* 1964. 1. 313. – Crim., 18 févr. 1936, DH 1937. 102.

²⁴¹⁷ Cf. *infra*, n° 793.

²⁴¹⁸ N. FERRIER, thèse préc., n° 278, pp. 397-398.

²⁴¹⁹ Dans ce sens, N. FERRIER, *ibid.*

justifiée que la délégation ne peut jamais être « *appréhendée exclusivement comme un instrument de transfert [sic] de la responsabilité pénale* »²⁴²⁰. En effet, cet effet ne peut être recherché de façon autonome, par le biais d'une quelconque « délégation de responsabilités »²⁴²¹, puisque – et en dehors des fonctions sociales « réservées »²⁴²² – la responsabilité pénale apparaît dorénavant fondée sur la titularité effective de la fonction dont l'exercice est pénalement sanctionné²⁴²³ : le titulaire effectif de la fonction est en effet le mieux à même de prévenir les infractions qui pourraient survenir dans le cadre de l'activité dont elle est le support.

Inversement, la jurisprudence française a créé une obligation de délégation pesant sur le chef d'entreprise à la tête d'une entreprise dans laquelle l'exercice personnel de l'ensemble des fonctions directoriales est matériellement impossible. L'absence de délégation fonctionnelle est en effet susceptible d'être sanctionnée par le juge – au titre d'une faute de gestion du chef d'entreprise –, lorsque le bon fonctionnement de l'entreprise commande le recours à des substituts²⁴²⁴. De simple faculté, la délégation s'est donc muée en obligation dans cette hypothèse²⁴²⁵. La dimension de la société est souverainement appréciée par les juges du fond²⁴²⁶ qui se réfèrent aux critères suivants : « *l'effectif, la*

²⁴²⁰ A. TEISSIER, « La validité de la délégation. Le choix du délégataire », R.J.S. 2007. p 551. Aussi, « *l'organe social dont le seul objectif serait d'être personnellement préservé du risque pénal verrait (...) certainement sa démarche sanctionner par l'inefficacité du dispositif imaginé* » : *ibid.*

²⁴²¹ V. H. MOUSIT, thèse préc., pp. 332-333, pour qui la délégation porte toujours sur l'exercice d'un « *pouvoir* », et non sur la responsabilité.

²⁴²² Cf. *infra*, n° 791 et s.

²⁴²³ Cf. *infra*, n° 532. Comp. N. FERRIER, thèse préc., p. 399, pour qui cette responsabilité pénale est fondée sur la titularité du « *pouvoir* » permettant d'éviter l'infraction.

²⁴²⁴ En jurisprudence, v. par ex. Cass. crim., 31 oct. 2017, n° 16-83.683 (cassation de l'arrêt d'appel au motif que les juges du fond aurait dû « *rechercher si les carences (...) dans la conception et l'organisation des règles de maintenance de l'équipement de travail, sur lequel s'est produit l'accident, ne procédaient pas, en l'absence de délégation de pouvoirs en matière de sécurité, d'une faute d'un organe de la société* »). – Crim., 20 mai 2008, n° 08-80.896 (inédit) : *Dr. pén.* 2008, Chron. 9, n° 4, obs. M. SEGONDS. – Crim. 1^{er} oct. 1991, n° 90-85.024 (inédit). – Cass. crim., 22 mai 1973, n° 72-90.777 : *Bull. crim.* 1973, n° 230 : la responsabilité d'un chef d'entreprise est retenue dès lors qu'assurant la direction de nombreux chantiers sur tout le territoire et résidant loin de celui sur lequel s'est produit l'accident, il n'avait pas investi un préposé de l'autorité et de la compétence nécessaires pour veiller à la sécurité sur le chantier en cause. En doctrine, v. not. B. BEDARIDE et S. PLA BUSIRIS, art. préc., n° 4 ; D. MAYER, « L'influence du droit pénal sur l'organisation de la sécurité dans l'entreprise », *D.* 1998. 256 ; T. DALMASSO et A. BOURCEREAU, note préc., n° 33 à 35 ; D. GIBIRILA, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 31. Pour les mêmes raisons, l'absence de subdélégation de la part du délégataire peut être jugée fautive : Crim., 28 févr. 1995, n° 94-82.577.

²⁴²⁵ L. NURIT-PONTIER, « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 020 ; B. BEDARIDE et S. PLA BUSIRIS, art. préc., n° 4.

²⁴²⁶ D. GIBIRILA, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 32.

masse salariale, l'éloignement des établissements, les spécificités et la diversité des activités, l'organisation du travail »²⁴²⁷.

789. Enfin, il reste à préciser le domaine de la délégation fonctionnelle efficace en matière pénale en droit français, qui est limité. Il est en effet des obligations dont le chef d'entreprise ne saurait se décharger, quoiqu'il en ait conventionnellement et/ou matériellement confié l'exécution à un tiers, car elles sont intimement liées, non pas à la fonction exercée (au poste de service), mais à la qualité de chef d'entreprise.

²⁴²⁷ D. GIBIRILA, *ibid.* V. égal. en jurisprudence : Cass. crim., 11 mars 1993, n° 90-84.931, préc.

C) *Le domaine de la délégation fonctionnelle efficace en matière pénale*

790. En droit français, depuis les années 1990, les délégations fonctionnelles efficaces en matière pénale intéressent – en principe – l’ensemble des services de l’entreprise dont la gestion peut être confiée à un tiers, « *indépendamment de la spécificité des contentieux ou de la nature des agissements incriminés* »²⁴²⁸. En effet, dans cinq arrêts rendus le 11 mars 1993, la chambre criminelle a généralisé son domaine d’application en affirmant qu’elle peut intervenir dans toutes les matières, pourvu que la loi n’en ait pas disposé autrement²⁴²⁹, en conséquence de quoi la doctrine a pu observer que « *le domaine de la responsabilité du délégataire est désormais pratiquement coextensif à celui de la responsabilité de principe du chef d’entreprise* »²⁴³⁰.

791. Le premier tempérament à cette solution réside dans ce que la fonction en cause ne doit pas relever du noyau irréductible de la fonction de chef d’entreprise²⁴³¹. La doctrine et la jurisprudence considèrent en effet que ce dernier dispose – à l’instar des autres

²⁴²⁸ D. BAYET, « La responsabilité pénale du chef d’entreprise à l’issue des arrêts de plénière de la Chambre criminelle », *Gaz. Pal.*, 20 juill. 1993, p. 923.

²⁴²⁹ La Cour pose le principe selon lequel « *sauf si la loi en dispose autrement, le chef d’entreprise qui n’a pas personnellement pris part à la réalisation de l’infraction peut s’exonérer de sa responsabilité pénale s’il rapporte la preuve qu’il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l’autorité, des moyens nécessaires* » : Cass. crim., 11 mars 1993, n° 91-83.655, préc. (délégation fonctionnelle réalisée au profit d’un directeur de marketing, poursuivi pour publicité trompeuse ou mensongère) ; n° 91-80.958 préc. (délégation fonctionnelle consentie au directeur commercial de la société, poursuivi pour publicité trompeuse) ; n° 91-80.598, préc. (un chef d’entreprise ayant délégué ses pouvoirs en matière économique est poursuivi pour des achats réalisés sans facture et des reventes à perte) ; n° 90-84.931, préc. (un directeur responsable du secteur commercial de l’habillement en vertu d’une délégation fonctionnelle est poursuivi pour actes de contrefaçon).

²⁴³⁰ A. CŒURET, « Infractions aux règles d’hygiène et de sécurité en droit du travail, délégation de pouvoir et mise en danger », art. préc., p. 344.

²⁴³¹ V. par ex., E. DREYER, « Les pouvoirs délégués afin d’exonérer pénalement le chef d’entreprise », *D.* 2004.937, pour qui « *il existerait (...) un irréductible pouvoir de direction échappant à toute délégation sauf à nier la fonction même de chef d’entreprise (...)* » ; B. BEDARIDE et S. PLA BUSIRIS, art. préc., n° 19 ; J.-M. MOULIN et S. COLLIOT, art. préc., p. 1 (éd. élec.) ; H. MATSOPOULOU, « Restriction jurisprudentielle en matière de délégation de pouvoirs », *Rev. soc.* 2011. 307. V. égal. Ph. MERLE, « Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la SA », *D.* 1975, chron. p. 245, n° 17, et J. NOIREL, *La société anonyme devant la jurisprudence moderne*, thèse Nancy 1958, n° 364, cités par N. FERRIER, thèse préc., p. 143, notes 496 et 497.

organes sociaux²⁴³² – d'un certain nombre de pouvoirs dits propres²⁴³³ ou réservés²⁴³⁴, qualification doctrinale englobant les prérogatives qui doivent être exercées personnellement par leur dépositaire légal²⁴³⁵, dans la mesure où celles-ci sont indispensables à l'exécution d'une fonction ou obligation impérativement mise à leur charge par le législateur²⁴³⁶. Autrement dit, à ces pouvoirs réservés correspondent des fonctions et des charges (obligations) qui sont corrélativement personnelles au chef d'entreprise²⁴³⁷. Dès lors, l'association d'un tiers à l'exercice d'une fonction réservée ne saurait influencer sur les obligations (et donc les responsabilités) du délégataire et du chef d'entreprise, la charge de leur respect incombant à ce dernier de manière impérative, indépendamment du fait qu'il en ait contractuellement et matériellement confié l'exécution à un tiers.

792. À l'instar des droits allemand et polonais, le législateur français n'a pas dressé de liste de pouvoirs ou de fonctions dont l'exercice incombe impérativement au seul chef d'entreprise. Une telle liste apparaît au contraire, par exemple, en droit suisse²⁴³⁸. La loi

²⁴³² H. MOUBSIT, thèse préc., pp. 17-18 et 428 et s. ; F. FRANÇOIS, E. DE FRONDEVILLE et A. MARLANGE, *op. cit.*, pp. 253-253, n° 161.30. À titre d'exemple, constitue un pouvoir propre le pouvoir du conseil d'administration de société anonyme de nommer son président et de fixer sa rémunération (art. L. 225-47, C. com.), ce qui exclut qu'il puisse en confier l'exercice à un tiers : Cass. com., 4 juill. 1995, n° 93-17.969 : *Bull. civ.* IV, n° 206 ; *D.* 1996. p. 186, note HALLOUIN ; *D. aff.* 1995, n° 1, p. 27 ; *Rev. soc.* 1995, p. 504. Note LE CANNU ; J.C.P. 199, II, 22560. note Y. GUYON ; *B.J.S.* 1995, p. 968. note J.-F. BARBIERI ; LPA 26 janvier 1996, p. 18, note D. GIBIRILA ; R.T.D. com. 1996, p. 69. obs PETIT et REINHARD. La même qualification doit être retenue, par exemple, à l'égard du pouvoir du conseil de surveillance de nommer les membres du directoire (art. L. 225-59, C. com.) ou de celui de les révoquer par l'assemblée générale (art. L. 225-61 C. com.). Pour une liste plus exhaustive de ces pouvoirs propres, v. H. MOUBSIT, *ibid.*, p. 17, note 50.

²⁴³³ H. MOUBSIT, thèse préc., p. 431 ; C. LACROIX, « Délégation de pouvoirs et assurance : quelle échappatoire pour le dirigeant ? », in O. DEXANT-DE BAILLIENCOURT et B. LAPEROU-SCHENEIDER (dir.), *op. cit.*, p. 25.

²⁴³⁴ N. FERRIER, thèse préc., n° 95, p. 130.

²⁴³⁵ H. MOUBSIT, thèse préc., p. 430.

²⁴³⁶ Comp. N. FERRIER, thèse préc., n° 95, p. 130.

²⁴³⁷ Comp. H. MOUBSIT, thèse préc., p. 430.

²⁴³⁸ Le législateur suisse prévoit une liste non exhaustive de compétences, énumérées à l'art. 716a C.O., qu'il qualifie « d'intransmissibles » et « d'inaliénables » L'article vise les compétences qui consistent notamment à « 1. exercer la haute direction de la société et établir les instructions nécessaires ; 2. fixer l'organisation ; 3. fixer les principes de la comptabilité et du contrôle financier ainsi que le plan financier pour autant que celui-ci soit nécessaire à la gestion de la société ; 4. nommer et révoquer les personnes chargées de la gestion et de la représentation ; 5. exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données ; 6. établir le rapport de gestion, préparer l'assemblée générale et exécuter ses décisions ; 7. informer le juge en cas de surendettement. » Ces différents pouvoirs directoriaux sont donc « indéléposables » : R. RUEDIN, *op. cit.*, p. 227, n° 1179.

modèle européenne en droit des sociétés (ci-après, EMCA, pour « *European model company act* »), publiée en 2017, prévoit également certaines directives en la matière²⁴³⁹.

793. La doctrine française considère toutefois, de manière unanime, qu'il faut compter parmi ces fonctions réservées celle consistant à organiser l'activité sociale²⁴⁴⁰ ou à définir sa stratégie commerciale²⁴⁴¹ au sommet de l'entreprise. C'est d'ailleurs sur l'exercice de ces deux prérogatives, donc sur ce rôle de stratège, que tend à se focaliser depuis quelques dizaines d'années la fonction directoriale : comme l'écrivent plusieurs auteurs, « *la direction en-soi* » est une « *tâche qui consiste à “diriger l'activité plutôt qu'à l'effectuer soi-même”* »²⁴⁴² ; « *le chef d'entreprise est (...) moins celui qui “fait”, que celui qui “fait faire”* »²⁴⁴³ ; « *la fonction directoriale dévolue au chef d'entreprise consiste essentiellement à organiser l'entreprise sous son autorité* »²⁴⁴⁴. « *[L]es pouvoir d'un employeur [se définiraient] actuellement plutôt par la fixation des objectifs et le contrôle de leur bonne exécution par ses collaborateurs, c'est-à-dire, pour une large part, en fonction de ce qu'il est... délégrant (...)* »²⁴⁴⁵.

On remarquera que cette conception de la fonction directoriale implique *in extenso* que la faculté de mettre en place des substituts soit laissée à l'entière discrétion du dirigeant, possibilité qui fait quant à elle polémique puisque beaucoup d'auteurs

²⁴³⁹ V. la section 8.20 de l'EMCA, relative aux comités de direction, ainsi que les observations qui l'accompagnent : « *The EMCA Group considered the right to delegate and to use committees. The Group considered that the board of directors can delegate duties to one or more board members or to a non-member. The board cannot, however, through such delegation relieve itself of the ultimate responsibility for the company's organization and management or the responsibility to ensure satisfactory control of the company's accounting, funds management and finances.* » : NORDIC & EUROPEAN COMPANY LAW LSN RESEARCH PAPER SERIES, n° 16-26, *European Model Companies Act*, First edition, 2017, p. 190, disponible en ligne : https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3063996_code1560376.pdf?abstractid=2929348&mirid=1&type=2 (consulté le 31.08.2021).

²⁴⁴⁰ N. FERRIER, thèse préc., n° 106-107, p. 141, et n° 278, p. 398.

²⁴⁴¹ Décision d'alliance avec un tiers, introduction sur le marché, achat de titres, politique comptable et fiscale : J. CALVO, art. préc., p. 2 (éd. élec.). En jurisprudence, v. par ex., Cass. Ass. Plén., 8 déc. 2000 : *Droit social* 2001, 1125, note J. PELISSIER ; RJS 2/2001, p. 95, chron. P.-H. ANTONMATTEI (les juges rappellent que l'employeur est le seul juge des choix économiques).

²⁴⁴² H. Le NABASQUE, thèse préc., n° 236.

²⁴⁴³ N. FERRIER, thèse préc., n° 106, p. 141.

²⁴⁴⁴ N. FERRIER, *ibid.*, n° 108, p. 148.

²⁴⁴⁵ A. COEURET, « Les responsabilités assumées par le salarié, source d'indépendance », *Revue des Barreaux d'Île de France* 1996, n° 39-40, p. 263.

considèrent que le recours à la délégation devrait être conditionné par la dimension de l'activité sociale²⁴⁴⁶.

Aujourd'hui, cette conception apparaît toutefois largement dépassée au vu de la complexité et de la technocratisation croissante du cadre réglementaire dans lequel s'exerce l'activité entrepreneuriale. La question ne se pose pas seulement de savoir si le chef d'entreprise a la possibilité *matérielle* d'assumer l'ensemble des fonctions sociales, mais également (et surtout, nous semble-t-il) s'il en a la *compétence technique*. C'est cette double préoccupation qui a conduit les entreprises, à la fin du XIX^{ème} siècle, à désigner en leur sein des « délégués sécurité » spécialement chargés d'assurer la sécurité des personnes²⁴⁴⁷. Face à la montée des préoccupations écologiques dans la deuxième moitié du siècle passé, c'est également ce souci qui a amené les entreprises dont les activités présentent un danger potentiel pour l'environnement à confier à des experts (« directeurs techniques ») la charge de gérer et de prévenir les risques de pollution. Conscients que la « canalisation » de cette fonction entre les mains d'un technicien contribuerait certainement à une plus grande efficacité du droit pénal de l'environnement²⁴⁴⁸, les juges ont reconnu dès le début des années 1970 l'efficacité d'une délégation fonctionnelle en matière environnementale²⁴⁴⁹.

Tenant compte de cet impératif, il est possible de se prononcer sur la question de savoir si les obligations personnellement mises à la charge du chef d'entreprise par le législateur français relèvent systématiquement de ce champ « réservé ».

794. Une telle interprétation, qui a pu être originellement retenue par les juges²⁴⁵⁰, doit être écartée. En droit français, il convient de considérer que, par principe, la responsabilité

²⁴⁴⁶ Cf. *supra*, n° 786, et la doctrine citée, note 2411, ainsi que notre analyse critique de cette condition, *supra*, n° 788.

²⁴⁴⁷ P. STEICHEN, art. préc., p. 30.

²⁴⁴⁸ Dans ce sens, v. P. STEICHEN, art. préc.

²⁴⁴⁹ V. Cass. crim., 14 févr. 1973 : *Bull. crim.* n° 81, p. 191 (cité par D. BAYET, art. préc.) : le chef d'une entreprise industrielle ayant délégué à un préposé la gestion des risques environnementaux échappe à la responsabilité pénale qu'il encourait à raison d'une pollution de cours d'eau par déversement de substances nuisibles aux poissons.

²⁴⁵⁰ V. Cass. crim., 15 mai 1974, n° 73-92.401 : *Bull. crim.*, n° 176 ; *D.* 1976, jur., p. 226, note VEZIAN ; *Rev. soc.* 1974, p. 752, note B. BOULOC, où les juges ont refusé de reconnaître l'efficacité pénale d'une délégation fonctionnelle conférée par le président d'une société anonyme à un expert-comptable pour effectuer les formalités de publication au RCS, en se fondant sur l'idée que le texte d'incrimination formulait une règle d'imputation exclusive et impérative (« l'article 484 de la loi [du 24 juillet 1966] ne prévoit que la seule responsabilité pénale des mandataires sociaux qu'il énumère ; que ce texte (...) ne vise pas les préposés ; qu'il en découle, en la matière, que la délégation de pouvoirs à un préposé n'est pas de nature à exonérer le président-directeur général de sa responsabilité pénale »).

pénale est fondée sur l'exercice d'une fonction directoriale (la fonction-poste de service), et non sur la qualité de chef d'entreprise²⁴⁵¹ (la fonction-titre). Dans cette mesure, comme l'énonce M. FERRIER, en « *visant expressément le chef d'entreprise ou l'employeur, le législateur se contente (...) d'imputer la charge d'une obligation au titulaire du pouvoir [de la fonction] source d'obligations. Autrement dit, la loi désigne un responsable, non définitif, mais initial* »²⁴⁵². À ce principe il convient de réserver l'hypothèse dans laquelle l'obligation dont l'inobservation est incriminée est inhérente à l'exercice du mandat social de chef d'entreprise²⁴⁵³.

Dans le silence des textes, les juges participent à la circonscription du champ des pouvoirs, et donc des fonctions réservées, à chaque fois qu'ils décident que la charge d'une obligation donnée incombe personnellement au chef d'entreprise²⁴⁵⁴ (dans ces cas, les juges considèrent que le législateur désigne bien le « *responsable définitif* »).

795. La circonscription jurisprudentielle des obligations personnelles au chef d'entreprise, qui doivent être exécutées nécessairement sous sa responsabilité. Le contenu des obligations dont le respect incombe impérativement au chef d'entreprise se déduit en partie des décisions jurisprudentielles ayant décidé de reconnaître ou non l'efficacité des délégations fonctionnelles portant sur leur exercice. Par exemple, en droit pénal du travail, la Cour de cassation a reconnu l'efficacité d'une délégation fonctionnelle dans le cadre d'une infraction à la tenue des registres spéciaux destinés à l'inspection du travail²⁴⁵⁵. Au contraire, dans un litige portant sur un travail dissimulé et un marchandage, elle a confirmé le caractère inopérant d'une délégation fonctionnelle établi par la cour d'appel aux motifs qu' « *aucune délégation de pouvoir valable ne peut être admise lorsqu'elle porte, comme en l'espèce, sur l'objet ou la*

²⁴⁵¹ Dans ce sens, v. N. FERRIER, thèse préc., n° 278, p. 300 ; H. MATSOPOULOU, « Le salarié prisonnier de la délégation de pouvoirs », in Colloque Dijon, préc.

²⁴⁵² N. FERRIER, *ibid.*, n° 291, p. 419. Comme l'énonce très clairement un arrêt, « [I]a loi fait peser la responsabilité pénale de l'infraction sur le chef immédiat et effectif du service où elle s'est produite ; si cette responsabilité incombe au chef d'entreprise dans les parties de l'entreprise qu'il administre directement, elle pèse au même titre, dans ceux des services dont il a délégué la direction, aux directeurs, gérants, ou préposés, investis par lui et pourvus de la compétence et de l'autorité nécessaire pour veiller efficacement à l'observation de la loi » : Cass. crim. 18 déc. 1936 : *Bull. crim.* n° 151 (cité par N. FERRIER, *ibid.*, n° 295, pp. 424-425).

²⁴⁵³ Autrement dit, selon les termes de la doctrine, qu'elle relève du « *noyau dur* » ou « *irréductible* » des obligations du chef d'entreprise : N. FERRIER, *ibid.*, n° 107, p. 143, ainsi que la doctrine citée, notes 496 à 498.

²⁴⁵⁴ V. T. DALMASSO et A. BOURCEREAU, note préc., n° 31, affirmant qu'à l'heure actuelle, « *rien n'exclut que les juridictions, en fonction des circonstances de l'espèce, ne jugent non déléguables [des] domaines de compétences dont elles souhaiteraient voir le dirigeant conserver la maîtrise [sic]* » ; A. CHARVERIAT, art. préc., n° 1 ; J. CALVO, art. préc., p. 5 (éd. élec.) ; C. LACROIX, « Délégation de pouvoirs et assurance : quelle échappatoire pour le dirigeant ? », in O. DEXANT-DE BAILLIENCOURT et B. LAPEROU-SCHENEIDER (dir.), *op. cit.*, p. 25.

²⁴⁵⁵ Cass. crim., 8 févr. 1983, arrêt *Lesne et Sté Fougerolle* (inédit).

nature de la société dont le contrôle relève des attributions exclusives du chef d'entreprise »²⁴⁵⁶. Elle retient la même solution en ce qui concerne les obligations syndicales du chef d'entreprise, en décidant que la charge de leur respect incombe personnellement au chef d'entreprise²⁴⁵⁷, ainsi qu'en ce qui concerne les obligations pécuniaires découlant d'infraction à la réglementation sur les vitesses maximales autorisées²⁴⁵⁸.

796. La position des juges est en outre susceptible d'évoluer, comme en témoignent les décisions rendues au sujet de la responsabilité du chef d'entreprise au titre de ses obligations comptables et fiscales. Dans un arrêt de 1998, la Cour de cassation a d'abord jugé que ces obligations étaient personnelles au chef d'entreprise²⁴⁵⁹. Une décennie plus tard, elle admet *a contrario* l'efficacité de la délégation fonctionnelle en la matière dans un attendu de principe, en décidant qu'« *en l'absence de délégation de pouvoirs régulière, le gérant légal ou statutaire d'une société doit être tenu pour responsable des obligations comptables et fiscales*

²⁴⁵⁶ Cass. crim., 28 janv. 2003, n° 02-83.656 (inédit).

²⁴⁵⁷ La jurisprudence a jugé que le chef d'entreprise ne peut s'exonérer des obligations personnellement mises à sa charge relative au fonctionnement, au renouvellement et à la consultation des institutions représentatives du personnel en invoquant l'existence d'une délégation fonctionnelle en la matière : v. par ex., Cass. crim., 15 mai 2007, n° 06-84.318 : *Bull. crim.* n° 126 ; RJS 2007, n° 8, p. 747 ; J.C.P. éd. E. 2007, n° 27-28, p. 48 ; J.C.P. éd. S. 2007, n° 39, p. 31, note J.-Y. KERBOUC'H ; R.T.D. com. 2008, p. 198, note B. BOULOC ; *Dr. pén.* 2007, comm. n° 108, note J.-H. ROBERT ; JSL 2007, n° 215, p. 9, note M.-A. HALLER ; *Dr. social* 2008, n° 4, p. 449, note F. DUQUESNE (parmi deux arrêts) : la Cour de cassation a jugé que, « *même s'il confie à un représentant le soin de présider le comité central d'entreprise, le chef d'entreprise [en l'espèce le président du directoire] engage sa responsabilité à l'égard de cet organisme, s'agissant des mesures ressortissant à son pouvoir propre de direction, sans pouvoir opposer l'argumentation prise d'une délégation de pouvoirs [portant en l'espèce sur l'organisation des élections des délégués du personnel].* ». V. égal. Crim., 6 nov. 2007, n° 06-86.027 : RJS 2008, n° 3, p. 242 ; *Dr. pén.* 2008, comm. n° 23, note J.-H. ROBERT ; R.T.D. com. 2008, n° 3, p. 641, note B. BOULOC ; *Dr. social* 2008, n° 4, p. 449, note F. DUQUESNE (parmi 2 arrêts). – Crim. 14 oct. 2003, n° 03-81.366 : *Bull. crim.* n° 190 ; *Dr. social* 200, n° 2, p. 222, obs. F. DUQUESNE. – Crim. 3 mars 1998, n° 96-85.098 : *Bull. crim.* n° 81 ; *D.* 1998. IR. 121 ; R.T.D. com. 1998. 959, obs. B. BOULOC. – Crim. 15 mars 1994, n° 93-82.109 : *Bull. crim.* n° 100 ; *D.* 1995, p. 30, note Y. REINHARD.

²⁴⁵⁸ Cass. crim., 13 oct. 2010 : *Dr. pénal* 2011, comm. n° 7, note J.-H. ROBERT ; *D.* 2010. 2774, obs. M. LENA (« *lorsque le certificat d'immatriculation d'un véhicule verbalisé pour excès de vitesse est établi au nom d'une personne morale, seul le représentant légal de celle-ci peut être déclaré redevable pécuniairement de l'amende encourue* »).

²⁴⁵⁹ Dans cette espèce, qui mettait en cause un dirigeant de S.A.R.L. poursuivi pour fraude fiscale et omission d'écritures en comptabilité qui avait, par habilitation spéciale, chargé un cabinet comptable d'effectuer les mesures de publicité prescrites par la loi, la Cour de cassation a approuvé la décision des juges du fond selon laquelle « *il incombait personnellement au prévenu, en sa qualité de dirigeant social, de veiller au respect, par son entreprise, de ses obligations fiscales et comptables, sans qu'il puisse invoquer une délégation de cette responsabilité au profit de son expert-comptable* », et conclut que ce dernier « *doit être tenu pour responsable des obligations fiscales de l'entreprise à l'égard de l'Administration* » : Cass. crim., 24 sept. 1998, n° 97-81.803, préc. V. déjà en ce sens, Crim., 15 mars 1974, n° 73-92.401, préc.

de l'entreprise »²⁴⁶⁰, position récemment confirmée dans un arrêt du 27 juin 2018 : d'après les juges, c'est « *faute de produire une délégation de pouvoirs désignant un délégataire en matière d'établissement de déclarations fiscales [que le dirigeant social] ne peut s'exonérer de sa responsabilité* »²⁴⁶¹.

La portée exacte de cette jurisprudence reste toutefois à préciser. En premier lieu, ces deux décisions n'ont pas reçu les honneurs de la publication au Bulletin. En second lieu, il existe un doute quant au fondement de la solution retenue en 1998 : la nature personnelle des obligations en cause, ou le fait que la délégation fonctionnelle ait été conférée à une entité extérieure à l'entreprise²⁴⁶². Au soutien de cette seconde interprétation, un auteur considère que la condition d'autorité du délégataire ne peut être satisfaite lorsque celui-ci est un tiers à l'entreprise du délégant²⁴⁶³. Il conviendra donc d'attendre que la jurisprudence se prononce à nouveau sur les effets de la délégation fonctionnelle en matière comptable et fiscale dans l'hypothèse particulière où l'entreprise a externalisé la gestion de ces services.

797. Dans les différentes matières que l'on vient d'énumérer, il convient non pas de conclure que la délégation fonctionnelle est exclue, mais seulement qu'elle ne peut avoir

²⁴⁶⁰ Cass. crim., 13 juin 2012, n° 11-85.280, préc. V. déjà en ce sens, Crim., 27 sept. 2006, n° 05-83.922 (inédit). L'évolution de la position du juge sur la nature des obligations comptables et fiscales du chef d'entreprise avait déjà été annoncée par plusieurs arrêts dans lesquels l'inefficacité des délégations fonctionnelles intervenues dans ces domaines avait été prononcée, au motif que les conditions tenant à leur titulaire n'étaient pas remplies : v. par ex., Crim., 19 août 1997, n° 96-83.944, préc., où la Cour de cassation approuve la décision de la cour d'appel selon laquelle « *le prévenu, dirigeant de la société, ne saurait, pour éluder sa responsabilité, invoquer une délégation de pouvoirs au profit du directeur financier, dans la mesure où il avait, en se réservant la signature des chèques et en exigeant un compte rendu hebdomadaire sur cette question, conservé le contrôle effectif du respect, par l'entreprise, de ses obligations vis-à-vis de l'administration fiscale* ». – Crim., 23 mai 2007, n° 06-87.590, préc. (la délégation fonctionnelle litigieuse, « *très limitée dans son champ d'application (...) n'a aucune valeur comme délégation de pouvoirs effective, de nature à permettre au prévenu d'éluder sa propre responsabilité* »). – Com., 26 juin 2007, n° 06-15.867, préc. V. égal. Crim., 16 janv. 2002, n° 01-81.829 : *Bull. crim.*, n° 6 ; RSC 2002, p. 582, obs. B. BOULOC ; *Dr. pén.*, 2002, comm. n° 56, obs. J.-H. ROBERT ; *Gaz. Pal.*, 2003, 2, jur., p. 2327, note A.C., où la chambre criminelle casse l'arrêt d'appel ayant relaxé un chef d'entreprise au motif que ce dernier n'avait pas matériellement participé aux infractions à la réglementation fiscale en vigueur, sans avoir recherché si ce dernier « *avait délégué ses pouvoirs relatifs au respect de la réglementation fiscale* ». – Com. 19 nov. 1991, n° 90-10.725 : RJF 2/92, n° 260. *Contra*, v. Com. 7 oct. 2014 n° 13-19.538 : RJDA 12/14 n° 910 (manquements à l'obligation d'information du public au sein d'une société cotée imputés au président du directoire malgré les pouvoirs qui avaient été conférés en matière de communication financière au président du conseil de surveillance).

²⁴⁶¹ V. Cass. crim., 27 juin 2018, n° 17-81.918, préc.

²⁴⁶² Sur la condition d'appartenance du délégataire à l'entreprise, v. nos développements *infra*, n° 779.

²⁴⁶³ « *L'exécution de tâches confiées, par contrat, à une personne extérieure à l'entreprise s'effectuerait toujours sous l'autorité – et, donc, sous la responsabilité – du chef d'entreprise* » : J.-F. BARBIERI, « Délégation de pouvoirs et contrat de prestations de services : les limites de l'effet exonératoire », note préc., n° 6.

pour effet de décharger le chef d'entreprise de ses responsabilités pénales²⁴⁶⁴. Autrement dit, dans le champ des fonctions propres au chef d'entreprise, la délégation fonctionnelle s'effectue impérativement sous sa responsabilité.

Reste que le « *système de l'imputabilité judiciaire* » (en l'absence d'indication législative liant expressément l'imputation d'une obligation pénale à l'exercice d'une charge spécifique, plutôt qu'à une qualité²⁴⁶⁵, le juge détermine *in casu* le responsable) est irrémédiablement porteur d'insécurité juridique²⁴⁶⁶ en ce qu'il laisse « *dans de trop nombreuses circonstances (...) au juge le pouvoir de désigner, au sein de l'entreprise, la personne coupable de l'infraction* »²⁴⁶⁷.

798. La délégation fonctionnelle influe également, en droit français, sur la responsabilité pénale de la personne morale²⁴⁶⁸. En effet, conformément à l'article 121-2 du Code pénal, celle-ci est responsable des actes commis par ses « *organes ou représentants* » ; or une jurisprudence constante considère le délégataire fonctionnel comme le « *représentant* » de la personne morale. Par conséquent, les infractions imputées au délégataire fonctionnel peuvent engager, aux côtés de sa propre responsabilité, celle de la personne morale.

§ 2 – La mise en cause de la responsabilité pénale de la personne morale du fait des actes matériels accomplis par le titulaire d'une délégation fonctionnelle

799. **La reconnaissance jurisprudentielle de la responsabilité pénale de la personne morale à raison des infractions commises par le délégataire fonctionnel.** L'article 121-2 créé par le nouveau Code pénal de 1994 dispose que « [l]es personnes morales (...) sont

²⁴⁶⁴ Comp. J. CALVO, art. préc., p. 2 (éd. élec.), affirmant que « *dans certaines hypothèses (...) il sera difficile d'envisager une possible délégation, celle-ci ne pouvant concerner que l'exécution matérielle et non juridique des décisions prises* ».

²⁴⁶⁵ V. par ex., l'article L. 541-48 du Code de l'environnement, en application duquel les infractions liées à une mauvaise gestion des déchets peuvent être imputées à « *tous ceux qui, chargés à un titre quelconque de la direction, de la gestion ou de l'administration de toute entreprise ou établissement, ont sciemment laissé méconnaître par toute personne relevant de leur autorité ou de leur contrôle les dispositions [à la législation en vigueur]* ».

²⁴⁶⁶ C'est pourquoi des auteurs ont pu proposer d'abandonner purement et simplement la réserve tirée de l'existence de fonctions réservées, sauf à ce que la détermination de son champ fasse l'objet d'une intervention législative : C. LACROIX, « Délégation de pouvoirs et assurance : quelle échappatoire pour le dirigeant ? », in O. DEXANT-DE BAILLIENCOURT et B. LAPEROU-SCHENEIDER (dir.), *op. cit.*, pp. 25-26.

²⁴⁶⁷ P. STEICHEN, art. préc., p. 34.

²⁴⁶⁸ Le principe traditionnel d'irresponsabilité des personnes morales est abandonné avec la loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal.

responsables pénalement (...) des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ». Une partie de la doctrine s'est prononcée en faveur d'une assimilation sémantique entre ces deux notions²⁴⁶⁹, au motif que cette disposition ne saurait concerner les simples préposés de la société²⁴⁷⁰. Au contraire, la jurisprudence a décidé que la notion de « représentant » visait exclusivement le titulaire d'une délégation fonctionnelle. Elle a d'abord statué qu'« *ont la qualité de représentant au sens de l'article 121-2, les personnes pourvues de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires en raison d'une délégation de pouvoir [fonctionnelle] de la part des organes de la personne morale ou une subdélégation des pouvoirs [fonctions] d'une personne ainsi déléguée* »²⁴⁷¹, avant d'affirmer sans ambages qu'« *ont seules la qualité de représentant, au sens de l'article 121-2 du Code pénal, les personnes (...) ayant reçu une délégation de pouvoirs [fonction], de droit ou de fait, de la part des organes de la personne morale* »²⁴⁷² (nous soulignons).

800. Le juge pénal aligne ce faisant le régime applicable aux infractions commises par le délégataire (et subdélégataire²⁴⁷³) fonctionnel sur celui des organes ; aussi, les conditions

²⁴⁶⁹ Dans ce sens, B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 339, p. 304 ; A. CERF-HOLLENDER, *Rép. trav., Dalloz*, v° « Droit pénal du travail », oct. 2018, n° 217, qui relève que « [l]e représentant est le représentant légal, qui se confond généralement avec l'organe » ; V. égal. J. LASSERRE CAPDEVILLE, « La notion d'organe ou de représentant de la personne morale », *AJ pénal* 2018, p. 550.

²⁴⁷⁰ Dans ce sens, v. not. H. MATSOPOULOU, « Le salarié prisonnier de la délégation de pouvoirs », in Colloque Dijon, préc. ; J.-H. ROBERT, « Les préposés délégués sont-ils les représentants de la personne morale », in *Mélanges offerts à P. Couvrat, op. cit.*, p. 383 ; J.-F. BARBIERI, « L'incidence de la réforme du Code pénal sur la gestion des personnes morales », *LPA* 1993, n° 120, p. 22 et spéc. p. 28 ; M.-E. CARTIER, « La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution ? », *Cab. dr. entr.* 1994, n° 5, p. 34. V. égal. C. SAINT-PAU, « La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou de représentant d'une personne morale », in *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2007, pp. 1011 et s.

²⁴⁷¹ Cass. crim., 26 juin 2001, n° 00-83.466, préc. Dans ce sens déjà v. Crim., 9 nov. 1999, n° 98-81.746 : *Bull. crim.*, n° 252 ; R.S.C. 2000, p. 389, obs. Y. MAYAUD, p. 600, obs. B. BOULOC et p. 851, obs. G. GIUDICELLI-DELAGE ; *Dr. pén.* 2000, comm. 56, 1^{er} arrêt, note M. VERON ; *B.J.S.* 2000, p. 418, obs. J.-F. BARBIERI. – Crim., 14 déc. 1999, n° 99-80.104, préc. – Crim., 1^{er} déc. 1998, n° 97-80.560 : *Bull. crim.*, n° 325, R.S.C. 1999, p. 336, obs. G. GIUDICELLI-DELAGE et p. 577, obs. B. BOULOC : c'est dans ce dernier arrêt que la Cour consacre pour la première fois, de manière implicite, le principe selon lequel le titulaire d'une délégation fonctionnelle peut engager la responsabilité pénale d'une personne morale.

²⁴⁷² Crim. 17 oct. 2017, n° 16-80.821, préc. V. égal. Crim., 25 mars 2014, n° 13-80.376 : RJS 2014, n° 6, p. 426 ; RLDA 2014, n° 93, p. 15, note I. MPINDI ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 131-133, p. 31, note E. DREYER ; J.C.P. éd. S. 2014, n° 21, p. 34, note A. CŒURET et F. DUQUESNE ; BMIS 2014, n° 5, p. 304, note N. FERRIER ; J.C.P. éd. G. 2014, n° 14, p. 671, note A. DONNIER. – Crim., 17 mai 2007, n° 05-87.260. – Crim., 30 mai 2000, n° [99-84.212](#) : *Bull. crim.* n° 206 ; *B.J.S.* 2001, p. 37, [n° 11](#), note C. MASCALA ; *Dr. social* 2000, p. 1148, obs. P. MORVAN ; J.C.P. éd. E. 2001, n° 23, p. 950, note S. FERRIES ; RSC 2000. 816, obs. B. BOULOC ; *ibid.* 851, obs. G. GIUDICELLI-DELAGE ; R.T.D. com. 2000. 1023, obs. B. BOULOC. – Crim., 26 juin 2001, n° 00-83.466, préc. (au sujet d'une subdélégation).

²⁴⁷³ V. p. ex. Cass. crim., 26 juin 2001, n° 00-83.466, préc.

dans lesquelles la responsabilité pénale de la personne morale peut être engagée en raison des infractions commises pour son compte ainsi que ses conséquences pour l'auteur de l'infraction sont identiques dans les deux cas. Il est donc nécessaire que le délégataire fonctionnel ait agi pour le compte de la personne morale²⁴⁷⁴ – ce qui exclut que sa responsabilité pénale soit engagée pour les infractions qu'il a accomplies à titre personnel ou contre l'intérêt de la personne morale²⁴⁷⁵ – et qu'il soit précisément identifié par les juges²⁴⁷⁶.

Les conditions de son immunité et de mise en œuvre de sa responsabilité pénale aux côtés de la personne morale sont les mêmes qu'à l'égard d'un organe²⁴⁷⁷ (les articles 121-3 et 121-2 du Code pénal, qui règlementent respectivement ces deux questions, visant simplement les « personnes physiques » auteurs ou complices de l'infraction). Ainsi, le délégataire fonctionnel bénéficie d'une immunité pénale pour ses fautes d'imprudence ayant indirectement causé un dommage à autrui. Dans cette hypothèse, seule la responsabilité pénale de la personne morale peut être recherchée²⁴⁷⁸ (article 121-3, alinéa 4, du Code pénal, *a contrario*). Au contraire, s'il a commis une faute pénale intentionnelle, délibérée ou caractérisée, sa responsabilité pénale peut être mise en œuvre aux côtés de celle de la personne morale²⁴⁷⁹ (article 121-2, alinéa 3, du Code pénal). Le cumul de

²⁴⁷⁴ Sur cette notion v. *supra*, n° 744, et les références citées, note 2256. Pour des illustrations en jurisprudence, v. p. ex. Cass. crim., 18 janv. 2000, n° 99-80.318 : *Bull. crim.*, n° 28 ; J.C.P. éd. G. 2000, n° 40, p. 1815, note F. DEBOVE ; J.C.P. éd. E. 2001, n° 6, p. 278, note F. MARMOZ ; *Gaz. Pal.* 2000, n° 217, p. 13, note J.-P. DOUCET ; *Dr. pén.* 2000, n° 6, p. 11, note M. VERON. – Crim., 11 avr. 2012, n° 10-86.974, préc.

²⁴⁷⁵ N. FERRIER, thèse préc., n° 309, p. 444.

²⁴⁷⁶ *Cf. supra*, n° 746, et les références citées.

²⁴⁷⁷ *Cf. supra*, n° 747, et les références citées.

²⁴⁷⁸ V. par ex. Cass. crim., 2 oct. 2012, n° 11-85.032, préc. – Crim., 28 avr. 2009, n° 08-83.843, préc. – Crim. 24 oct. 2000, n° 00-80.378, préc. V. égal. dans le cadre d'une coactivité entre plusieurs entreprises : Crim., 13 oct. 2009, n° 09-80.857 : *Bull. crim.*, n° 169 ; RJS 2010, n° 1, p. 78 ; *Dr. pén.* 2009, comm. 154, note M. VERON ; *Rev. soc.* 2010, p. 53, note MATSOPOULOU ; *BJS* févr. 2010, n° 41, p. 181, note N. FERRIER ; R.T.D. com. 2010, n° 2, p. 439, note B. BOULOC ; CSBP 2010, n° 216, p. 32, note F.-J. PENSIER ; SSL 2010, suppl. au n° 1459, p. 5, note A. CŒURET ; J.C.P. éd. E. 2010, n° 8, p. 19, note J.-H. ROBERT ; *Dr. ouvr.* 2010, n° 747, p. 543, note E. LAFUMA ; *D.* 2010, n° 9, p. 557, note C. PLANQUE ; AJDP 2010, n° 1, p. 33, note J. LASSERRE CAPDEVILLE ; JSL 2010, n° 269, p. 20, note J.-E. TOURREIL ; *Dr. social* 2010, n° 2, p. 144, note F. DUQUESNE ; R.S.C. 2009, n° 4, p. 829, note Y. MAYAUD : d'après les juges, l'accident résultant d'infractions en matière d'hygiène et de sécurité des travailleurs commises par un délégataire commun a pour effet d'engager la responsabilité pénale de la personne morale, membre du groupement, qui est l'employeur de la victime. Dans le même sens, v. Crim., 23 nov. 2010, n° 09-85.115 : *Bull. crim.*, n° 186 ; *Droit. soc.* 2011, n° 4, p. 39, note R. SALOMON ; *Dr. social* 2011, n° 4, p. 361, note F. DUQUESNE ; RJS 2011, n° 4, p. 251, note A. CŒURET, et du même auteur, *Rev. soc.* 2013, n° 11, p. 10.

²⁴⁷⁹ N. FERRIER, thèse préc., n° 316, pp. 450 et s. ; B. BOULOC, « La responsabilité pénale des entreprises en droit français », RIDC 1994, n° 2, p. 678. Pour une illustration de faute caractérisée commise par un délégataire fonctionnel, v. Crim., 17 janv. 2006, n° 05-81.254, préc.

responsabilités est étendu par les juges à la faute non intentionnelle, lorsque l'infraction résulte de l'inobservation d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement²⁴⁸⁰.

801. On relèvera que plusieurs décisions récentes, quoiqu'inédites, ont étendu la notion de « représentant » aux titulaires d'une « délégation de fait »²⁴⁸¹, sans définir les contours de cette notion. Celle-ci fait toutefois écho à la « direction de fait » qui, d'après une jurisprudence constante, est caractérisée lorsqu'une personne s'immisce ou intervient de manière irrégulière dans l'activité d'une personne morale, en exerçant une fonction positive de gestion et de direction en toute souveraineté et indépendance²⁴⁸². L'une des caractéristiques de la direction de fait est donc qu'elle s'exerce de manière informelle, c'est-à-dire en dehors de toute investiture aux fonctions sociales. De façon analogue, le délégataire fonctionnel de fait serait donc celui qui exercerait une fonction directoriale en lieu et place du chef d'entreprise sans avoir été investi (même tacitement) dans les obligations et responsabilités de ce dernier.

Cette jurisprudence appelle plusieurs remarques.

802. En premier lieu, elle procède sans doute aucun de la condition tenant à l'identification précise de « l'organe » ou « représentant » ayant matériellement commis l'infraction pour le compte de la personne morale, le droit français ne reconnaissant pas la faute diffuse, imputable à la seule personne morale, en dehors de l'intervention d'une

²⁴⁸⁰ Cass. crim., 12 nov. 2008, n° 08-80.681 (inédit). – Crim., 28 mars 2006, n° 05-82.975 : *Bull. crim.* n° 91 ; J.C.P. éd. éd. G. 2006. II. 10188, note J. MOULY ; J.C.P. éd. S 2006. 1448, note J.-F. CÉSARO ; RCA 2006, comm. n° 289, note H. GROUDEL ; R.T.D. civ. 2007. 135, obs. P. JOURDAIN. En doctrine, v. N. FERRIER, *ibid.*, p. 452 ; G. COUTURIER, « Répartition des responsabilités entre personnes morales et personnes physiques », *Rev. soc.* 1993.307, p. 312.

²⁴⁸¹ Crim., 27 févr. 2018, n° 17-81.457, préc. – Crim., 23 janv. 2018, n° 17-81.116, préc. – Crim., 17 oct. 2017, n° 16-80.821, préc. – Crim., 28 févr. 2017, n° 15-87.378, préc. – Crim., 30 mars 2016, n° 14-84.994, préc. À noter que d'autres arrêts ont étendu la notion de représentant au salarié dont le « statut » ou les « attributions » sont « propres à en faire [le] représentant de la personne morale » : v. par ex., Crim., 6 nov. 2018, n° 17-86.417 (inédit) : R.T.D. com. 2019, p. 229, note L. SAENKO ; *Gaz. pal.* 2019, n° 5, p. 4, note E. DREYER. – Crim., 21 nov. 2017, n° 16-86.667 : R.T.D. com. 2018, p. 219, obs. L. SAENKO ; *Dr. pén.* 2018, n° 2, p. 38, note P. CONTE.

²⁴⁸² V. p. ex. Cass. com. 17 nov. 2015, n° 14-12.372 (FS-P+B) ; *D.* 2015. Actu. 2438, obs. A. LIENHARD ; *Bull. Joly* 2016. 48, note M. LAROCHE ; J.C.P. éd. E 2015, 1624, note A. CERATI-GAUTHIER ; J.C.P. 2016. 158, note B. BRIGNON ; *Rev. proc. coll.* mai. 2016, comm. 92, note A. MARTIN-SERF. – Com., 1^{er} juill. 1997, n° 95-15.149 : R.T.D. com. 1998. 162, obs. C1. CHAMPAUD et D. DANET. Sur cette notion en doctrine, v. not. D. TRICOT, « Les critères de la gestion de fait », *Dr. et patrimoine* 1996, p. 24 ; L. LEVENEUR, *Situation de fait et droit privé*, L.G.D.J., t. 212, 1990, pp. 45 et s. ; G. NOTTE, *La notion de dirigeant de fait de personnes morales de droit privé*, thèse, Paris I, 1978.

personne physique. Or, cette identification peut s'avérer complexe, en particulier si le chef d'entreprise n'est pas présent lors de la survenance de l'infraction et qu'aucune personne n'a été désignée pour le remplacer. Cette absence d'investiture formelle ne devrait pas pour autant faire obstacle à la possibilité pour la victime de mettre en cause la responsabilité pénale de la personne morale.

803. En second lieu, il faut tenir compte de ce qu'à l'aune de cette jurisprudence, le délégataire fonctionnel de fait pourra voir sa responsabilité pénale engagée aux côtés de la personne morale, en application de l'article 121-2, alinéa 3, du Code pénal, qui prévoit que « [1] *la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits* ». Le cas échéant, les conditions du cumul seraient les mêmes que celles évoquées précédemment au sujet des organes et des titulaires d'une délégation fonctionnelle de droit : ce dernier n'est possible qu'en cas de faute pénale intentionnelle ou d'une particulière gravité ; à défaut de rentrer dans cette qualification, la faute pénale de l'auteur matériel de l'infraction est « absorbée » par la personne morale. À cet égard, il nous paraît parfaitement légitime que l'auteur d'une infraction pénale volontaire ou d'une particulière gravité agissant comme un délégataire de droit ne puisse, à l'instar du dirigeant de fait, invoquer le défaut d'investiture pour échapper à sa mise en cause.

804. Nous avons vu qu'en droit français, le juge pénal alignait le régime de responsabilité pénale du délégataire fonctionnel sur celui du chef d'entreprise lorsqu'il dispose des moyens, de l'autorité et de la compétence nécessaire pour exécuter une fonction directoriale dans les mêmes conditions que ce dernier. Une démarche analogue est suivie par le juge en droit du travail.

Sous-section 2 / En droit du travail

805. La chambre sociale de la Cour de cassation reconnaît, sur les pas du juge pénal, le principe selon lequel la délégation fonctionnelle a pour effet, dans certaines circonstances et selon une formule classique, « [d]’assimiler [son bénéficiaire] au chef d’entreprise »²⁴⁸³. Cette assimilation justifie que ce dernier soit exclu de l’exercice de fonctions syndicales²⁴⁸⁴, celles-ci étant, dans leur essence, incompatibles avec la fonction directoriale.

Les critères de l’assimilation du délégataire fonctionnel au chef d’entreprise ne sont pas les mêmes qu’en droit pénal, le droit du travail poursuivant des finalités qui lui sont propres²⁴⁸⁵. Tout effort de systématisation globale de ces critères est dès lors voué à l’échec²⁴⁸⁶.

806. **Conditions tenant au délégataire fonctionnel.** Selon la Cour de cassation, c’est la nature des pouvoirs – et donc des fonctions – exercé[e]s qui fonde l’assimilation du délégataire fonctionnel au chef d’entreprise. Des exemples de tels pouvoirs sont fournis en jurisprudence : ainsi du pouvoir de présider le comité d’entreprise²⁴⁸⁷ ou le CHSCT²⁴⁸⁸, du pouvoir disciplinaire, d’embauche et de licenciement²⁴⁸⁹. C’est l’autorité du délégataire

²⁴⁸³ V. par ex. Cass. soc., 4 avr. 2007, n° 06-60.124, préc.

²⁴⁸⁴ V. par ex., Cass. soc., 21 mars 2018, n° 17-12.602 (inédit). – Soc. 15 oct. 2015, n° 14-25.680. – Soc. 4 avr. 2007, n° 06-60.124, préc. – Soc., 12 juill. 2006, n° 05-60.300 : *Bull.* V n° 260. – Soc., 24 juin 1998, n° 96-60.352 : *Bull.* V n° 345.

²⁴⁸⁵ Y. PAGNERRE, art. préc., spéc. n° 4 et 13.

²⁴⁸⁶ Y. PAGNERRE, *ibid.*, spéc. n° 3. À cet égard, comme le relève l’auteur, « il est remarquable de constater que des auteurs présentent, pêle-mêle, les solutions jurisprudentielles des chambres sociale et criminelle de la Cour de cassation sans prêter attention à l’objet de la délégation ou de la règle de droit en cause » (*ibid.*, et la doctrine citée note 4 : S. HENRION, art. préc. ; A. BAREGE, note sous Cass. soc., 30 juin 2015, préc.), tandis que d’autres, au contraire « regrettent (...) que les chambres sociale et criminelle n’adoptent pas des solutions identiques et cherchent à les rapprocher » (Y. PAGNERRE, *ibid.*, et les auteurs cités, note 5 : A. CŒURET et F. DUQUESNE, « La délégation de pouvoir de licencier : dernières avancées jurisprudentielles », art. préc.).

²⁴⁸⁷ V. par ex., Cass. soc., 24 juin 1998, n° 96-60.352, préc.

²⁴⁸⁸ V. par ex. Cass. soc., 17 janv. 1989 : *Bull. civ.* 1989, V, n° 29. – Soc., 24 mai 2006, n° 05-60.231 : J.C.P. éd. S 2006, 1672, note L. BONNARD-PLANCKE.

²⁴⁸⁹ Selon la Cour de cassation, un salarié doté d’un pouvoir disciplinaire, ayant signé deux lettres de rupture de périodes d’essai et assuré un entretien préalable sans disposer par ailleurs d’un pouvoir d’embauche ou de licenciement exercent des pouvoirs permettant de l’assimiler au chef d’entreprise : Cass. soc., 21 mars 2018, n° 17-12.602, préc. V. égal. Soc., 6 mars 2001, n° 99-60.553.

fonctionnel qui est déterminante pour les juges de la chambre sociale, c'est-à-dire son pouvoir hiérarchique sur les salariés²⁴⁹⁰.

807. **Conditions tenant à la délégation fonctionnelle.** En ce qui concerne les conditions de fond de la délégation fonctionnelle, la chambre sociale est venue préciser, dans un arrêt du 4 avril 2007, qu'il était « *peu important que la délégation n'ait pas fait l'objet d'une acceptation expresse de l'intéressé* »²⁴⁹¹. Quant à la forme de la délégation fonctionnelle, la Cour subordonne son efficacité en droit du travail à la condition qu'elle ait été établie à l'écrit²⁴⁹². En l'absence d'investiture formelle, la Cour prend toutefois en compte la situation factuelle et décide que l'exclusion de l'exercice de fonctions syndicales joue également en présence de salariés exécutant en fait les fonctions et obligations du chef d'entreprise²⁴⁹³.

808. L'absence de convergence entre les critères exigés en matière pénale et en droit non pénal du travail, en ce qui concerne les attributs de la délégation fonctionnelle et de son titulaire, confirme en même temps, là encore, l'autonomie de la délégation fonctionnelle par rapport à ses conditions d'efficacité (les effets qu'elle est susceptible de produire dans les différentes branches du droit)²⁴⁹⁴. Cette autonomie est d'ailleurs expressément relevée par la Cour qui, dans plusieurs arrêts, constate l'existence de délégations [fonctionnelles] formelles ne permettant toutefois pas d'assimiler leur titulaire au chef d'entreprise au regard de la nature des prérogatives déléguées²⁴⁹⁵.

²⁴⁹⁰ La chambre sociale emploie d'ailleurs fréquemment, dans ses décisions, la notion de « délégation d'autorité » : v. par ex., Cass. soc., 21 mars 2018, n° 17-12.602, préc. – Soc., 4 avr. 2007, n° 06-60.124, préc.

²⁴⁹¹ Cass. soc., 4 avr. 2007, n° 06-60.124, préc.

²⁴⁹² Dans ce sens, v. Cass. soc., 21 mai 2003, n° 01-60.882 et 02-60.016 : *Bull.* V n° 171 ; *Dr. soc.* 2003, p. 784 s., obs. F. DUQUESNE.

²⁴⁹³ Cass. soc., 24 mai 2006, n° 05-60.231, préc. – Soc., 15 mai 2019, n° 18-19.862 (inédit).

²⁴⁹⁴ *Cf. supra*, n° 392.

²⁴⁹⁵ V. par ex. Cass. soc., 15 mai 2019, n° 18-19.862, préc., jugeant que « *si la salariée bénéficiait d'une délégation de pouvoirs, elle devait toujours agir sous l'autorité de la direction générale et ne pouvait, par exemple, signer les contrats à durée indéterminée ou exercer le pouvoir disciplinaire (...) [ni] représenter l'employeur devant les instances représentatives du personnel (...)* ». – Soc., 10 mars 2016, n° 15-17.954, cassant le jugement d'un tribunal d'instance reconnaissant l'efficacité d'une délégation fonctionnelle, « *alors qu'il constatait que selon la délégation de pouvoirs qui a (...) été donnée [aux salariés], ceux-ci ne peuvent définir les mesures disciplinaires à l'encontre des collaborateurs rattachés qu'en liaison avec la direction des ressources humaines de la société (...)* ».

809. **Conclusion de la Section 1.** En droit français, le droit du travail et le droit pénal appliquent au délégué fonctionnel, sous certaines conditions, un régime juridique analogue à l'organe doté de la qualité d'employeur ou de chef d'entreprise. Ce dernier peut se voir opposer les mêmes incompatibilités, être pénalement responsable en lieu et place du titulaire légal de la fonction et engager la responsabilité pénale de la personne morale par ses faits matériels constitutifs d'une infraction pénale. Dans ces circonstances, le délégué fonctionnel semble dès lors personnifier la société, et donc l'incarner à la manière d'un organe.

L'analyse des conditions d'exercice de la fonction directoriale par le titulaire d'une délégation fonctionnelle fait toutefois obstacle à une telle interprétation. En outre, *de lege lata*, le régime de responsabilité civile applicable au délégué fonctionnel est incompatible avec la théorie de l'incarnation.

Section 2 / Le délégataire fonctionnel mis à l'écart de la théorie de l'incarnation

810. L'alignement du régime applicable au titulaire d'une délégation fonctionnelle sur celui du mandataire social en droit pénal et en droit du travail amène une partie de la doctrine à conclure que le délégataire fonctionnel jouit d'un statut juridique analogue à celui d'un organe. Monsieur BARBIERY écrit par exemple que « *le délégué doit être considéré comme un organe de l'entreprise, comme un rouage interne* »²⁴⁹⁶ et Monsieur QUIEVY que ce dernier *incarne* la personne morale, à l'instar d'un organe social²⁴⁹⁷.

Ces analyses se heurtent à une première difficulté en ce que cette interprétation n'est véritablement légitimée qu'à l'égard des délégataires remplissant les conditions prétoriennes d'efficacité de la délégation fonctionnelle en matière pénale. Or, ce qui distingue les délégations fonctionnelles « efficaces » des délégations dénuées d'effets, dans cette branche du droit, c'est d'abord le fait que, dans la première hypothèse, le juge (ou le législateur) reconnaît que la délégation fonctionnelle puisse être invoquée comme un moyen de défense pour le chef d'entreprise, tandis que, dans la seconde, il l'exclut, au motif que le respect de la charge pénale incriminée incombe personnellement au chef d'entreprise – indépendamment donc du fait qu'il ait investi un substitut dans tous les pouvoirs et moyens indispensables à son exécution. Le mécanisme est donc le même, mais ses effets varient.

Même en ce qui concerne les délégations fonctionnelles pleinement efficaces, deux éléments font obstacle à la possibilité de considérer que le délégataire remplit le rôle d'hypostase, à la manière d'un organe social. Le premier, qui tient au régime de responsabilité civile du délégataire fonctionnel, ne revêt en réalité qu'un caractère contingent (**Sous-section 1**). Le second est quant à lui inhérent à la technique de la délégation : celle-ci n'a en effet pour objet (et pour effet) que de réaliser une substitution *fonctionnelle* partielle – et non complète (**Sous-section 2**).

²⁴⁹⁶ J.-F. BARBIERY, « Délégation de pouvoirs et contrat de prestations de services : les limites de l'effet exonératoire », note préc., n° 10.

²⁴⁹⁷ J.-F. QUIEVY, thèse préc., n° 204, pp. 326-327. V. égal. dans ce sens, D. OHL, com. sous Cass. crim., 26 juin 2001, n° 00-83.466 : J.C.P. éd. E 2002.375, p. 6 (éd. élec.), écrivant que « [d]'autres que les mandataires sociaux peuvent donc être qualifiés de représentants et, parmi eux, les personnes munies d'une délégation de pouvoirs régulière par laquelle elles sont chargées de suppléer l'organe délégant dans le secteur délégué, pour devenir, d'une certaine façon, un "organe bis", mais dans un domaine plus restreint. ».

Sous-section 1 / La responsabilité civile du délégataire fonctionnel

811. Le principe de la corrélation entre la responsabilité et les fonctions exercées.

Les personnes associées à la gouvernance sociale sont susceptibles de causer un préjudice aux tiers ou à la société dans l'exercice de leur(s) fonction(s). Aucune des législations objet de l'étude ne prévoit de régime général de responsabilité civile spécifique à ces acteurs sociaux. Dans l'ensemble de ces législations, il n'existe pas un mais différents régimes de responsabilité potentiellement applicables aux personnes associées à la conduite des affaires sociales, en fonction de la volonté des parties et, surtout, de la réalité du pouvoir exercé.

Si, par principe, ces personnes sont responsable pour leur fait personnel (§ 1), leur responsabilité peut se trouver considérablement allégée lorsqu'elles exercent leur(s) fonction(s) dans un rapport de préposition. Inversement, la responsabilité d'un substitut peut se trouver aggravée dans l'hypothèse où celui-ci agit, en fait, comme un dirigeant de droit (§ 2).

§ 1 – Le principe de la responsabilité du fait personnel

812. Le régime de responsabilité applicable au fondé de pouvoir dépend de la nature juridique du contrat de base²⁴⁹⁸. En l'absence d'un tel contrat, sa responsabilité à l'égard de la société revêt – comme à l'égard des tiers²⁴⁹⁹ – une nature délictuelle²⁵⁰⁰ (article 415 K.C. en droit polonais et § 823 et suivant du B.G.B. en droit allemand²⁵⁰¹), la prokura ne constituant pas un rapport obligationnel.

²⁴⁹⁸ K. GRZEGORZ, *op. cit.*, V, p. 5.1.

²⁴⁹⁹ En droit polonais, v. K. GRZEGORZ, *ibid.*, pt. 5.2. ; R. KWAŚNICKI, « Zasady odpowiedzialności korporacyjnej „rzekomego reprezentanta” wobec spółki », *Pr. Sp.* 2002/11, pp. 20 et s. ; SA Katowicy, 4 mars 2015, V ACa 642/14, Lex n° 1661174. – SA Lublin, 9 avr. 2014, IACa 812/13, Lex n° 1461130. En droit allemand, v. P. FISSENEWERT (réd.), *Der Prokurist - Rechte und Pflichten*, 4^{ème} éd., 2019, p. 75.

²⁵⁰⁰ K. GRZEGORZ, *ibid.*, pt. 5.1, ainsi que la littérature citée, note 2.

²⁵⁰¹ Le droit allemand ne connaît pas, à l'inverse des droits français et polonais, de principe général de responsabilité du fait personnel.

813. Le principe d'une responsabilité personnelle s'applique également au délégataire en droit français par application des règles « internes » du mandat. Ce dernier est personnellement responsable à l'égard de la société des fautes d'inexécution ou de mauvaise exécution, et plus généralement, des fautes de gestion qu'il commet dans l'exercice de sa mission (articles 1991, 1^{er} alinéa, et 1992, 1^{er} alinéa, du Code civil)²⁵⁰². Les tiers peuvent également engager sa responsabilité personnelle sur le terrain délictuel²⁵⁰³ (article 1240 du Code civil), et ce même s'il a agi sur les instructions du délégant²⁵⁰⁴ (puisqu'aucun lien direct ne lie le délégataire au tiers).

§ 2 – Une responsabilité allégée ou augmentée par application d'un régime spécial de responsabilité

814. En droit français, le délégataire fonctionnel bénéficie d'une immunité civile comparable à celle d'un organe social lorsqu'il agit en tant que préposé, qualité retenue par les juges – indifféremment à la dénomination choisie par les parties²⁵⁰⁵ – lorsqu'un sujet de droit exerce un pouvoir de commandement sur un autre en lui donnant des ordres et des instructions sur la manière de remplir les fonctions auxquelles il est employé²⁵⁰⁶. La jurisprudence a en effet façonné un régime très protecteur du préposé, tant en ce qui concerne sa responsabilité à l'égard de l'employeur qu'à l'égard des tiers.

815. **L'immunité civile contractuelle et délictuelle de principe du délégataire fonctionnel agissant en qualité de préposé en droit français.** Vis-à-vis de l'employeur, depuis un arrêt du 5 avril 1990²⁵⁰⁷, le préposé bénéficie d'une irresponsabilité contractuelle de

²⁵⁰² N. FERRIER, thèse préc., n° 249.

²⁵⁰³ N. FERRIER, *ibid.*, n° 257. En jurisprudence, v. Cass. crim. 12 nov. 2008, n° 08-80.681, préc. – Crim., 28 mars 2006, n° 05-82.975, préc. V. égal. concernant le mandataire, Civ. 3^{ème}, 6 janv. 1999, n° 96-18.690, préc. (« *le mandataire est personnellement responsable envers les tiers des délits et quasi-délits qu'il peut commettre à leur préjudice dans l'accomplissement de sa mission* »).

²⁵⁰⁴ N. FERRIER, *ibid.* Concernant le mandataire, v. par ex. Cass. ch. mixte, 26 mars 1971, n° 68-13.407, préc. – Civ. 3^{ème}, 6 janv. 1999, n° 96-18.690, préc.

²⁵⁰⁵ J. JULIEN, *Rép. civ., Dalloz*, v° « Responsabilité du fait d'autrui », *op. cit.*, n° 115. La même solution s'applique en droit allemand (v. le § 611a, al. 1^{er}, B.G.B.) et polonais (v. l'art. 22, §1^{er} du Code du travail polonais).

²⁵⁰⁶ Cass. civ., 4 mai 1937 : DH 1937. 363. – Civ. 2^{ème}, 17 déc. 1964 : J.C.P. éd. G. 1965, II, 14125, note R. RODIERE. Le projet de réforme de la responsabilité civile reprend cette solution (v. l'article 1249 : [e]st commettant celui qui a le pouvoir de donner au préposé des ordres ou des instructions en relation avec l'accomplissement de ses fonctions »).

²⁵⁰⁷ Cass. soc., 5 avr. 1990, n° 88-40.245 : *Bull. civ.* V, n° 175. Antérieurement à cet arrêt, l'immunité civile du préposé ne cédait traditionnellement que s'il était démontré qu'il n'avait pas commis une faute lourde : Cass. soc., 27 nov.

principe qui ne cède que devant la faute intentionnelle motivée par l'intention de nuire à l'employeur ou à son entreprise.

La Cour de cassation a étendu l'immunité civile du préposé à sa responsabilité délictuelle²⁵⁰⁸ dans un arrêt « Costedoat » rendu en assemblée plénière le 25 février 2000, pour les fautes commises dans les limites de sa fonction²⁵⁰⁹. Depuis cet arrêt, le délégataire agissant dans une relation de préposition bénéficie donc d'une immunité civile de principe à l'égard des tiers qui cède devant les dommages qu'il a causés par ses fautes « personnelles »²⁵¹⁰. L'arrêt « Cousin » rendu en assemblée plénière le 14 décembre 2001²⁵¹¹ a précisé qu'une telle faute est caractérisée lorsque « [l]e préposé [est] condamné pénalement pour avoir intentionnellement commis, fût-ce sur l'ordre du commettant, une infraction ayant porté préjudice à un tiers ». L'immunité de principe du délégataire préposé est donc écartée lorsque ce dernier a commis une faute intentionnelle pénalement sanctionnée, et ce, même s'il a agi dans le cadre de ses fonctions. Elle tombe également lorsque ce dernier est l'auteur d'une faute pénale non intentionnelle qualifiée au sens de l'article 121-3 du Code pénal, quand bien même celle-ci aurait été commise dans l'exercice de ses fonctions²⁵¹².

816. Une partie de la doctrine française considère que les solutions jurisprudentielles retenues à l'égard des préposés en droit interne ne prennent pas suffisamment en compte la corrélation qui devrait exister entre leur degré d'indépendance et leur niveau de responsabilité²⁵¹³. La protection du préposé paraît, il est vrai, excessive aussi bien en ce qui concerne sa responsabilité contractuelle (envers le commettant)²⁵¹⁴ que délictuelle

1958 : *Bull. civ.* IV, n° 1259 ; *D.* 1959, p. 20, note R. LINDON ; *J.C.P.* éd. G. 1959, II, 11143, note J. BRETHE DE LA GRESSAYE ; *R.T.D. civ.* 1959, p. 753, obs. J. CARBONNIER et p. 731, note H. et L. MAZEAUD.

²⁵⁰⁸ Traditionnellement, la faute du préposé l'engageait personnellement sur le fondement de l'ancien article 1382 du Code civil. Ce dernier pouvait par la suite se retourner contre son commettant sur le fondement de l'ancien article 1384, alinéa 4, du Code civil.

²⁵⁰⁹ D'après la Cour, « le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant n'engage pas sa responsabilité civile à l'égard des tiers » : *Cass. ass. plén.*, 25 févr. 2000, n° 97-17.378, préc. Cette jurisprudence a été maintes fois réaffirmée : v. par ex. *Civ.* 2^{ème}, 10 déc. 2015, n° 14-26.649 : *RCA* 2016, n° 69.

²⁵¹⁰ N. FERRIER, thèse préc., n° 258, p. 360.

²⁵¹¹ *Cass. ass. plén.*, 14 déc. 2001, n° 00-82.066 : *J.C.P.* éd. G. 2002, II 10026, note M. BILLIAU et I 124, n°s 22 et s., note G. VINEY ; *D.* 2002, p. 1230, note J. JULIEN et p. 1137, note D. MAZEAUD ; *R.T.D. civ.* 2002, p. 109, obs. P. JOURDAIN.

²⁵¹² *Cass. crim.* 12 nov. 2008, n° 08-80.681, préc. – *Crim.*, 28 mars 2006, n° 05-82.975, préc.

²⁵¹³ Dans ce sens, N. FERRIER, thèse préc., n° 260, p. 364, ainsi que les références citées, notes 1270 et 1271.

²⁵¹⁴ De l'avis de la doctrine, subordonner la responsabilité du préposé envers l'employeur à l'exigence tenant à son intention de nuire est une « prime à la négligence, voire à l'indélicatesse » (J. DEPREZ, « La responsabilité civile du

(envers les tiers)²⁵¹⁵. Dans ce sens, il a été proposé d'apprécier la responsabilité du préposé envers le commettant à la lumière du degré d'autonomie dont il jouit dans l'exercice de sa mission, de son niveau de compétence et de sa situation hiérarchique dans l'entreprise²⁵¹⁶.

salarié à l'égard envers l'employeur », *BS Lefebvre* 1981, n° 8). De plus, ce critère n'est pas toujours appliqué de façon rigoureuse et cohérente par la jurisprudence. En effet, la faute intentionnelle est parfois retenue par les juges alors même que l'intention de nuire n'est pas établie ou que sa réalité est contestable : v. la jurisprudence citée par N. FERRIER, *ibid.*, n° 251, pp. 351-353, not. Cass. soc., 10 nov. 1993, n° 89-42.862 : RJS 7/94, n° 847 (1^{ère} espèce), à propos d'un salarié qui a falsifié les comptes de l'entreprise pour attribuer une prime de résultats à des salariés dont il fait partie, et Soc., 20 oct. 1999, n° 97-43.829, mettant en cause un salarié ayant recruté sa fille sans l'autorisation de son employeur. L'examen de la jurisprudence révèle qu'en réalité, pour des espèces similaires, la faute intentionnelle est retenue ou écartée par les juges en fonction du « *procédé employé par le salarié, du contexte de la faute ou de son résultat objectif* » : N. FERRIER, *ibid.*, p. 353. Aussi, l'abandon du critère lié à l'intention de nuire et le retour au critère de la faute lourde (définie en jurisprudence comme une « *négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il avait acceptée* » : Com., 17 déc. 1951 : *Bull. civ.* III, n° 396) est justement encouragé par la doctrine (dans ce sens, v. not. N. FERRIER, *ibid.*, n° 252, pp. 353 et s.). À titre de comparaison, en droit allemand, afin de déterminer le degré de responsabilité du préposé à l'égard de son employeur pour une faute commise dans l'exercice de ses fonctions, le Grand Sénat de la Cour fédérale du travail (*Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts*) a jugé qu'il convenait de distinguer trois degrés de négligence (BAG, 27 sept. 1994 - GS 1/89). En cas de simple négligence non-intentionnelle (*leichtester Fahrlässigkeit*), le préposé se trouve entièrement exonéré. En cas de négligence modérée (*normaler Fahrlässigkeit*), la responsabilité est partagée entre l'employeur et le salarié, en tenant compte de l'équité, des circonstances encadrant le dommage (par exemple le degré de faute de l'employé, la difficulté de la tâche accomplie ...) et de la situation du salarié (ancienneté, position dans l'entreprise, rémunération...) : v. p. ex. BAG 28.10.2010 – 8 AZR 418/09, pt. 12 et 20. Enfin, en cas de faute intentionnelle (*vorsätzlich verursachte Schäden*), le salarié est seul tenu de réparer le dommage causé à l'employeur, ce qui est également le cas – en principe – en cas de négligence grave (*grober Fahrlässigkeit*). En outre, le § 619a BGB fait peser sur l'employeur la charge de la preuve de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de la mission incombant au salarié.

²⁵¹⁵ Par l'effet de la jurisprudence « Costedoat », le commettant se trouve privé de la possibilité d'exercer tout recours subrogatoire contre son préposé : Cass. civ. 2^{ème}, 20 déc. 2007, n° 07-13.403 : *D.* 2008. Chron. 648, obs. J.-M. SOMMER et Cl. NICOLETIS ; *D.* 2008. 1248, note J. MOULY ; RCA 2008, n° 50, note H. GROUDEL ; R.T.D. civ. 2008. 315, obs. P. JOURDAIN (avec toutefois, semble-t-il, une réserve : lorsque le préposé cause un dommage en excédant les limites de sa mission, sans toutefois commettre d'abus de fonctions : J. JULIEN, *Rép. civ., Dalloz*, v° « Responsabilité du fait d'autrui », *op. cit.*, n° 150). Quant à la victime, cette jurisprudence la prive d'un second responsable, ce qui pose problème en cas d'insolvabilité du commettant : comme l'affirme un auteur, « *si, en dernière analyse, il faut choisir entre la victime et le responsable d'une faute, c'est la première qui doit être protégée et pas le second* » (G. DURRY, « Plaidoyer pour une révision de la jurisprudence Costedoat (ou : une hérésie facile à abjurer) », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, p. 549). Par comparaison, en droit polonais, l'employeur dispose d'un recours contre le salarié qui a causé un préjudice aux tiers pour ses fautes involontaires commises dans l'exercice de ses fonctions (l'étendue de la responsabilité du salarié à l'égard de son employeur, dans ce cadre, est limitée par les dispositions du Code de travail (articles 114 à 119)). Également, la jurisprudence polonaise a décidé que le principe de la responsabilité exclusive de l'employeur à l'égard des tiers pour les préjudices causés par les salariés (consacré à l'article 120, § 1, du Code du travail) devait être écarté en cas d'insolvabilité de l'employeur. Autrement dit, dans cette hypothèse, la victime dispose d'une action directe contre le salarié : v. SN., 7 juin 1975 (résol.), III CZP 19/75, OSNCP 1976, n° 2, poz. 20 et en doctrine, W. MUSZALSKI (réd.), *Kodeks pracy, op. cit.*, v° art. 120, pt. 3.

²⁵¹⁶ N. FERRIER, thèse préc., n° 252, pp. 354-355, ainsi que la doctrine citée, notes 1216 et 1217. Ces paramètres sont d'ailleurs déjà ponctuellement pris en compte par la jurisprudence : v. p. ex. Cass. soc., 9 avr. 1992 : *Cab. soc. barreau* 1992, B 98 : le transporteur d'un poids lourd a omis d'arrimer le conteneur qu'il transportait, ce qui a provoqué sa chute. Au regard de la grande expérience du salarié, ce dernier n'aurait pas dû

La même démarche devrait s'imposer en ce qui concerne sa responsabilité vis-à-vis des tiers²⁵¹⁷.

817. L'immunité civile de principe du délégataire fonctionnel préposé fait directement écho à celle du dirigeant²⁵¹⁸. Ce rapprochement avec la situation du dirigeant social procède de l'idée que « *tous les deux représentent les intérêts du maître de l'affaire et agissent en vue de leur profit. Également, leur activité comporte des risques de nature semblable pour les tiers. Cette affinité foncière juridique et sociale explique les efforts parallèles et conjugués, déployés en leur domaine par la doctrine et la jurisprudence, en vue d'atteindre respectivement le même but (...).* »²⁵¹⁹.

L'immunité du premier se justifie toutefois, contrairement à celle de l'organe, par les ressorts de la responsabilité du fait d'autrui²⁵²⁰ : la société, en qualité de commettant, est responsable des actes délictueux commis par son délégataire préposé²⁵²¹. On distingue

faire circuler le véhicule de la sorte. V. égal. Soc., 26 mars 1992 : *Cab. soc. Barreau* 1992, B 100. – Soc., 22 févr. 1990 : *Cab. soc. barreau* 1990, B 51.

²⁵¹⁷ En ce sens, v. not. N. FERRIER, *ibid.*, n° 260, pp. 363 et s., pour qui il conviendrait de « *limiter l'irresponsabilité du préposé aux seules fautes qu'il commet en agissant comme un simple subordonné, sans conscience du caractère illicite ou du résultat dommageable de son action* » (*ibid.*, p. 364) ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd., L.G.D.J., 1949, n° 126, qui propose de « *grader la responsabilité du fait d'autrui* » en fonction de la nature du lien de préposition en cause.

²⁵¹⁸ Cf. *supra*, n° 743.

²⁵¹⁹ G. MICHAELIDES-NOUAROS, « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil. Rapport général » in *L'abus de fonction ou de pouvoir, Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XXVIII, Economica, 1977, p. 5, spéc. p. 23, cité par C. MANGEMATIN, thèse préc., n° 38, note 202.

²⁵²⁰ Sur l'exclusion de la qualification de préposé à l'égard des dirigeants, v. *supra*, n° 743, ainsi que les références citées, notes 2247 et s. Encore aujourd'hui, la doctrine n'est pas parvenue à dégager un fondement unique à l'immunité civile du préposé. La tendance contemporaine, en doctrine, consiste à admettre que la responsabilité du commettant repose en réalité sur différents fondements (J. JULIEN, *Rép. civ., Dalloz*, v° « Responsabilité du fait d'autrui », *op. cit.*, n° 102 et s., spéc. n° 109-110 pour les analyses doctrinales contemporaines). Parmi les fondements les plus connus, il convient de relever, en premier lieu, la théorie du risque-profit, dont « *l'idée première, et qui conserve toute sa pertinence, est que la responsabilité du commettant est une contrepartie de l'activité qu'il dirige. Elle apparaît du reste d'autant plus justifiée qu'il en retire un certain profit* » (J. JULIEN, *ibid.*, n° 105). Il a été suggéré, en second lieu, que l'immunité du préposé se justifie parce qu'il n'est qu'un « *simple rouage de l'entreprise* » sans volonté propre ni autonomie par rapport à elle (G. VINEY, « La responsabilité personnelle d'un préposé ne peut être recherchée s'il n'a pas outrepassé les limites de sa mission », *D.* 1994, p. 124). Cette dernière analyse est en tout état de cause erronée en présence de préposés titulaires de délégations fonctionnelles, en particulier lorsqu'elles remplissent les conditions d'efficacité en droit pénal et/ou en droit du travail. Dans ces hypothèses, les préposés sont de réelles « *têtes pensante* » : N. FERRIER, thèse préc., n° 259, p. 361. Quant à la théorie de la représentation, celle-ci n'a, à notre sens, pas sa place en matière délictuelle dans la mesure où la question de la responsabilité d'une personne agissant en qualité d'intermédiaire vis-à-vis du maître de l'affaire pour ses actes matériels délictueux relève des rapports *internes* aux parties.

²⁵²¹ B. BEDARIDE et S. PLA BUSIRIS, art. préc., n° 18. La responsabilité civile de la société peut également être engagée au titre de dispositions spécifiques du Code de travail. Ainsi, l'article L. 4741-7 dudit Code prévoit

donc, à la différence du schéma rencontré avec la responsabilité de la société à raison des actes commis par ses organes²⁵²², le *responsable*, c'est-à-dire, la société, et *l'auteur* de l'acte (de la faute), le préposé. En conséquence, les fautes du délégataire fonctionnel sont, contrairement à l'organe, réputées émaner d'un tiers à la société.

818. Dans une dernière hypothèse, la responsabilité du substitut peut être alignée sur celle du chef d'entreprise lorsque celui-ci agit *en fait* comme un dirigeant de droit.

L'extension du régime de la responsabilité du chef d'entreprise au substitut ne procède pas, toutefois, de la technique de la délégation en droit français, ni de la prokura dans le modèle germanique, mais d'éléments qui permettent de caractériser une direction de fait. La simple association à l'exercice du pouvoir directorial ne produit jamais cet effet.

819. **Une responsabilité spéciale fondée sur la qualité de dirigeant de fait du délégataire et du fondé de pouvoir.** En droits allemand et français, la possibilité de mettre en cause une personne sur le fondement d'une gestion de fait est depuis longtemps acquise. Celle-ci bénéficie d'un fondement textuel en droit français, le législateur étendant expressément au « dirigeant de fait » les règles relatives à la responsabilité du « dirigeant de droit »²⁵²³. En ce qui concerne les critères permettant d'établir une gestion de fait, la jurisprudence française est venue préciser qu'elle se caractérise par l'exercice d'une activité positive de gestion et de direction en toute souveraineté et indépendance²⁵²⁴.

qu'en cas de condamnation pénale d'un directeur, gérant ou préposé, l'employeur (la société) en est civilement responsable.

²⁵²² Cf. *supra*, n° x et s.

²⁵²³ Le dirigeant de fait peut être déclaré solidairement responsable du paiement des impositions et pénalités fiscales s'il est à l'origine de « *manœuvres frauduleuses ou de l'inobservation grave et répétée des obligations fiscales qui ont rendu impossible le recouvrement des impositions et des pénalités dues par la société* », en application de l'art. L. 267 du Livre des procédures fiscales qui s'applique « *à toute personne exerçant en droit ou en fait, directement ou indirectement, la direction effective de la société (...)* ». S'il a commis des fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif d'une société placée en liquidation judiciaire, il peut être déclaré solidairement responsable du passif social (art. L. 651-2, C. com.). Dans le cadre d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, le tribunal peut également prononcer la faillite personnelle du dirigeant de fait s'étant rendu coupable d'actes énumérés à l'art. L. 653-4 C. com. (v. par ex. CA Paris, 16 déc. 1997, D. 1998. IR 44 (*a contrario*)), tel que le fait d'avoir « *poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale* » ou d'avoir « *détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale* » (*ibid.*, 4° et 5°). Une interdiction de gérer peut être prononcée à son encontre à la place de la faillite personnelle (art. L. 653-8, 1^{er} al., C. com.) et s'il a de mauvaise foi omis de fournir les informations que les textes lui imposent de communiquer aux organes judiciaires » (*ibid.*, al. 2) ou s'est abstenu sciemment de demander l'ouverture d'une procédure collective dans un délai de quarante-cinq jours à compter de la cessation des paiements (*ibid.*, al. 3).

²⁵²⁴ Cass. com., 1^{er} juill. 1997, n° 95-15149 : R.T.D. com. 1998, p. 162. Comp. CA Paris, 3^{ème} ch. A, 7 oct. 1997 : B.J.S. 1998, n° 16, p. 55, et P. Le CANNU, « Direction de fait et contrat avec la société dirigée », B.J.S.

820. À la différence du droit français, le législateur allemand n'a pas expressément consacré la notion de direction de fait. La jurisprudence a plutôt décidé que la notion d'administrateur visée dans les textes englobe « *la personne qui, avec le consentement des associés, a effectivement repris en charge la direction de la société sans avoir été nommée aux fonctions directoriales et qui occupe une position supérieure à celle du dirigeant de droit ou qui exerce une ascendance sur ce dernier* »²⁵²⁵ (personne qualifiée de « *faktischer geschäftsführer* »²⁵²⁶). Conséquemment, les dispositions légales relatives à la responsabilité de l'administrateur s'appliquent au fondé de pouvoir agissant comme un gérant de droit²⁵²⁷. La jurisprudence allemande a consacré huit critères, dont six au moins doivent être remplis afin de caractériser une gestion de fait (règle des « six sur huit », « *Sechs-von-acht-Regel* »)²⁵²⁸.

821. En droit polonais, exception faite du droit pénal²⁵²⁹, ce n'est que récemment que le législateur a introduit la notion de dirigeant de fait (« *osoba faktycznie zarządzająca przedsiębiorstwem* »), dans deux textes²⁵³⁰ issus de la loi sur les restructurations

1998, n° 1, p. 5 ; RJDA 1/1998, n° 55. V. égal. en doctrine, sur la notion de direction de fait : L. LEVENEUR, *Situation de fait et droit privé*, *op. cit.*, p. 45 et s. ; J.-L. RIVES-LANGE, « La notion de dirigeant de fait », *D.* 1975, chron., p. 42 ; D. TRICOT, « Les critères de la gestion de fait », art. préc., p. 24.

²⁵²⁵ V. par ex. BGH 5 StR 407/12 – décision du 13 déc. 2012 (LG Berlin), pt. 3 (traduction libre). V. égal. BGHZ 150, 61, 69. – BGHZ 104, 44, 48.

²⁵²⁶ BGH 5 StR 407/12, préc., pt. 3.

²⁵²⁷ En la matière, la sanction la plus fréquemment rencontrée consiste à déclarer le fondé de pouvoir ayant agi en qualité de dirigeant de fait solidairement responsable du passif social en cas de retard dans la demande d'ouverture d'une procédure collective (fixée à trois semaines après la date de cessation : § 15a, 1^{er} et 4^{ème} al. de la loi sur l'insolvabilité allemande (*Insolvenzordnung*)), en application du § 64 GmbHG (dans les SARL) et du § 93, 3^{ème} al., pt. 6, AktG (dans les SA) : v. P. FISSENEWERT (réd.), *Der Prokurist - Rechte und Pflichten*, *op. cit.*, pp. 72-73 et 84. Sa responsabilité pourra également être retenue sur le fondement du § 69 du Code des impôts (*Abgabenordnung*) s'il viole intentionnellement ou par négligence grave les obligations fiscales qui lui incombent, au même titre qu'au dirigeant de droit, en sa qualité de gérant de fait : P. FISSENEWERT *ibid.*, pp. 75-78.

²⁵²⁸ Le prétendu dirigeant de fait doit avoir participé aux décisions relevant d'au moins six domaines relatifs à la direction stratégique de l'entreprise : la définition de la politique sociale, l'organisation de l'entreprise, le recrutement du personnel, la détermination du montant des salaires, la définition de la politique commerciale avec les partenaires de l'entreprise, la négociation de crédits avec les partenaires financiers, la prise de décisions en matière fiscale, le contrôle comptable : BayObLG, 20 févr. 1997 – 5 St RR 159/96.

²⁵²⁹ V. par ex. l'article 308 du Code pénal polonais, consacrant la responsabilité du dirigeant de fait au titre des infractions énumérées dans le chapitre XXXVI (infractions pénales en matière d'effets de commerce et de valeurs mobilières) .

²⁵³⁰ V. les articles 373, §1, pt. 1a, et 374, § 2, de la loi relative aux procédures d'insolvabilité (ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe, préc.). Ces deux textes consacrent la possibilité pour le tribunal de prononcer une interdiction de gérer à l'égard des dirigeants de fait dans deux hypothèses. La première concerne le cas où ces derniers ont sciemment omis de déclarer la cessation de paiements dans les délais prescrits par la loi

d'entreprise du 1^{er} janvier 2016. En parallèle, à la manière du juge allemand, la jurisprudence polonaise a également considéré qu'un texte ne visant expressément que le dirigeant de droit – en l'occurrence, l'article 116 du Code des impôts – devait s'appliquer aux dirigeants de fait²⁵³¹. À cet égard, la question se pose actuellement de savoir si le juge polonais appliquera la méthode « allemande » à d'autres textes, en particulier en ce qui concerne l'article 299, § 1, k.s.h.²⁵³² qui institue à la charge des membres de l'organe directorial des SARL une obligation subsidiaire et solidaire pour le paiement des dettes sociales²⁵³³. De l'avis de la doctrine, l'application de ce texte au fondé de pouvoir agissant comme un dirigeant de droit apparaît pleinement justifiée dans la mesure où le législateur a consacré une responsabilité similaire aux dettes sociales à l'égard des liquidateurs (article 299¹ k.s.h), tandis que le fondé de pouvoir, en particulier lorsqu'il agit en qualité de gérant de fait, bénéficie de pouvoirs autrement plus étendus que cet acteur social²⁵³⁴. À défaut pour les juges de suivre la méthode « allemande » – c'est-à-dire d'appliquer à des gérants de fait des textes ne visant que des dirigeants de droit, comme ils l'ont fait à propos de l'article 116 du Code des impôts – la doctrine incite le législateur à réformer les textes

(30 jours). La seconde concerne la situation où l'insolvabilité du débiteur peut être imputée à une faute intentionnelle ou à une grave négligence de leur part. L'exposé des motifs de la loi polonaise sur les restructurations d'entreprise (Uzasadnienie projektu ustawy – Prawo restrukturyzacyjne, VII kadencja, druk sejm. n° 2428, p. 86) montre que le législateur a précisément souhaité prendre en compte les hypothèses dans lesquelles la direction de la société est assumée par des personnes n'exerçant aucune fonction formelle au sein de la personne morale et qui ne sont conséquemment tenues à aucune forme de responsabilité édictée par le Code des sociétés commerciales. Dès lors, il n'y aurait pas d'objection à ce qu'un fondé de pouvoir se comportant comme un dirigeant de droit soit tenu pour responsable si les conditions de mise en œuvre de ces deux textes sont remplies.

²⁵³¹ WSA., Poznań, 10 nov. 2015, ISA/Po 1288/14, Lex n° 1932513. – SN., 9 oct. 2014, II UK 15/14, Lex n° 1540266. – NSA, 13 août 2013, II FSK 2401/11, ONSAiWSA 2014/6, poz. 106, Lex n° 1572728. – WSA., Szczecin, 30 oct. 2013, ISA/Sz 559/13, Lex n° 1413823. Dans ces arrêts, les juges ont considéré que l'exercice en fait de la direction sociale après la résignation formelle d'un ancien dirigeant ne fait pas obstacle à l'application des règles de responsabilité fiscale prévues par l'article 116 du Code des impôts, bien que ce texte ne vise que les dirigeants de droit de SARL et de SA. *Contra*, v. WSA, Olsztyn, 23 févr. 2012, I SA/Ol 739/11, Lex n° 1117515. – NSA, 7 mai 2014, IFSK 649/13, Lex n° 1480694. – SA Kraków, 28 mai 2014, III AUa 534/12, Lex n° 1496423.

²⁵³² En faveur de l'application de l'article 299, § 1, K.S.H aux fondés de pouvoir, v. K. GRZEGORZ, *op. cit.*, V, pt. 5.3, ainsi que la littérature citée, note 44, not. P. WIÓREK, « Ochrona wierzycieli spółki z o.o. poprzez konstrukcję faktycznego członka zarządu », PPIA 2015/101, pp. 263 et s., et, du même auteur, *Ochrona wierzycieli spółki z o.o. poprzez osobistą odpowiedzialność jej współników*, Wrocław, 2016, pp. 374 et s.

²⁵³³ Responsabilité dont ils peuvent s'exonérer s'ils remplissent l'une des conditions édictées par le texte (en son § 2) : en particulier, s'ils ont déclaré dans le délai légal la cessation de paiements de l'entreprise, si le défaut de déclaration de cessation des paiements ou l'absence d'ouverture d'une procédure de restructuration ne leur est pas imputable, ou si malgré le défaut de déclaration de cessation des paiements ou l'absence d'ouverture d'une procédure de restructuration le créancier n'a subi aucun préjudice. *Nota* : Le législateur polonais n'a pas consacré de disposition équivalente à l'article 299 en ce qui concerne les SA.

²⁵³⁴ K. GRZEGORZ, *op. cit.*, V, pt. 5.3.

traitant de la responsabilité de ces organes, afin qu'ils englobent explicitement les personnes agissant *en fait* en cette qualité (méthode adoptée par le législateur français).

822. Les hypothèses dans lesquelles un substitut se voit appliquer un régime de responsabilité équivalent à celui d'un organe ne procèdent pas, comme on l'a vu, d'une simple association à l'exercice du pouvoir directorial (qui s'exerce nécessairement sous la surveillance du délégant), mais d'une prise en charge factuelle de la conduite des affaires sociales (en toute autonomie et indépendance).

Une gestion sociale de fait peut découler de nombreuses situations. Elle se rencontre fréquemment dans les petites sociétés dans lesquelles les associés en même temps nommés aux fonctions sociales se désintéressent de l'exercice de leur mandat (pour différentes raisons tenant par exemple à l'âge, à la maladie, à l'exercice d'un mandat social dans plusieurs sociétés, un lieu d'habitation lointain ou à l'étranger)²⁵³⁵. Dans une autre hypothèse, la gestion de fait peut résulter d'une carence dans la composition de l'organe directorial en raison de l'arrivée du terme du mandat des dirigeants, de leur révocation ou de leur démission, tandis que certains facteurs font obstacle à sa reconstitution (ainsi de l'absence de candidats ou de consensus chez les associés)²⁵³⁶. Enfin, il peut arriver qu'une personne (par exemple, un associé, un ancien dirigeant ou un tiers) se voit conférer une délégation ou une *prokura* spécialement dans le but de se voir habilitée à réaliser des actes d'une particulière gravité pour la société – au même titre que l'organe directorial (par exemple concéder un crédit ou en obtenir un) – sans vouloir prendre le risque d'être tenue pour responsable dans le cas où ses actes causeraient un préjudice à la société, conformément aux règles spéciales de responsabilité applicables aux dirigeants de droit²⁵³⁷. Dans cette dernière situation, le dirigeant formellement nommé aux fonctions sociales n'a en réalité qu'un rôle figuratif²⁵³⁸ ; il est un « *homme de paille* », soit une personne qui « *a le titre, mais non le pouvoir* »²⁵³⁹.

823. Le substitut agissant comme un dirigeant de droit est donc sanctionné en devenant responsable de l'inexécution des obligations incombant à ce dernier. À cet égard, il importe de relever qu'en Pologne, une partie de la doctrine, bien que minoritaire, estime que le

²⁵³⁵ K. GRZEGORZ, *ibid.* (à propos du fondé de pouvoir) ; N. FERRIER, thèse préc., n° 266, p. 382.

²⁵³⁶ K. GRZEGORZ, *ibid.* (à propos du fondé de pouvoir).

²⁵³⁷ K. GRZEGORZ, *ibid.* (à propos du fondé de pouvoir).

²⁵³⁸ K. GRZEGORZ, *ibid.*

²⁵³⁹ M. COZIAN et A. VIANDIER, *Droit des sociétés*, 3^{ème} éd., 1990, n° 1319.

fondé de pouvoir a, en tant que tel, la qualité pour déclarer la cessation de paiement de l'entreprise²⁵⁴⁰ (et non parce qu'il agit comme un dirigeant de droit, comme c'est le cas en droit allemand²⁵⁴¹) et doit supporter une responsabilité correspondante s'il ne remplit pas cette obligation en cas de préjudice causé à la société²⁵⁴², en application de l'article 21, alinéa 3, de la loi relative aux procédures d'insolvabilité²⁵⁴³. Cette position doctrinale se fonde sur la formulation de l'alinéa 2 dudit article dans lequel le législateur polonais n'impute pas cette obligation expressément aux dirigeants de droit, mais l'étend à « *toute personne qui, sur le fondement de la loi ou des statuts, est habilitée à conduire les affaires sociales et à représenter l'entreprise (...)* »²⁵⁴⁴.

Une telle interprétation se heurte toutefois à plusieurs difficultés. En premier lieu, l'institution d'un fondé de pouvoir repose sur la volonté du constituant et non sur la loi ou les statuts comme l'exige le texte²⁵⁴⁵. En second lieu, si le fondé de pouvoir dispose sans conteste du *pouvoir* de déclarer la cessation de paiement d'une entreprise (cette déclaration au nom du constituant serait efficace puisqu'il s'agit d'un acte juridique qui rentre dans le champ matériel de la prokura), admettre qu'il s'agit également d'une *obligation* qui lui incombe (et dont il doit corrélativement répondre) est fortement contestable pour au moins deux raisons. La première tient à la nature de la prokura qui ne constitue pas – du moins traditionnellement – un rapport obligationnel. C'est pourquoi la doctrine a toujours considéré qu'une obligation quelconque mise à la charge d'un fondé de pouvoir ne pouvait, par définition, être contenue que dans le contrat de base²⁵⁴⁶. Il est vrai que cette conception pourrait évoluer, dans la mesure où le législateur polonais semble avoir récemment

²⁵⁴⁰ Dans ce sens, v. not. K. GRZEGORZ, *op. cit.*, V, pt. 5.4 ; J. GRYKIEL, « Przyjęcie prokury jako przesłanka powstania umocowania », art. préc., n° 4, p. 103 ; I. GIL, E. MARSZAŁKOWSKA-KRZEŚ, « Odpowiedzialność cywilnoprawna i karna a nieterminowy wniosek o upadłość » in *Na styku prawa karnego i prawa o wykroczeniach. Zagadnienia materialnoprawne oraz procesowe. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Markowi Bojarskiemu*, K. ŁUCARZ, J. SAWICKI (réd.), t. 2, Wrocław 2016, p. 80.

²⁵⁴¹ Cf. *supra*, note 2527.

²⁵⁴² Dans ce sens, v. K. GRZEGORZ, *loc. cit.* ; J. GRYKIEL, « Przyjęcie prokury jako przesłanka powstania umocowania », art. préc., pp. 103 et s. *Contra*, v. not. R. ADAMUS, « Czy prokurent nie może złożyć wniosku o ogłoszenie upadłości dłużnika? », *Doradca Restrukturyzacyjny* 2016, n° 4, pp. 44 et s. ; T. TOMCZAK, « Odpowiedzialność określona w art. 299 Kodeksu spółek handlowych a odpowiedzialność na podstawie art. 21 Prawa upadłościowego », P.P.H. 2018, n° 1, pp. 38 et s. (cités par K. GRZEGORZ, *loc. cit.*, note 117).

²⁵⁴³ Loi du 28 févr. 2003 relative aux procédures d'insolvabilité (ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe, Dz.U.2019.0.498).

²⁵⁴⁴ Traduction libre.

²⁵⁴⁵ T. TOMCZAK, art. préc., p. 40.

²⁵⁴⁶ R. LONGCHAMPS DE BERIER, *op. cit.*, p. 130, A. SZPUNAR, « Udzielenie pełnomocnictwa », art. préc., p. 24 ; J. STRZEBIŃCZYK in *Kodeks cywilny, op. cit.*, p. 242.

consacré l'exigence tenant à l'acceptation de la prokura par son bénéficiaire²⁵⁴⁷. Toutefois, même si la nature conventionnelle de la prokura venait à être confirmée par le législateur ou la jurisprudence, l'obligation en cause relève objectivement des *obligations inhérentes à la fonction de mandataire social*. À notre sens, étendre au fondé de pouvoir des obligations personnelles au chef d'entreprise ne peut dès lors qu'avoir, d'une part, un fondement légal et, d'autre part, revêtir un caractère subsidiaire (le fondé de pouvoir ne devrait être tenu pour responsable du défaut de déclaration de la cessation de paiement de l'entreprise dans le délai légal que si cette obligation ne pouvait être remplie par son débiteur initial en raison de la défaillance (absence ou empêchement) de l'organe directorial). En l'absence de disposition légale imputant expressément la charge de cette obligation au fondé de pouvoir, ce dernier ne devrait donc subir les conséquences de son inexécution que s'il s'avère qu'il exerçait, *en fait*, la direction des affaires sociales.

824. Nous avons vu que, *de lege lata*, quel que soit le régime de responsabilité civile applicable aux personnes associées à l'exercice du pouvoir directorial, leur comportement délictuel n'est pas réputé émaner de la société elle-même comme c'est le cas en présence d'un organe social, et ce dans l'ensemble des législations étudiées. En d'autres termes, le substitut est appréhendé comme un tiers à la société pour le compte de laquelle il agit. Cette circonstance – qui relève en réalité exclusivement d'un choix de politique législative – constitue un premier obstacle à la possibilité de reconnaître au délégué fonctionnel la qualité d'hypostase.

En droit français, l'exclusion de cette qualification repose sur un autre élément quant à lui décisif : la substitution dans l'exercice d'une fonction directoriale réalisée par la délégation fonctionnelle revêt nécessairement un caractère parcellaire.

²⁵⁴⁷ Cf. *supra*, n° 73 et s.

Sous-section 2 / Le caractère partiel de la substitution dans l'exercice de la fonction directoriale

825. La substitution fonctionnelle réalisée par la délégation n'est jamais complète²⁵⁴⁸. En premier lieu, le champ de la délégation ne couvre, par hypothèse, que la fonction poste de service (et non la fonction-titre (de mandataire social)). En effet, cette technique ne peut en aucun cas être considérée comme un mode alternatif d'accès au mandat social²⁵⁴⁹. En second lieu, l'organe directorial conserve toujours la maîtrise de la fonction déléguée. D'un point de vue structurel, le délégant et le délégataire conservent donc chacun leur individualité.

826. La maîtrise de la fonction déléguée se manifeste à plusieurs égards, à commencer par la faculté pour l'organe délégant de révoquer librement son substitut²⁵⁵⁰.

Le principe de libre révocabilité concerne naturellement tant la fonction déléguée que les prérogatives dont elle est le support. Du fait de la séparation formelle des rapports intéressant chacun de ces éléments dans le modèle germanique, ce principe a été consacré d'un côté dans la réglementation du contrat de mandat (§ 671 B.G.B. et article 746, § 1, K.C.), et d'un autre côté dans les dispositions relatives à la procuration (§ 168, 2^{ème} phrase, B.G.B., et article 101, § 1, K.C.).

827. **Le principe de la libre révocabilité de la délégation et de la prokura.** En droit français, la consécration jurisprudentielle de la délégation permanente ne fait pas obstacle à la possibilité pour le délégant de révoquer la délégation à tout moment²⁵⁵¹, même si celle-ci est assortie d'un terme²⁵⁵². En d'autres termes, le délégataire est révocable *ad nutum*²⁵⁵³ (« d'un signe de tête »). Le principe de la libre révocabilité de la délégation s'aligne sur le

²⁵⁴⁸ V. par ex., Y. PAGNERRE, art. préc., n° 2.

²⁵⁴⁹ Cf. *supra*, n° 271, et les références citées, note 837.

²⁵⁵⁰ N. FERRIER, thèse préc., n° 94, p. 129.

²⁵⁵¹ D. GIBIRILA, *Rép. soc., Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 117 ; V. THOMAS, « La délégation de pouvoirs peut être permanente », note préc., n° 5 ; L. NURIT-PONTIER, « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 068.

²⁵⁵² N. FERRIER, thèse préc., n° 139, p. 198 ; D. GIBIRILA, *ibid.*, n° 114 ; V. THOMAS, *ibid.*, n° 6 ; L. NURIT-PONTIER, « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 070. En effet, comme le remarque Monsieur Le TOURNEAU au sujet du contrat de mandat, « la stipulation d'une durée ne vaut pas suppression de la faculté de libre révocation : son rôle se borne à indiquer un maximum » : *Rép. civ., Dalloz*, v° « Mandat », *op. cit.*, n° 389.

²⁵⁵³ N. FERRIER, *ibid.* ; L. NURIT-PONTIER, *ibid.*, n° 072 ; D. GIBIRILA, *ibid.*, n° 117.

droit commun du mandat²⁵⁵⁴, qui prévoit que « [l]e mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble » (article 2004 du Code civil).

La même solution s'applique à la prokura en droits allemand et polonais, par dérogation aux règles de droit commun sur la procuration qui autorisent le représenté, sous certaines conditions, à renoncer à ce droit (§ 168, 2^{ème} phrase, B.G.B.²⁵⁵⁵, et article 101, § 1, K.C.²⁵⁵⁶). Cette renonciation est impossible en présence d'une prokura, la libre révocabilité de la prokura constituant, dans les deux législations, une règle d'ordre public²⁵⁵⁷ (§ 52, alinéa 1, H.G.B.²⁵⁵⁸, et article 109⁷ § 1 K.C.²⁵⁵⁹). Aussi, il n'est pas possible, même avec l'accord des parties, d'instituer une prokura irrévocable²⁵⁶⁰ – que cette irrévocabilité soit prévue ou non dans un contrat de base²⁵⁶¹. La prokura est donc révocable indépendamment du lien juridique sous-jacent qui lie éventuellement les parties dans l'ordre interne²⁵⁶². Ce sont les membres de l'organe de direction qui disposent chacun d'un droit de révocation individuel du fondé de pouvoir²⁵⁶³.

²⁵⁵⁴ N. FERRIER, *ibid.* ; L. NURIT-PONTIER, *ibid.*

²⁵⁵⁵ « La procuration est révocable même si le rapport juridique [sous-jacent] subsiste, pour autant qu'il ne résulte pas de ce rapport qu'il doive en être autrement » : traduction de G. LARDEUX *et al.*, *op. cit.*, p. 59. Autrement dit, cet article permet de lier la procuration au contrat de base, ce qui n'est pas possible avec la prokura : E. HEYMANN, *Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht) Kommentar*, t. 1, *Erstes Buch. Einleitung; §§1-104*, éd. N. HORN, 1995, p. 430.

²⁵⁵⁶ « La procuration peut être révoquée à tout moment, à moins que son constituant ait renoncé à ce droit pour des motifs établis dans le rapport de droit constituant le fondement de la procuration [le contrat de base] » (traduction libre). Pour une analyse de la procuration irrévocable en droit polonais, v. M. SMYK, thèse préc., IV, I, pt. 1.1.2.

²⁵⁵⁷ Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, *op. cit.*, p. 399, n° 516 ; E. HEYMANN, *op. cit.*, p. 430 ; RGZ 27, 35, 39 ; Stoob/ Joost § 52 Rdn. 23 (droit allemand) ; J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 10 ; L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 38 (droit polonais). Le principe de la libre révocabilité de la prokura était déjà en vigueur sous l'A.D.H.G.B. : K. GRZEGORZ, *op. cit.*, I, pt. 1.2., et la littérature citée, note 47.

²⁵⁵⁸ « Sans égard à la relation juridique sous-jacente et sans préjudice des droits contractuels à indemnisation, la prokura est révocable à tout moment. » (traduction libre).

²⁵⁵⁹ « La prokura peut être révoquée à tout moment » (traduction libre).

²⁵⁶⁰ J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 10, et la littérature citée, note 2 ; M. PAZDAN, « O rolach, w jakich może występować prokurent przy dokonywaniu czynności prawnych », art. préc., p. 10 ; J. SZWAJA, art. préc., p. 14 ; M. KASPRZYK, *op. cit.*, p. 37 ; M. SMYK, thèse préc., IV, I, pt. 1.1.2, et la littérature citée, note 1251 ; T. SIEMIĄTKOWSKI, *Prokura w spółkach prawa handlowego*, *op. cit.*, p. 186.

²⁵⁶¹ L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 39.

²⁵⁶² E. HEYMANN, *op. cit.*, p. 430.

²⁵⁶³ V. en droit allemand, le § 116, pt. 3, 2^{ème} phrase, H.G.B. En droit polonais, v. l'article 208, § 7, K.S.H., pour une prokura instituée dans une S.A.R.L., l'article 371 § 5 K.S.H., pour une prokura instituée dans une SA, l'article 300⁶⁴, § 3, K.S.H., pour une prokura instituée au sein d'une PSA à directoire, et l'article 300⁷⁵, § 3, K.S.H., pour une prokura instituée dans un PSA à conseil d'administration.

828. Le principe de libre révocabilité du délégataire et du fondé de pouvoir repose sur plusieurs considérations. En premier lieu, la délégation et la prokura sont marquées par un fort *intuitu personae* qui s'oppose à la possibilité de contraindre le constituant à maintenir un substitut dans ses fonctions contre sa volonté²⁵⁶⁴. En deuxième lieu, il convient de préserver la faculté, pour le premier, de recouvrer à tout moment l'exercice personnel de ses pouvoirs²⁵⁶⁵. En troisième lieu, le recours aux techniques de substitution engendre un risque pour le bénéficiaire de la fonction – risque qui est d'autant plus important en présence d'une prokura, vu l'ampleur des pouvoirs de son bénéficiaire²⁵⁶⁶ –, qui se trouve lié par les actes accomplis par le substitut²⁵⁶⁷. Ce risque doit être compensé par la possibilité, pour le constituant, de mettre fin à tout moment aux fonctions de son substitut.

Pour autant, la sécurité des transactions fait obstacle à la possibilité de sanctionner par la nullité l'habilitation d'un fondé de pouvoir ou d'un délégataire stipulée irrévocable et, *a fortiori*, celle des actes accomplis sur son fondement. La nullité doit être circonscrite à la seule stipulation d'irrévocabilité²⁵⁶⁸.

829. En droit français, la reconnaissance de la délégation permanente s'est accompagnée d'une controverse intéressant la question de savoir si le délégant devait respecter un délai de préavis pour révoquer le délégataire. Il est clair, en droits allemand et polonais, que la révocation de la prokura n'est subordonnée au respect d'aucun délai de préavis²⁵⁶⁹. En France, la doctrine est partagée sur la question. De l'avis d'un auteur, la solution applicable aux délégataires devrait être calquée sur les règles applicables à la révocation des représentants légaux, qui ignorent le respect d'un délai de préavis, sans risque pour la société d'engager sa responsabilité²⁵⁷⁰. Cette solution devrait pouvoir s'appliquer aussi bien à la délégation consentie pour une durée déterminée qu'indéterminée²⁵⁷¹. Au contraire, une autre position doctrinale propose de calquer les modalités de la révocation d'une délégation permanente sur celles des engagements à durée indéterminée, qui imposent un

²⁵⁶⁴ N. FERRIER, *loc. cit.* ; L. NURIT-PONTIER, *loc. cit.* ; D. GIBIRILA, *loc. cit.* ; E. HEYMANN, *loc. cit.*

²⁵⁶⁵ N. FERRIER, *loc. cit.* ; D. GIBIRILA, *loc. cit.* ; L. NURIT-PONTIER, *loc. cit.*

²⁵⁶⁶ L. MOSKWA, « Nowe przepisy o prokurze », art. préc., p. 38.

²⁵⁶⁷ V. THOMAS, « La délégation de pouvoirs peut être permanente », note préc., n° 6 (sur la délégation) ; J. GRYKIEL, *Powstanie prokury*, *op. cit.*, p. 10 (sur la prokura).

²⁵⁶⁸ Dans ce sens en droit français, V. THOMAS, *ibid.*, n° 7.

²⁵⁶⁹ E. HEYMANN, *op. cit.*, p. 430.

²⁵⁷⁰ D. PORACCHIA, note préc.

²⁵⁷¹ D. PORACCHIA, note préc. L'auteur conseille toutefois de préciser dans la délégation qu'elle peut être révoquée sans préavis, en particulier lorsque celle-ci est à durée déterminée.

délai de préavis raisonnable²⁵⁷², faute de quoi la rupture pourrait être considérée comme brutale, et donc abusive²⁵⁷³. Aussi, la révocation d'une délégation assortie d'un terme avant l'écoulement de son délai ferait naître au profit du délégataire une créance d'indemnisation contre la société²⁵⁷⁴.

À notre sens, la première solution doit être appliquée à la délégation du pouvoir de représentation : il importe en effet que le délégant conserve une entière maîtrise sur les personnes habilitées à contracter au nom de la société, ce qui suppose qu'il puisse s'en séparer à tout moment, sans risque pour la société d'engager sa responsabilité. Au contraire, dans la mesure où elle n'intéresse pas les tiers mais seulement les parties au contrat, la révocation d'une délégation fonctionnelle devrait suivre le régime des engagements conclus sans limitation de durée et être subordonnée au respect d'un délai de préavis, sous peine pour la société d'engager sa responsabilité.

830. La maîtrise de la fonction déléguée se révèle encore à travers l'obligation pour son titulaire légal d'en surveiller l'exercice²⁵⁷⁵, d'où résulte la faculté pour ce dernier de donner des instructions sur ses modalités d'exécution et d'exercer concurremment les prérogatives qui en découlent (et donc d'en retrouver l'usage à tout instant)²⁵⁷⁶.

831. C'est cette maîtrise du « pouvoir [fonction] déléguée » qui, comme l'a justement démontré Monsieur FERRIER, participe du « noyau irréductible » de la fonction de mandataire social²⁵⁷⁷. C'est également ce critère qui permet de départager la délégation d'un éventuel abandon fonctionnel de la part de l'organe directorial, et du point de vue du substitut, la qualité de délégataire et de dirigeant de fait.

²⁵⁷² Dans ce sens, N. FERRIER, thèse préc., n° 139, p. 199 ; L. NURIT-PONTIER, « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 072 ; Cass. com., 15 déc. 1969 : *Bull. civ.* IV, n° 384.

²⁵⁷³ N. FERRIER, thèse préc., n° 139, p. 199, et la littérature citée, note 671 ; D. GIBIRILA, *Rép. soc.*, *Dalloz*, v° « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 116 ; L. NURIT-PONTIER, « Délégation de pouvoirs », *op. cit.*, n° 072.

²⁵⁷⁴ Dans ce sens, N. FERRIER, *ibid.*, p. 198 ; L. NURIT-PONTIER, *ibid.*, n° 070 et D. GIBIRILA, *ibid.*, n° 114.

²⁵⁷⁵ *Cf. supra*, n° 782, et la littérature citée, note 2395. La responsabilité civile du chef d'entreprise peut être recherchée pour faute de gestion s'il a manqué à son devoir de surveillance : v. B. BEDARIDE et S. PLA BUSIRIS, art. préc., n° 5 et 18 ; D. GIBIRILA, *ibid.*, et, en jurisprudence, Cass. com. 11 juin 1991, n° 89-20.653, préc. – CA Paris, 15 nov. 2007, n° 05-19850, préc. Le manquement à cette obligation de surveillance expose également le délégant à se voir opposer l'inefficacité de la délégation fonctionnelle en matière pénale : *cf. supra*, n° 782, et la jurisprudence citée, note 2399.

²⁵⁷⁶ *Cf. supra*, n° 782, et les références citées, notes 2397 et 2398.

²⁵⁷⁷ N. FERRIER, thèse préc., n° 107, p. 143.

832. À cet égard, ce n'est pas sur le terrain de l'étendue des pouvoirs dont le substitut est investi qu'il convient de se placer pour éluder l'existence ou non d'une direction de fait, mais sur les *modalités* de l'exercice des fonctions déléguées. Le déléataire, même habilité à exercer des fonctions très étendues dans l'entreprise, ne saurait être qualifié de dirigeant de fait²⁵⁷⁸, à moins de remplir les critères définis par la jurisprudence²⁵⁷⁹.

En droit français, une partie de la doctrine se fonde sur le prétendu caractère nécessairement spécial de la délégation pour en déduire qu'elle est incompatible avec l'exercice d'une direction de fait²⁵⁸⁰. En réalité, les délégations générales existent dans la pratique. Elles ne permettent pas pour autant de caractériser *ispo facto* une direction de fait lorsque le délégant conserve la maîtrise de la fonction déléguée, c'est-à-dire le pouvoir de donner des ordres et des instructions relatifs à son exécution ainsi que le pouvoir de révoquer la délégation. Il en irait autrement si le déléataire agissait *en fait* en toute souveraineté et indépendance, éléments qui caractérisent le dirigeant de fait²⁵⁸¹. Comme le souligne Monsieur FERRIER, ce n'est pas la généralité des « *pouvoirs* [fonctions] » délégué[e]s qui permet de distinguer le déléataire du dirigeant de fait, mais la relation d'autorité qui existe entre le délégant et le déléataire, et à laquelle le dirigeant de fait est soustrait²⁵⁸².

833. **Conclusion de la Section 2.** Puisque le déléataire fonctionnel ne s'identifie jamais pleinement ni avec le chef d'entreprise qu'il remplace ni, *a fortiori*, avec la personne morale pour le compte de laquelle il agit, la condition tenant à la personnification de l'être moral fait défaut. On doit en conclure que le déléataire n'incarne pas, comme le soutient Monsieur QUIEVY, le groupement personnifié. De même, la délégation fonctionnelle ne fait

²⁵⁷⁸ Cass. com., 7 juill. 2009, n° 08-17.812 : RJF 12/09, n° 1164 : la demanderesse argue que son comptable bénéficiait d'une délégation de pouvoir et était à ce titre dirigeant de fait ; la Cour conclut quant à elle à l'absence de délégation de pouvoirs effective.

²⁵⁷⁹ Cass. com., 8 nov. 1973 : *D.* 1974, IR, p. 32 : le dirigeant de la société avait en l'espèce délégué l'ensemble de ses pouvoirs. Ce dernier, parti s'installer à l'étranger, étant matériellement dans l'impossibilité de contrôler son déléataire, ce dernier s'est vu qualifié de dirigeant de fait par les juges. – CA Paris, 17 déc. 1996 : *Rev. soc.* 1997, p. 392, note Y. GUYON (faute du gérant de droit abandonnant la gestion à un gérant de fait). Pour une délégation d'ordre fiscal, combinée à d'autres éléments caractéristiques d'une direction de fait : Com., 5 nov. 1991, n° 89-19.064 : R.T.D. com. 1992, p. 818, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET.

²⁵⁸⁰ En ce sens, v. not. F. MARMOZ, thèse préc., n° 819, pour qui « *il faut vigoureusement repousser toute idée selon laquelle une délégation de pouvoir peut être la source d'une gestion de fait. Cela ne peut être le cas que si et seulement si cette délégation n'est pas valable* ».

²⁵⁸¹ V. par ex. Cass. com., 8 nov. 1993 : *D.* 1974, somm. 32 : la qualification de dirigeant de fait est retenue par les juges à l'égard d'un directeur technique à qui le dirigeant de droit a délégué l'ensemble de ses pouvoirs avant de partir s'installer à l'étranger.

²⁵⁸² N. FERRIER, thèse préc., n° 266, p. 382.

pas du délégataire, comme a pu l'affirmer un auteur, « *un organe de l'entreprise* »²⁵⁸³. Tout au plus est-il possible de dire que, dans certaines situations, le délégataire fonctionnel agit à la manière de l'organe auquel il se substitue et que cette circonstance est de nature à justifier un rapprochement dans le régime applicable à chacun de ces acteurs en droit pénal et en droit du travail.

²⁵⁸³ J.-F. BARBIERI, « Délégation de pouvoirs et contrat de prestations de services : les limites de l'effet exonératoire », note préc., n° 6.

834. En droit français, sous certaines conditions établies par le droit du travail et le droit pénal, le délégataire fonctionnel peut se voir opposer les mêmes incompatibilités que le chef d'entreprise – tenant à l'exercice de fonctions internes réputées incompatibles avec la fonction directoriale –, se substituer dans ses obligations pénales, et engager la responsabilité pénale de la personne morale par ses faits matériels constitutifs d'une infraction pénale. Dans ces différentes hypothèses, le délégataire fonctionnel semble personnifier la société, et donc l'incarner à la manière d'un organe, conclusion à laquelle aboutit une partie de la doctrine contemporaine.

Le régime de responsabilité civile applicable aux substituts est pourtant incompatible avec la théorie de l'incarnation, puisque le comportement délictuel de ces agents n'est pas réputé émaner de la société elle-même – comme c'est le cas en présence d'un organe social – mais d'un tiers à la société.

Cette circonstance revêt, il est vrai, un caractère contingent, en ce qu'elle relève d'un choix de politique législative. Toutefois, l'interprétation selon laquelle le substitut remplirait le rôle d'hypostase se heurte également à une donnée irréductible et inhérente aux techniques de substitution que sont la délégation comme la *prokura* : ces dernières n'ont pour objet – et pour effet – que de réaliser une substitution partielle – et non complète – dans l'exercice de la fonction déléguée. En recourant à ces techniques, le constituant conserve toujours, en effet, la *maîtrise* des modalités de mise en œuvre de la fonction. Cette circonstance implique que, d'un point de vue structurel, le constituant et le substitut conservent chacun leur individualité. En d'autres termes, le substitut agit, à la différence de l'organe, toujours comme un tiers par rapport au groupement bénéficiaire de la fonction.

CONCLUSION DU TITRE II

835. Il nous a été permis de constater que quelque soit la sphère sociale envisagée, la substitution dans l'exercice des fonctions et pouvoirs du chef d'entreprise n'est jamais complète. C'est pourquoi, le recours aux techniques de substitution ne remet nullement en cause la « primauté » du mandat social dans l'ordre public sociétaire.

836. Dans tous les cas, ce n'est pas le pouvoir de représentation, quelle que soit son étendue, qui donne à la fonction sa coloration directoriale, mais bien le pouvoir de gérer les affaires sociales dans l'ordre interne. En effet, dans cette hypothèse, le substitut remplit, à la manière d'un organe, une fonction d'engendrement : il prête une volonté décisionnelle interne à la personne morale. Cette fonction particulière – qui découle de la nature abstraite de la personne morale – explique pourquoi le chargé de fonction, à la différence d'un chargé de mission ordinaire (mandataire) – peut être tenu comme pénalement responsable en lieu et place du constituant. En **décidant** en lieu et place de ce dernier, le substitut fonctionnel prend *littéralement* sa place, ce qu'aucune construction de droit commun ne permet, dans la mesure où cet élément ne peut par définition, en ce qui concerne les personnes physiques, être imputé à autrui.

Conclusion de la 2^{ème} Partie

837. Tandis que le mandat de droit commun n'investit par hypothèse son destinataire que d'une mission d'*exécution* (quelle que soit l'autonomie laissée mandataire, celui-ci agit nécessairement comme un simple exécutant), la délégation fonctionnelle confère à l'intermédiaire-substitut une mission d'*engendrement*.

838. La théorie dualiste (improprement qualifiée de théorie de la prokura au sein de la doctrine française) est seule adaptée au droit des sociétés, car elle épouse parfaitement le processus volitif particulier de la personnalité morale : formation de la volonté sociale d'une part (sphère interne), extériorisation de cette volonté, d'autre part (sphère externe).

Il a été possible de constater que cette théorie transcende la réglementation des pouvoirs des organes de direction. Dans la mesure où le délégataire se substitue – du moins, en partie – dans le rôle de ces derniers, cette technique ne peut, pour être correctement appréhendée, qu'épouser la dichotomie relevée.

Conclusion

839. De la même manière qu'en droit commun la représentation, simple *accessoire* du mandat, a conduit, du fait de son enchevêtrement dans le mandat, à l'ellipse du principal (la mission sous-jacente, objet du mandat proprement dit), ainsi qu'à une convergence de ces deux concepts, par métonymie, le pouvoir d'action du chef d'entreprise dans la sphère externe est apparu en France comme formant l'essence de la gouvernance sociale.

La systématisation opérée entre le *mandat* et le *pouvoir* (d'exécution ou de représentation – soit le versant externe de l'acte juridique) a fait corrélativement disparaître le diptyque *mission / gestion* (le pouvoir de décision – soit le versant interne et « insondable » de l'acte juridique) qui lui est sous-jacent.

Cette dualité forme pourtant le substrat de la personnalité morale (en raison de sa nature particulière). Elle transcende également en France la réglementation des pouvoirs du chef d'entreprise. La technique de la « délégation de pouvoirs », pour être correctement appréhendée, ne peut qu'épouser la dichotomie relevée. Le contentieux ayant encadré l'admission de cette technique au sein de la SAS en est la preuve.

840. En 1994, le législateur français introduisait une nouvelle forme sociale censée insuffler un vent de liberté dans une matière de plus en plus galvanisée par l'ordre public sociétair, inauguré par la fameuse loi de 1966. Face au sceau contractuel sous lequel la SAS est apparue, l'interprétation jurisprudentielle de l'article 262-7 de la loi du 3 janvier 1994 (codifié par l'ordonnance du 18 septembre 2000 à l'article L. 227-6 du Code de commerce) apparaissait toutefois comme une gageure. Le texte en question indiquait, sans autre précision, que la SAS est « *représentée à l'égard des tiers par un président* », et les hauts magistrats d'en déduire, suivis en cela par une partie de la doctrine, qu'il s'agissait-là en même temps du seul acteur susceptible d'engager la société dans la sphère externe. En substance, les juges décidaient qu'en ce qui concerne cette forme sociale, le législateur est seul compétent pour désigner les – en l'occurrence *la* – voix de la SAS dans ses rapports avec les tiers.

La « liberté contractuelle »²⁵⁸⁴ se trouvait se faisant entièrement évincée de la sphère sociale *externe* (les rapports noués par la SAS avec les tiers), ce qui n'était pas sans avoir des incidences sur la flexibilité d'aménagement de l'organisation *interne* de sa vie sociale, souplesse qui constitue pourtant « sa marque de fabrique »²⁵⁸⁵. En effet, celle-ci se trouve par hypothèse limitée si les « décideurs » dans l'ordre interne (directeurs, responsables..) se trouvent *per se* exclus de la vie sociale externe, dans la mesure où l'exécution de la majorité des décisions afférentes à la gestion des services internes (telle la direction juridique) requière une habilitation à conclure des actes juridiques au nom de la société, donc à exercer le pouvoir de représentation (par exemple, et en écho au service évoqué, réaliser des actes de procédure judiciaire).

841. Le premier remède apporté à la concentration intenable du pouvoir d'action dans la sphère externe au sein des SAS a été trouvée dans la figure des représentants statutaires, directement empruntés à la « grande sœur » de la SAS. A la suite à cette réforme, une partie de la jurisprudence reste néanmoins fidèle à l'idée que l'organe législatif est seul compétent pour désigner les représentants d'une SAS.

L'exclusion jurisprudentielle de la mise en place de représentants conventionnels au sein de cette forme sociale est alors approuvée par quelques auteurs, car cette solution, présentée comme une contrepartie à la liberté contractuelle dont les associés jouissent dans l'ordre interne, assure une protection maximale du tiers. Dans le cadre d'un « système de représentation légale » « exclusif », le tiers est en effet fixé sur la qualité que son interlocuteur doit avoir pour pouvoir traiter avec lui (dans le cadre de la SAS, celle de président, de directeur général ou de directeur général délégué), et sur l'étendue de ses pouvoirs, qui sont impérativement définis par les textes. Ce système ne laisse guère de place au doute.

Néanmoins, pareille exclusion se heurte encore de façon manifeste aux besoins et réalités pratiques. Ces représentants statutaires bénéficiant de pouvoirs « illimités » (autrement dit, du « pouvoir général de représentation »), si on considère qu'ils sont, aux côtés du président, les seuls agents à même d'extérioriser la volonté sociale dans la sphère externe, on aboutit sur un système du « tout » ou « rien ». En effet, dans un tel système, afin de permettre la déconcentration optimale de la gestion d'un service spécifique (telle

²⁵⁸⁴ C'est plus exactement à l'autonomie de volonté de l'être moral – pris en sa qualité de sujet de droit – à laquelle on se réfère.

²⁵⁸⁵ Comp. avec le commentaire sous l'article « 3.1.1. » de l'avant-projet relatif à la SES : « *La liberté contractuelle inhérente à la SES (...)* ».

la direction juridique) en interne (ce qui implique, comme on l'a vu, que le responsable de ce service puisse à la fois *décider* et *exécuter* ses décisions – et donc représenter – la société), il n'y a d'autres possibilités que de nommer son gestionnaire aux fonctions de directeur général ou de directeur général délégué, et donc, de l'investir du pouvoir d'accomplir des actes sans rapports avec ses attributions (du fait de l'étendue impérative de ses pouvoirs vis-à-vis des tiers).

Au regard des liens ténus existant entre la flexibilité d'aménagement de l'exercice des pouvoirs de gestion dans l'ordre interne, d'une part, et dans l'ordre externe, d'autre part – on comprend que la reconnaissance du recours à la représentation conventionnelle (ordinaire) au sein de la SAS, qui laisse au constituant la liberté de fixer les contours de l'action de son bénéficiaire dans la sphère *externe*, ait été présentée par la Cour de cassation comme une mesure destinée à « *assurer le fonctionnement interne de l'entreprise* »²⁵⁸⁶.

2586

Bibliographie

I. REFERENCES EN DROIT FRANÇAIS

A. Traités, manuels, ouvrages généraux

ACCARIAS (C.), *Précis de droit romain*, 4^{ème} éd., 1886.

ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.), *Droit civil. Contrats spéciaux*, LexisNexis, 7^{ème} éd., 2013.

AUBERT (J.-L.), FLOUR (J.), et SAVAUX (É),

- *Droit civil : les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey, 17^{ème} éd., 2022.

- *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, Sirey, 15^{ème} éd., 2022.

AUBRY (C.) et RAU (C.),

- *Droit civil français*, t. VI, *Contrats civils divers, quasi-contrats, responsabilité civile*, Librairies techniques, 7^{ème} éd. par P. Esmein et A. Ponsard, 1975.

- *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie*, t. 4, *Les obligations*, par E. Bartin, Paris, Éditions Techniques, 6^{ème} éd., 1942.

AYNES (L.), MALAURIE (Ph.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit des obligations*, 11^{ème} éd., L.G.D.J., 2020.

BAUDRY-LACANTINERIE (G), *Traité théorique et pratique de droit civil, Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement*, par A. Wahl, t. XXIV, 3^{ème} éd., Paris, Sirey, 1907.

BENABENT (A.),

- *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 13^{ème} éd., L.G.D.J, coll. Précis Domat, 2019.

- *Droit des obligations*, 18^{ème} éd., L.G.D.J, coll. Précis Domat, 2019.

BOULOC (B.), *Droit pénal général*, 26^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2019.

BROS (S.), et LARROUMET (C.), *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat*, t. III, 10^{ème} éd., Economica, 2021.

CABRILLAC (R.), *Droit européen comparé des contrats*, 2^{ème} éd., L.G.D.J., coll. Systèmes, 2016.

CAPITANT (H.),

- *Introduction à l'étude du droit civil : notions générales*, 3^{ème} éd., A. Pédone, 1912.
- *Introduction à l'étude du droit civil : notions générales*, 5^{ème} éd., A. Pédone, 1929.

CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.), CHENEDE (F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, 13^{ème} éd., Dalloz, 2015.

CARBONNIER (J.), *Droit civil*, 2^{ème} éd., PUF, coll. Quadrige, 2017.

CŒURET (A.), DUQUESNE (F.) et FORTIS (E.), *Droit pénal du travail*, 6^{ème} éd., LexisNexis, 2016.

COLLART-DUTILLEUL (F.), et DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, 11^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2019.

COZIAN (M.), DEBOISSY (F.) et VIANDIER (A.), *Droit des sociétés*, 34^{ème} éd., LexisNexis, 2021.

DAVID (R.), GORE (M.) et JAUFFRET-SPINOSI (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2016.

DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), HUET (J.) et LECUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, sous la direction de J. Ghestin, avec la collaboration de J. Morel-Maroger, 3^{ème} éd., L.G.D.J., 2012.

DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général. t. I. Sources des obligations*, Paris 1923.

DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, 7^{ème} éd., Dalloz, coll. HyperCours, 2021.

DONDERO (B.), LE CANNU (P.), *Droit des sociétés*, 8^{ème} éd., L.G.D.J, coll. Précis Domat, 2019.

DUQUESNE (F.), *Droit des sociétés commerciales*, 8^{ème} éd., Bruylant, coll. Paradigme, 2021.

DURAND (P.),

v. G. RIPERT, P. DURAND, et R. ROBLLOT,

FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations*, t. 1, 6^{ème} éd., PUF, coll. Thémis, 2021.

FAGES (B.), *Droit des obligations*, 10^{ème} éd., L.G.D.J., coll. Manuel, 2020.

FAUCHON (A.) et MERLE (P.), *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 24^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2020.

FERRAND (F.), *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997.

FRANÇOIS (F.), De FRONDEVILLE (E.), MARLANGE (A.), *Dirigeant de société 2015-2016*, 3^{ème} éd., Delmas, 2015.

FROMONT (M.), *Droit allemand des affaires*, L.G.D.J., 2001.

FROMONT (M.) et KNETSCH (J.), *Droit privé allemand*, 2^{ème} éd., L.G.D.J., coll. Précis Domat, 2017.

FROMONT (M.) et RIEG (A.) (sous la dir. de), *Introduction au droit allemand*, t. III, Paris, éd. Cujas, 1991.

GERMAIN (M.),

v. **RIPERT (G.) et ROBLOT (R.)**

GHESTIN (J.), **LOISEAU (G.)**, **SERINET (Y.- M.)**, *La formation du contrat*, t. I, L.G.D.J., 4^{ème} éd., coll. Traités, 2013.

GIFFARD (A.), *Précis de droit romain*, Paris, Dalloz, 1938.

GIFFARD (A.-E.), **VILLIERS (R.)**, *Droit romain et ancien droit français (Obligations)*, coll. Précis, Dalloz, 4^{ème} éd., 1976.

GIRARD (P.-F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^{ème} éd., 1929.

GUENOUX (C.), *Traité de droit romain*, 8 vol., Paris, 1840-1860.

SAVIGNY, *Traité de droit romain*, 2^{ème} éd. trad. Guénoux, t. 3, 1856

GUILLOUARD (L.), *Traité des contrats aléatoires et du mandat*, A. Durand et Pedone-Lauriel, 2^{ème} éd., 1894.

GUYON (Y.), *Droit des affaires*, t. I, 12^{ème} éd., 2003.

HAMEL (J.), **LAGARDE (G.)** et **JAUFFRET (A.)**, *Droit commercial*, t. I, vol. 2, Dalloz, 2^{ème} éd., 1980.

HERON (J.), *Droit judiciaire privé*, 3^{ème} éd. par T. le Bars, Montchrestien, 2006.

HOUTCIEFF (D.), *Droit des contrats*, 6^{ème} éd., Larcier, 2022.

JHERING (R. Von), *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. O. de Meulenaere, t. IV, Paris, 1888.

LABARTHE (F.) et NOBLOT (C.), *Traité de droit civil. Le contrat d'entreprise*, sous la direction de J. Ghestin, L.G.D.J., 2008.

LAURENT (F.), *Principes de droit civil*, t. 28, Paris, Bruxelles, 1877.

LECLERC (F.), *Droit des contrats spéciaux*, 2^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 2012.

LE TOURNEAU (Ph.) (sous la dir. de.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 12^{ème} éd., 2020.

MAGNIER (V.),

v. **RIPERT (G.) et ROBLOT (R.)**

- *Droit des sociétés*. 9^{ème} éd., Dalloz, coll. Cours, 2019.

MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, 12^{ème} éd., Dalloz, coll. Cours, 2020.

MALINVAUD (Ph.), **MEKKI (M.)**, **SEUBE (J.-B.)**, *Droit des obligations*, 15^{ème} éd., LexisNexis, coll. Manuels, 2019.

- MARIN (L.)**, *Le portrait du roi*, Paris, éd. Minuit, 1981.
- MAYNZ (C.)**, *Cours de droit romain*, t. II, 4^{ème} éd., Bruylant-Christophe & Cie., 1877.
- MAZEAUD (H.), (J.) et (L.)**,
- *Leçons de droit civil. Les obligations. Théorie générale*, t. II, 1^{er} vol. Montchrestien, 9^{ème} éd. par F. Chabas, 1998.
 - *Leçons de droit civil*, t. III, vol. 2, 7^{ème} éd., par M. de Juglart, Montchrestien, 1987.
- MONIER (R.)**, *Manuel de droit romain*, 5^{ème} éd., réimpression 1970, t. II.
- PERROT (R.) et SOLUS (H.)**, *Droit judiciaire privé*, t. III, *Procédure de première instance*, éd. Sirey, 1991.
- PLANIOU (M.)**, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 11^{ème} éd., Paris : L.G.D.J., 1931.
- PLANIOU (M.), RIPERT (G.)**, *Traité pratique de droit civil français*, Paris, L.G.D.J., 2^{ème} éd., t. XI, *Contrats civils, deuxième partie*, par A. Rouast, R. Savatier, J. Lepargneur et A. Besson, 1954.
- PONT (P.)**, *Commentaire-Traité des petits contrats*, t. 1, Paris : Delamotte et fils, 1877-1878.
- POTHIER (R.-J.)**,
- *Traité du contrat de mandat*, in *Œuvres de Pothier contenant les traités du droit français*, nouv. éd., M. Dupin, t. 4, Paris : Béchet aîné, 1824-1825, disponible en ligne : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k64872467> .
 - *Traité des obligations, selon les règles, tant du for de la conscience que du for extérieur, nouvelle édition par M. Bernardi*, t. I, Letellier, 1813.
- PUIG (P.)**, *Contrats spéciaux*, 8^{ème} éd., Dalloz, coll. HyperCours, 2019.
- RIPERT (G.)**
- v. PLANIOU (M.), RIPERT (G.)**,
- *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^{ème} éd., L.G.D.J., 1951.
 - *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd., L.G.D.J., 1949.
- RIPERT (G.) et ROBLOT (R.)**
- *Traité de droit des affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, 22^{ème} éd., par M. Germain et V. Magnier, L.G.D.J, 2017.
 - *Traité de droit des affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, 20^{ème} éd., par M. Germain et V. Magnier, L.G.D.J, 2011.
 - *Traité de droit commercial*, t. 1, 13^{ème} éd., L.G.D.J. 1989.
- RIPERT (G.), DURAND (P.), et ROBLOT (R.)**, *Traité élémentaire de droit commercial*, vol. 1, 4^{ème} éd., L.G.D.J., 1959.

ROUJOU DE BOUBÉE (G.), BOULOC (B.), FRANCILLON (J.) et MAYAUD (Y.), *Code pénal commenté*, Dalloz, 1996.

RUEDIN (R.), *Droit des sociétés*, 2^{ème} éd., Stämpfli Verlag AG, Bern, 2006.

SAVIGNY, *Traité de droit romain*, 2^{ème} éd. trad. Guénoux, t. 3, 1856.

SERIAUX (A.), *Les contrats civils*, PUF, coll. Droit Fondamental, 2001.

TROPLONG (R.-Th.), *Le droit civil expliqué – Du mandat*, t. 16, Paris : Charles Hingray, 1846.

VIDAL (D.), et LUCIANO (K.),

- *Cours de droit général des sociétés 2016-2017*, 2^{ème} éd., Gualino, 2016.

- *Cours de droit spécial des sociétés 2016-2017*, 2^{ème} éd., Gualino, 2016.

ZACHARIAE (K.-S.), *Le droit civil français*, MM. G. MASSE et Ch. VERGE (trad.), t. V, A. DURAND, 1860.

B. Ouvrages spéciaux, thèses, monographies

ABDELMOUMEN (N.), *Hiérarchie et séparation des pouvoirs dans les sociétés anonymes de type classique*, thèse Paris I, 2013.

AMALFITANO (A.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe ; une recherche pour la construction d'un modèle commun*, préf. De J.-C. Saint-Pau, L'harmattan, 2015.

ANNUNZIATA (F.), DORSMAN (A. B.), FRANÇOIS (B.), PERNAZZA (F.), *Le droit comparé des affaires au XXI^e siècle, Mélanges à la mémoire de Claude Ducouloux-Favard*, 1^{ère} éd., 2017.

BABERT (G.), *Le système de Planiol (bilan d'un moment doctrinal)*, thèse Poitiers, sous la dir. de Ph. Rémy, 2002.

BARUCHEL (N.), *La personnalité morale en droit privé*, Paris : L.G.D.J., coll. Bibl. de droit privé, t. 410, 2004.

BASTIAN (O.), *Délégation de compétences et répartition des tâches au sein du conseil d'administration : rôles du conseil d'administration, de ses comités et de l'assemblée générale*, Lausanne : Éditions Cedidac, 2010.

BEAU (R.), *Étude comparative des organes de la Société anonyme en droit français et en droit allemand*, th. Paris : J. Loviton, 1944.

BEAUTEMPS-BEAUPRE (C. J.), *Costumes d'Anjou et du Maine intitulées selon les rubriques du Code*, t. II, 1877-1897.

BENEJAT (M.), *La responsabilité pénale professionnelle*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 111, 2012.

BERDAH (J.-P.), *Fonctions et responsabilités des dirigeants de sociétés par actions*, L.G.D.J., 1971.

BERENGER (A.), **LACHAUD (F.)**, *Hiérarchie des pouvoirs, délégation de pouvoir et responsabilité des administrateurs dans l'Antiquité et au Moyen âge : actes du colloque de Metz, 16-18 juin 2011*, Metz : Centre régional universitaire lorrain d'histoire, Site de Metz, 2012.

BERR (C.), *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales : gérance et administration des sociétés commerciales*, Sirey, 1961.

BERTRAND (E.), *Les aspects nouveaux de la notion de préposé et l'idée de représentation dans l'article 1384 § 5 nouveau Du Code Civil, Étude Critique de Jurisprudence*, Thèse Université d'Aix-Marseille, 1935.

BING (F.-M.), *La société anonyme en droit allemand : étude systématique d'après la loi du 18 juillet 1884*, Paris : Pedone-Lauriel ; Berlin : C. Heymanns, 1892.

BOILEUX (J.- M.), *Commentaire sur le Code civil*, 4^{ème} éd., 1838.

BOLAND (E.), *De la représentation dans les contrats*, thèse Liège, 1927.

BOUQUIER (P.), *Étude générale de la représentation dans les actes juridiques*, thèse Montpellier, 1899.

BOUTARIC (F.), *Les Institutes de l'Empereur Justinien conférées avec le droit français*, Toulouse, 1740.

BOYER (M.), *Essai sur la représentation dans les actes juridiques*, thèse Toulouse 1898.

BRAEGGER (J.-L.), *Étude sur la procura*, Mulhouse : Imprimerie Bader, 1922.

BURGARD (J.), *Direction générale et direction technique des sociétés anonymes*, préf. G. Lagarde, L.G.D.J., 1968.

CAGNINACCI (F.), *Le mandat dans la doctrine de l'Ancien régime, XIIIe-XVIIIe siècles*, Nancy : Société d'impr. Typo, 1962.

CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz, 2003.

CHAMPAUD (Cl.), *L'entreprise dans la société du 21e siècle*, Larcier, 2013.

CHANTEPIE (G.) et M. LATINA (M.),

- *La réforme du droit des obligations ; commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 1^{re} éd., Dalloz, 2016.

- *Le nouveau droit des obligations ; commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2018.

CHATARD (D.), *Réflexions sur le jeu croisé des pouvoirs et des responsabilités dans les groupes de sociétés. Essai en droit du travail*, LexisNexis, coll. Thèses, 2013.

CHAVEZ CARMONA (H.), *Les délégations de pouvoir dans les sociétés par actions*, thèse Strasbourg, 2008.

CHEN (Ch.-W.), *Apparence et représentation en droit positif français*, L.G.D.J., coll. Thèses, 2000.

CLAMAGERAN (J.-J.), *Du louage d'industrie du mandat et de la commission en droit romain dans l'ancien droit français et dans le droit actuel*, A. Durand, 1856.

CLARISSE (V.-J.), *De la représentation. Son rôle dans la création des obligations*, Lille : Société lilloise d'édition et de librairie, 1949.

CONAC (P.-H.) et URBAIN-PARLEANI (I.) (sous la dir. de), *La société par actions simplifiée (SAS)*, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2016.

COQUILLE (G.), *Questions et réponses sur les articles des Costumes de France par Me Guy Coquille, Sieur de Romaney*, Paris, 1644.

CORBESCO (D.), *De la représentation dans les actes juridiques et principalement dans les contrats*, thèse Paris, 1912.

CORBISIER (I.), *La société : contrat ou institution ?* Larcier, 2011.

CORVEST (H.), *Le registre du commerce (Etude comparée de droit Allemand, Espagnol et Français)*, thèse, Université de Clermont-Ferrand, 1974.

COTIGA-RACCAH (A.), *Le droit européen des sociétés. Compétition entre les systèmes juridiques dans l'Union Européenne*, 1^{ère} éd., Larcier, 2013.

CZULOWSKI (L.), *La notion de direction dans les sociétés anonymes et la législation de 1940*, thèse, Toulouse, 1943.

DALMASSO (Th.), *La délégation de pouvoir*, Joly éd., 2000.

DE LA GRASSERIE (R.), *Code civil allemand promulgué le 18 août 1896, exécutoire à partir du 1er janvier 1900*, A. Pedone, 1910,

DESHAYES (O.), GENICON (T.) et LAITHIER (Y.-M.),

- *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis., 1^{ère} éd., 2016.

- *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis., 2^{ème} éd., 2018.

DIDIER (P.), *Droit Commercial : l'entreprise en société, les groupes de sociétés*, Thémis, t. II, PUF, 1999.

DIDIER (Ph.), *De la représentation en droit privé*, préf. de Y. Lequette, L.G.D.J., coll. Bibl. de droit privé, t. 339, 2000.

DIGNAC (C.), *Du mandat en droit romain et en droit civil français*, thèse Bordeaux, 1875.

DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, préface de Ch. Jamin, L.G.D.J., Bibl. de droit privé, t. 485, 2007.

DITESHEIM (R.), *La représentation de la société anonyme : par ses organes ordinaires, fondés de procuration et mandataires commerciaux*, Bern : Stämpfli, 2001.

DOMAT (J.),

- *Oeuvres complètes de J. Domat*, par J. Remy, t. I, Paris, 1835.

- *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, J.-B. Coignard éd., 1689-1694, Liv. I Tit. XVI sect. III, n° 1.

DOMINGUEZ (F.), *La délégation de pouvoirs : conditions, domaine, objet, forme, effets, preuve, subdélégations, responsabilité, délégation société mère-filiale, jurisprudences, circulaires, articles, délégations types, modèles*, Paris : Éd. du guerrier, 2001.

DONNADIEU-FORNAROLI (C.), *Le droit pénal et la répartition des pouvoirs dans l'entreprise privée*, thèse Toulouse, 2001.

DOUCET (M.), *Code de commerce allemand et autrichien*, Paris : À. Pédone, 1949.

DOUVILLE (Th.), (dir.), *La réforme du droit des contrats : commentaire article par article*, Gualino, 2^{ème} éd., 2018.

DUMONT (M.-P.), *L'opération de commission*, Litec, Bibl. dr. entr., t. 45, 2000.

DURAND-BARTHEZ (P.), *Le guide de la gouvernance des sociétés 2021/22*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Guides Dalloz, 2020.

DUVERGIER (J.-B.), *Le droit civil français, suivant l'ordre du code*, Tome 19 du Traité de TOUILLIER, t. IV, impr. Renouard, 1837.

FAGES (B.) et MENJUCQ (M.), *Actualité et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés*, coll. : Thèmes et commentaires, Dalloz, 2010.

FALQUE-PIERROTIN (C.), *Les éléments constitutifs du contrat de mandat*, thèse Caen, Paris, Dalloz, 1933.

FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, Videcoq (Paris), 1836.

FERRIER (N.), *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Litec, Bibl. dr. entr., t. 68, 2005.

FLATTET (G.), *Les contrats pour le compte d'autrui : essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en droit français*, préface de J. Hamel, Paris : Recueil Sirey, 1950.

FOUCHER (V.) et TOLHAUSEN (L.-C.-J.), *Code de commerce allemand et règlement général sur le contrat de change avec les lois spéciales rendues dans chaque État pour leur mise à exécution*, Joubert, 1864, p. 13, disponible en ligne : [ark:/12148/bpt6k426268n](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:fr:gallica-ark:/12148/bpt6k426268n).

FRANÇOIS (S.), *Le consentement de la personne morale*, préf. de B. Fages, L.G.D.J., coll. Bibl. de droit privé, t. 601, 2020.

GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, Paris : Economica, 1985.

GERARDIN (G.) et JOZON (P.),

- *Droit des obligations*, t. I, A. Durand, Paris, 1863.
- *Droit des obligations*, t. II, 2^{ème} éd., E. Thorin, Paris, 1873

GERBET (J.), *La délégation des pouvoirs*, Dunod, 1971.

GERMAIN (M.) et PERIN (P.-L.), *SAS – La société par actions simplifiée*, 6^{ème} éd., éd. Joly, 2016.

GODON (L.), *La société par actions simplifiée*, L.G.D.J, 2014.

GOURLAY (P. G.), *Le conseil d'administration de la société anonyme ; organisation et fonctionnement*, Paris : Sirey, 1971.

GILSON-MAES (A.), *Mandat et responsabilité civile*, L.G.D.J, coll. Bibl. de droit privé, t. 566, 2016.

GIVERDON (C.), *L'évolution du contrat de mandat*, thèse Paris, 1947.

GOGORZA (A.), OLLARD (R.) et SAINT-PAU (J.-C.) (dir.), *La responsabilité pénale des personnes morales. La protection pénale de l'environnement : étude comparée*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux, n° 4, Cujas, 2014.

GOUBEAUX (G.), *La règle de l'accessoire en droit privé*, préface de D. Taton, 1969, L.G.D.J., coll. Bibl. de droit privé, t. 93.

GRIOLET (G.), TOURNIER (F.) et VERGE (C.), *Dalloz. Jurisprudence générale*, 1928.

GRIZON (A.-L.), *La qualification du contrat de mandat*, thèse Paris 11, 2010.

GUYON (Y.), *Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, L.G.D.J., 5^{ème} éd., 2002.

HANOTEAU (C.), *De la représentation dans les divers actes juridiques en droit romain et en droit français*, A. Derenne, 1876.

HUVELIN (P.), *Études d'histoire du droit commercial romain*, édité par H. Lévy-Bruhl, Sirey, 1929.

JELLINEK (G.), *L'État moderne et son droit*, trad. Furdis, t. II, Paris 1911-1913.

JEULAND (E.), *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, préface de L. Cadet, L.G.D.J., coll. Bibl. de droit privé, t. 318, 1999.

JOFFREDO (Th.), THIBAUT (O.) et THOUATI (K.), *Pratique de la délégation de pouvoirs*, NEF, 1996.

JONESCO (C.), *Du mandat en droit romain et en droit français*, thèse Paris, 1878.

KAKOU (A.-C.), *La représentation organique dans les sociétés commerciales*, thèse Univ. Nice, 1984.

LABBE (J.-É.), *Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, A. DURAND, 1856.

LARDEUX (dir.), *Le droit spécial des contrats à l'épreuve du nouveau droit commun*, PUAM, 2017.

LARDEUX (G.), LEGEAIS (R.), PEDAMON (M.), WITZ (Cl.), *Code civil allemand, Traduction commentée*, Juriscope, Dalloz, 2010.

LARROSA (V.), *Recherches sur la notion de hiérarchie en droit administratif français*, thèse, Toulouse, 1998.

LAURIN (B.) et LOUSANOFF (O. De.), *La GmbH. Cadre juridique d'un investissement en Allemagne*, 3^{ème} éd., Fritz Knapp Verlag, 2010.

LE BRAS (G.), *L'évolution générale du procureur en droit privé romain des origines au III^e siècle*, thèse Paris, P.U.F., 1922.

LE NABASQUE (H.), *Le pouvoir dans l'entreprise*, Thèse, Rennes I, 1986.

LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, coll. Recherches juridiques, vol. 27, 2012.

LEVENEUR (L.), *Situation de fait et droit privé*, L.G.D.J., t. 212, 1990.

LIMBACH (F.), *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales, De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, avant-propos S. Perruzzetto, préf. Cl. Witz, L.G.D.J., 2004.

LYON-CAEN (A.), URBAN (Q.) (dir.), *La crise de l'entreprise et de sa représentation*, Dalloz, 2012.

MADRAY (G.), *Essai d'une théorie générale de la représentation en droit privé français*, thèse Bordeaux, Sirey, 1931.

MAGNIN (E.), *De la représentation à Rome dans les actes extra-judiciaires, spécialement dans les actes créateurs et extinctifs d'obligations*, thèse Paris 1899.

MALAUURIE (Ph.), *Anthologie de la pensée juridique*, 2^{ème} éd., Cujas, 2000.

MALLET-BRICOUT (B.), *La substitution du mandataire*, préf. de C. Larroumet, éd. Panthéon-Assas Paris II, coll. Droit privé, 2001.

MANGEMATIN (C.), *La faute de fonction en droit privé*, Dalloz, coll. Nouv. bibl. de th., 2014.

- MARMOZ (F.)**, *La délégation de pouvoir*, préf. de Y. Reinhard, Litec, t. 43, 2000.
- MARTIN (G.)**, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, thèse Nancy, 1977.
- MÄSCH (G.)**, **MAZEAUD (D.)**, **SCHULZE (R.)**, **WICKER (G.)** (sous la dir. de), *La Réforme du droit des obligations en France, 5èmes Journées franco-allemandes*, coll. Droit comparé et européen, vol. 20, Paris, Société de législation comparée, vol. 20, 2015.
- MAYER (L.)**, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, IRJS Editions, 2009.
- MEGNIN (S.)**, *Le contrat d'agence commerciale en droit français et allemand*, Litec, Bibl. dr. entr., t. 63, 2003.
- MESSAI-BAHRI (S.)**, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, IRJS Editions, 2009.
- MESTRE (M-C.)**, *La convention de la Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation*, thèse Paris 2, 1981.
- MICHOUD (L.)**,
- *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 1^{ère} éd., Éditions Panthéon-Assas, 2020.
 - *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, L.G.D.J., 2^{ème} éd. par L. Trotabas, 1924.
- MONSALLIER (M.-Ch.)**, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, préf. A. Viandier, L.G.D.J., coll. Bibl. de droit privé, t. 303, 1998.
- MOUBSIT (H.)**, *La représentation en droit des sociétés*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2013.
- MOURLON (F.)**, *Répétitions écrites sur le Code civil*, éd. Garniers frères, 1896.
- NICOLEANO (H.)**, *De la représentation indirecte*, thèse, Paris, 1912.
- NOTTE (G.)**, *La notion de dirigeant de fait de personnes morales de droit privé*, thèse, Paris I, 1978.
- ORTOLAN (V.)**, *Explication historique des Institutes de l'empereur Justinien*, 12^{ème} éd., 1883.
- OSIAS (L.)**, *L'acte abstrait en droit comparé*, thèse Paris, 1924.
- ODINOT (M.)**, *De la représentation imparfaite en droit français*, thèse Paris, 1909.
- OVERSTAKE (J.-F.)**, *Essai de classification des contrats spéciaux*, préface de J. Brethe de la Gressaye, L.G.D.J., coll. Bibl. de droit privé, t. 91, 1969.
- PAGE (H. De)**, *L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1957.

PAGNUCCO (J.-C.), *L'action ut singuli et l'action ut universi en droit des groupements*, L.G.D.J., coll. Fondation Varenne, 2006.

PAILLUSSEAU (J.), *La Société anonyme - Technique d'organisation de l'entreprise*, Paris : Sirey, coll. Bibl. de droit commercial, t. 18, 1967.

PASQUIER (E.), *L'interprétation des institutes de l'empereur Justinien*, éd. Monsieur le Duc Paquier, Paris, 1847.

PEDAMON (M.),

- *Le contrat en droit allemand*, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 2004.

- *Le droit allemand*, Paris, PUF, 1985.

PELISSIER (J.) (sous la dir. de), *Le pouvoir du chef d'entreprise*, Dalloz, 2002.

PERES (C.), *La règle supplétive*, préface de G. Viney, L.G.D.J., coll. Bibl. de droit privé, t. 421, 2004.

PERIN (P.-L.), *L'organisation des pouvoirs dans la société par actions simplifiée*, Paris 2, 1999.

PETEL (Ph.),

- *Le contrat de mandat*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1994.

- *Les obligations du mandataire*, Litec, 1988.

PIAZZON (T.), *La sécurité juridique*, th. Paris II, préf. L. Leveneur, Paris, Defrénois, 2009.

PILON (E.), *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, thèse Caen, C. Valin, 1897.

POPESCO-RAMNICEANO (R.), *De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé*, Paris : Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, L. Chauny et L. Quinsac, 1927.

PUFENDORF (S. de),

- *Le droit de la nature et des gens ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, traduit par Jean Barbeyrac, t. I, Caen : Centre de philosophie politique et juridique, 1732.

- *Le droit de la nature et des gens ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, traduit par Jean Barbeyrac, t. II, éd. J. Nours, Londres, 1740.

PUIG (P.), *La qualification du contrat d'entreprise*, préf. B. Teyssié, éd. Panthéon-Assas, 2002, n° 137.

QUENAUDON (R. de), *Recherches sur la représentation volontaire dans ses dimensions interne et internationale*, thèse, Strasbourg, 1979.

QUIEVY (J.-F.), *Anthropologie juridique de la personne morale*, préface de D. R. Martin, L.G.D.J., coll. Bibl. de droit privé, t. 510, 2009.

RAAPE (L.), *Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes du droit international privé*, Leiden, Boston : Brill, cop. 2008.

RAPETTI (P.-N.) (éd.), *Li Livres de Jostice et de Plet* (avec glossaire de Polycarpe Chabaille), Paris, Firmin-Didot, 1850.

RIGAUX (F.), *Le statut de la représentation : étude de droit international privé comparé*, E. J. Brill, 1963.

ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, préf. de J. Ghestin, L.G.D.J., coll. Bibl. de droit privé, t. 311.

RODIEUX (J. O.), *Le Gouvernement de l'entreprise et la délégation des pouvoirs*, Lausanne, Impr. typo-offset Hostettler, 1967.

ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2005.

ROUAST (A.), *Droit civil approfondi : la représentation dans les actes juridiques*, thèse Paris, coll. : Cours de droit, 1947-1948.

SERIAUX (A.), *Les contrats civils*, PUF, coll. Droit Fondamental, 2001.

SEUL (O.) (sous la dir. de), *Participation par délégation et participation directe des salariés dans l'entreprise. Aspects juridiques et socio-économiques de la modernisation des relations industrielles en Allemagne, en France et dans d'autres pays de l'Union européenne*, Editions Chlorofoeuilles, Nanterre 1994.

SMITH (A.), *Recherches sur la nature et les causes des richesses des nations*, 1776, revue par A. Blanqui, Paris, coll. des principes économistes, 1843.

STARCK (B.), *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. Rodstein, 1947.

STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, préf. D. Huet-Weiller, L.G.D.J., coll. Bibl. de droit privé, t. 172, 1982.

TAULIER (J.-F.), *Théorie raisonnée du Code civil*, t. IV, 1840-1848.

TAYLOR (F. W.), *La Direction scientifique des entreprises*, Paris, Dunod, 1957.

TÉLÉMAN (V.), *De la représentation en matière réelle et personnelle en droit romain*, Paris : V. Giard & E. Brière, 1900.

TERRE (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préface de R. Le BALLE, L.G.D.J., coll. Bibl. de droit privé, t. 2, 1957.

TEXIER (M.), *La désorganisation : Contribution à l'élaboration d'une théorie de la désorganisation en droit de l'entreprise*, Presses universitaires de Perpignan, 2013.

VALERY (J.), *Des caractères distinctifs du contrat de mandat dans le Code civil*, thèse Aix, 1898.

VINCENS (É.), *Exposition raisonnée de la législation commerciale et examen critique du Code de commerce*, t. II, éditions Barrois, ouvrage en ligne, 1821.

WEILL (A.), *La relativité des conventions en droit privé*, Dalloz, 1939.

WICKER (G.), *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. Amiel-Donat, L.G.D.J., t. 253, 1997.

WINTGEN (R.), *Etude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, th. Paris I, préf. J. Ghestin, L.G.D.J., 2004.

WITZ (Cl.)

- *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Paris, Litec, 1992.

- *Le droit allemand*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2018.

WORMS (R.), *Organisation et société*, Paris, 1896.

C. Rapports, projets de réforme et de codification, dossiers, colloques et ouvrages collectifs

DROIT FRANÇAIS :

M. ANDRE, Rapport sous Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010 : *Bull. inf. C. cass.* 15 janv. 2011, disponible en ligne : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/andre_conseiller_1_8631.html

ACTES DU COLLOQUE DE DIJON, *La délégation de pouvoir dans l'entreprise : nécessité et dangers*, Colloque du 16 mars 2012, RLDA, n° 72, 1er juin 2012 :

* **CUISINIER (V.) HANS (S.), JOFFROY (L.), VEDIE (T.), COVILLARD (A.)**, « Table ronde », pp. 85-89.

* **GERBAY (N.)**, « Comment déléguer le pouvoir d'agir en justice ? », pp. 82-83.

* **HENRY (C.)**, « Les risques de déléguer pour la société étrangère », pp. 93-97.

* **JACOTOT (D.)**, « L'employeur prisonnier de la délégation de pouvoirs », pp. 98-101.

* **LE CANNU (P.)**, « Rapport de synthèse », pp. 107-110.

* **MARTIN-SERF (A.)**, « Les risques de déléguer la déclaration des créances et la revendication », pp. 90-91.

- * **MATSOPOULOU (H.)**, « Le salarié prisonnier de la délégation de pouvoirs », pp. 102-106.
- * **THOMAS (V.)**, « Qui peut déléguer ses pouvoirs dans la société ? », pp. 77-81.
- * **TRICOT (D.)**, « La délégation de pouvoir est-elle soumise aux règles du mandat ? », pp. 73-76.

ANSA

- *Dossier* 11 sept. 2002, n° 3167.
- *Dossier* juin-juill. 2002, n° 3131.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT,

- *Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux du 26 juin 2017*, disponible en ligne : <http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/contrats-spe-def-2020.pdf> .
- *Le pouvoir dans les sociétés*, t. LXII, 2012 :
- * **GAUDEMET (A.)**, « L'exercice du pouvoir dans les sociétés en France » pp. 343-381.
- * **LEHMANN (M.)**, « L'exercice du pouvoir dans les sociétés en Allemagne », pp. 81-294.
- * **LUCAS (F.-X.)**, « L'acquisition du pouvoir dans les sociétés en France », pp. 129-150.
- * **MALABAT (V.)**, « Les sanctions du pouvoir dans les sociétés en France » pp. 525-539
- * **PROMINSKA (U.)**, « Les sanctions du pouvoir dans les sociétés en Pologne », pp. 571-588
- * **TEICHMANN (C.)**, « Le pouvoir dans les sociétés en Allemagne » pp. 51-58.
- *L'abus de fonction ou de pouvoir*, t. XXVIII, Economica, 1980 :
- * **MICHAELIDES-NOUAROS (G.)**, « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil. Rapport général ».
- * **VEAUX (D.)**, « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil français ».

CATALA (P.) (dir.), *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (art. 1101 à 1386 c. civ.) et du droit de la prescription (art. 2234 à 2281 c. civ.)*, Doc. fr., 2005, disponible en ligne : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf

CONAC (P.-H.) et **URBAIN-PARLEANI (I.)** (sous la dir. de), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018 :

- * **DIDER (Ph.)**, « L'évolution de la représentation de la société depuis la loi de 1966 », pp. 71-80.
- * **LE CANNU (P.)**, « La loi du 24 juillet 1966, porte ouverte sur l'avenir », pp. 5-14.

* **MATSOPOULO (H.)**, « La responsabilité pénale des personnes morales », pp. 311-328.

DEXANT DE BAILIENCOURT (O) et LAPEROU-SCHENEIDER (B.) (sous la dir. de), *Les responsabilités du dirigeant de société. Regards croisés de droit civil et de droit pénal*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2018 :

* **GREGOIRE (L.)**, « L'identification du dirigeant », pp. 7-21.

* **LACROIX (C.)**, « Délégation de pouvoirs et assurance : quelle échappatoire pour le dirigeant ? » pp. 21-35.

DISSAUX (N.), *Le mandat, un contrat en crise*, Economica, Coll. Etudes juridiques, t. 37, 2011 (sous la dir.).

* **GRIMALDI (C.)**, « Mandat et courtage », pp. 79 et s.

* **LABARTHE (F.)**, « La distinction du mandat et du contrat d'entreprise », pp. 39 et s.

* **MAZEAUD (D.)**, « Rapport de synthèse », pp. 153 et s.

* **PFISTER (L.)**, « Un contrat en quête d'identité », pp. 1 et s.

FRANCIS LEFEBVRE, *Délégation de pouvoirs*, Dossier pratique, 2018.

GANTSCHNIG (D), et KASSOUL (H) (sous la dir. de), *L'offre de réforme des contrats spéciaux*, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. Thèmes et commentaire, 2021.

HAUT COMITE JURIDIQUE DE LA PLACE FINANCIERE DE PARIS, *Rapport sur l'introduction de règles spécifiques aux personnes morales dans le droit de la responsabilité extracontractuelle*, 1^{er} oct. 2018.

MAZEAUD (D.), SCHULTZE (R.) et WICKER (G.) (sous la dir. de), *La représentation en droit privé, 6èmes Journées franco-allemandes*, 1^{ère} éd., Société de législation comparée, vol. 26, 2017 :

* **DIDIER (Ph.)**, « Rapport de synthèse », pp. 217-234.

* **FAGES (B.)**, « La représentation en droit des groupements », pp. 125-136.

* **FERRIER (N.)**, « La représentation en droit de la distribution en droit français », pp. 173-190.

* **SCHULTZE (R.)**, « La représentation - propos introductifs », pp. 7-9.

* **REINER (G.)**, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français », pp. 19-46.

* **WICKER (G.)**, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français », pp. 47-66.

MINISTERE DE LA JUSTICE,

- *Projet de réforme du droit des contrats (mai 2009)*, disponible en ligne : http://droit.wester.ouisse.free.fr/textes/TD_contrats/projet_contrats_mai_2009.pdf
- Rép. min. Justice à M. Lebas : JOAN Q, 2 déc. 1970, p. 6095.
- Rép. min. Luart, n° 12583 : JO Sénat Q, 9 sept. 2010, p. 2367 ; *B.J.S.* 2010, p. 1031, note B. Dondero, disponible en ligne : <http://www.senat.fr/questions/base/2010/qSEQ100312583.html>.
- Rép. min. n° 16073, JO Sénat Q, 30 sept. 1999, p. 3236.
- Rép. min. à QE n° 18155, JOAN Q. 8 mai 1975, p. 2498

TERRE (F.) (dir.),

- *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2008.
- * **WITZ (Cl.)**, « Contrat ou acte juridique ? », pp. 51-66.
- *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2011.

DROIT EUROPÉEN :

ACADEMIE DES PRIVATISTES EUROPEENS, *Code européen des contrats*, disponible en ligne <http://www.eurcontrats.eu/acd2/> .

BAR (C. v.), CLIVE (E.) et SCHULTE-NÖLKE (H.) (éd.), *Principles, definitions and model rules of European private law : draft common frame of reference (DCFR)*, New York : Oxford University Press, 2010, disponible en ligne en langue française (trad. J. Ghestin) : https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/nos_actions/projet-de-droit-europeen-des-contrats/ .

COMMISSION LANDO, *Les principes du droit européen des contrats - Version complète et révisée*, novembre 1998, disponible en ligne : <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/PECL2fr.html> .

COMMISSION POUR LE DROIT EUROPEEN DU CONTRAT, *Principes du droit européen du contrat, Version française préparée par Georges Rouhette. Avec le concours de : Isabelle de Lamberterie, Denis Tallon, Claude Witz*, vol. 2, Société de législation comparée, coll. Droit comparé et européen, 2003.

NORDIC & EUROPEAN COMPANY LAW LSN RESEARCH PAPER SERIES, n° 16-26, *European Model Companies Act*, First edition, 2017, p. 190, disponible en ligne : https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3063996_code1560376.pdf?abstractid=2929348&mirid=1&type=2

UNIDROIT

- Convention sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises du 17 février 1983, disponible en ligne : <https://www.unidroit.org/fr/instruments/representation> .
- *Principes d'UNIDROIT 2016 art. 1.6(2)*, Rome, 2016, disponible en ligne : <https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016> .

WINIGER (B.) (éd.), *Le Code civil français dans le droit européen : Actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français organisé à Genève les 26-28 février 2004*, préf. de O. Guillod et R. Roth, Bruxelles : Bruylant, 2005.

- **BART (J)**, « Le code Napoléon, un code à vocation européenne ? », pp. 65 et s.
- **MEISSEL (F.-S.)**, « Le Code civil autrichien, contrepartie du Code civil français ? », pp. 119 et s.
- **SCHMIDLIN (B.)**, « Le mouvement des codifications en Europe : la formation du système du Code civil français », pp. 45 et s.
- **WINIGER (B.)**, « Le Code suisse dans l'embaras entre B.G.B. et Code civil français », pp. 153 et s.

D. Dictionnaires, lexiques, encyclopédies, répertoires

AUZERO (G.) et FERRIER (N.), « Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social », *Rép. soc.*, Dalloz, 2021.

BENAC-SCHMIDT (F.) et LARROUMET (C.), « Responsabilité des commettants », *Rép. trav.*, Dalloz, 1999 (actu. : sept. 2011).

- BERNARDINI (R.)**, « Personne morale », *Rép. pén.*, Dalloz, 2017 (actu : mai 2018).
- BUCHBERGER (M.)**, « Administration. – Président du conseil d'administration », J.-Cl. *Sociétés*, fasc. 133-10, 2019.
- CAUSSAIN (J.-J.) et AZARIAN (H.)**, « Directoire », J.-Cl. *Sociétés*, fasc. 133-50, 2014 (actu. : oct. 2015).
- CERF-HOLLENDER (A.)**, « Droit pénal du travail », *Rép. trav.*, Dalloz, 2018.
- CORNU (G.)** (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, 13^{ème} éd., Quadrige, PUF, 2020.
- DELEBECQUE (P.) et PANSIER (F.-J.)**, « Conseil d'administration », *Rép. soc.*, Dalloz, 2003 (actu. : mai 2020).
- DISSAUX (N.)**, « Commissionnaire », *Rép. com.*, Dalloz, 2019.
- DISSAUX (N.)**, « Courtage », *Rép. com.*, Dalloz, 2019 (actu : avr. 2021).
- GAFFIOT (F.)**, *Dictionnaire latin français*, Hachette, 1934.
- GIBIRILA (D.)**,
- « Délégation de pouvoirs », *Rép. soc.*, Dalloz, 2017 (actu. : sept. 2018).
 - « Dirigeants sociaux », J.-Cl. *Commercial*, fasc. 1050, 2015 (actu. : oct. 2018).
- GOUT (É.-U.) et PANSIER (F.-J.)**, *Petit lexique juridique*, 4^{ème} éd. Bruxelles, Bruylant, coll. Paradigme, 2020.
- GROSSI (I.)**, « Dirigeants sociaux », *Études Joly Sociétés*, 2020.
- GUYON (Y), et BUCHBERGER (M.)**, « Administration. – Responsabilité civile des dirigeants », J.-Cl. *Sociétés Traité*, fasc. 132-10, 2015 (actu : juin 2017).
- JULIEN (J.)**, « Responsabilité du fait d'autrui », *Rép. civ.*, Dalloz, 2019 (actu. : janv. 2020).
- LAMY (B. de) et SEGONDS (M.)**, « Responsabilité pénale des personnes morales », J.-Cl. *Pénal des Affaires*, fasc. 7, 2018 (actu : janv. 2021).
- LE BARS (B.)**, « Responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Rép. soc.*, Dalloz, 2004 (actu. : juin. 2021).
- LE CANNU (P.)**, « Directoire et conseil de surveillance », *Rép. soc.*, Dalloz, 2003 (actu : févr. 2020).
- LE CANNU (P.), HEINICH (J) et DEVALEE (J.)**, « Société par actions simplifiée », *Rép. soc.*, Dalloz, 2020 (actu : juin 2021).
- LECOURT (B.)**, « Droit des sociétés de l'Union européenne », *Rép. soc.*, Dalloz, 2014 (actu. : déc. 2019).
- LE TOURNEAU (Ph.)**, « Mandat », *Rép. civ.*, Dalloz, 2019 (actu. : mars 2021).
- MATHEY (N.)**, « Représentation », *Rép. civ.*, Dalloz, 2017 (actu. : mai 2018).

MEKKI (M.), « Mandat – Définition et caractères distinctifs », J-Cl. Civil, « art. 1984 à 1990 », fasc. 10, 2016.

NURIT-PONTIER (L.), « Délégation de pouvoirs », *Études Joly Sociétés*, 2020.

PAGNUCCO (J.-C.), « Administration. – Conseil d'administration », J.-Cl. *Sociétés*, fasc. 131-10, 2009.

PAGNUCCO (J.-C.) et WICKER (G.), « Personne morale », *Rép. civ.*, Dalloz, 2016 (actu. : mars 2020).

PEREIRA (B.), « Responsabilité pénale », *Rép. pén.*, Dalloz, 2017 (actu. : déc. 2020).

PUIGELIER (C.), *Dictionnaire juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2017.

QUICHERAT (L.), *Thesaurus poeticus linguae latinae ou Dictionnaire prosodique et poétique de la langue latine*, L. Hachette, 1840.

ROUTIER (R.), « Directeur général délégué : directeur technique, Comité de direction, Collège de censeurs », *Rép. soc.*, Dalloz, 2010.

SAINTOURENS (B.), Société civile, *Rép. civ.*, Dalloz, 2012 (actu. : juin 2021).

F. Articles, chroniques, contributions à des mélanges

ANSA, « Quelles sont les critères qui permettent de distinguer une délégation de pouvoir et une délégation de compétence de l'assemblée générale au conseil d'administration ? » *Bull. ANSA* mars 2008, vol. 08, n° 003, pp. 1-5.

ASENCIO (S.), « Le dirigeant de société, un mandataire “spécial” d'intérêt commun », *Rev. soc.* 2000, n° 19, pp. 683-713.

ATIAS (C.), « L'étrange position procédurale de la personne morale en cas de défaut de pouvoir de son représentant », *D.* 2008, p. 2241.

AUBERT (J.-J.), « Les institores et le commerce maritime dans l'Empire romain », in *Topoi*, vol. 9/1, 1999.

AUBRY (H.), « La responsabilité des dirigeants dans les sociétés par actions simplifiées », *Rev. soc.* 2005, n° 4, p. 793.

AUZERO (G.), « L'exercice du pouvoir de licencier », *Droit ouvrier* n° 3, mars 2010, pp. 289-296.

AUZERO (G.) et FERRIER (N.), « La délégation du pouvoir de licencier dans les SAS (et autres groupements personnifiés) », *RJS* 2011, n° 2, pp. 83-89.

AYACHE-REVAH (I.), « La délégation de pouvoir au tamis de la jurisprudence », *Les cahiers du DRH*, vol. 253, mai 2018, pp. 41-45.

AYNES (L.), « Rapport introductif », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Études juridiques n° 9, Economica, 1999.

BAHBOUHI (S.), « Capacité et représentation », in *Réforme du droit des contrats - Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats, Actes Pratiques et ingénierie Sociétaire* n° 147, mai 2016, dossier 3, n° 79.

BARBIERI (J.-F.),

- « Responsabilité du chef d'entreprise et délégation de pouvoirs : images récentes au travers du prisme jurisprudentiel », LPA vol. 122, juin 2008, pp. 15-18.

- « L'incidence de la réforme du Code pénal sur la gestion des personnes morales », LPA 1993, n° 120, pp. 22-28.

BARGUE (N.), « Le défaut d'organisation ou de fonctionnement de la personne morale », *D.* 2019, pp. 1667-72.

BAYET (D.), La responsabilité pénale du chef d'entreprise à l'issue des arrêts de la chambre criminelle plénière, *Gaz. Pal.*, 30 juillet 1993.

BEAL (S.) et ROUSPIDE (M.-N.), « Délégation du pouvoir de licencier ; A qui l'employeur peut-il déléguer le pouvoir de licencier et selon quelle forme ? » *J.C.P. éd. E.* vol. 21, mai 2005, pp. 878-79.

BEAUD (O.), « “Repräsentation” et “Stellvertretung” : sur une distinction de C. Schmidt », *Droits*, n° 6, 1987.

BECQUE (E.), « De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle, contribution du droit comparé des obligations », *R.T.D. civ.* 1914, p. 251.

BEDARIDE (B.) et PLA BUSIRIS (S.), « Conséquences de l'absence de délégations de pouvoirs dans les sociétés commerciales et nécessité de les établir par acte notarié », *BMIS* vol. 4, avr. 2013, pp. 283-95.

BEGUIN (J.), « L'évolution de l'environnement international et communautaire de la loi du 24 juillet 1966 », *Rev. soc.* 1996.

BERTREL (J.- P.), « Liberté contractuelle et sociétés : essai d'une théorie du juste milieu en droit des sociétés », *R.T.D. com.* 1996, n° 4, pp. 595-631.

BOTTIAU (A) et MARTINEK (M.), « *Le célèbre Abstraktionsprinzip du droit allemand ou le trait de génie de Savigny entre passé et avenir* », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer*, Défossez, Montchrestien, 2012.

BOUBLI (B.), « La délégation de pouvoir depuis la loi du 6 décembre 1976 », *Dr. social* n° 3, mars 1977, p. 82.

BOUCART (G.) et PERCEROU (J.), « L'introduction en Alsace-Lorraine des lois commerciales françaises », in *Annales de droit commercial*, t. 29, 1920.

- BOUERE (P.)**, « P.-D.G. ou président et directeur général », *B.J.S.* 2001, n° 7, p. 695.
- BOULOC (B.)**, « La responsabilité pénale des entreprises en droit français », *RIDC* 1994, n° 2, p. 678.
- BULLE (J.-F.)**, « Les délégations de pouvoirs », *J.C.P. éd. E.* 1999, pp. 1136-37.
- CABRILLAC (R.)**, « La théorie générale de la représentation dans le projet de réforme du droit des contrats français », in *Mélanges D. R. Martin*, L.G.D.J.-Lextenso 2015.
- CALVO (J.)**, « La délégation de pouvoirs en matière pénale », *LPA*, vol. 152, août 1999, pp. 11-17.
- CAMPANA (M.-J.)**, et **CALENDINI (J.-M.)**, « La déclaration des créances effectuée par un préposé du créancier », *J.C.P. éd. E.*, n° 12, mars 1993, p. 230.
- CARSIN-CORRIGNAN (F.)** et **CORRIGNAN-CARSIN (D.)**, « L'identification des titulaires du pouvoir de licencier au sein des SAS », *J.C.P. éd. E.*, n° 1-2, 2011.
- CARTIER (M.-E.)**, « La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution ? », *Cah. dr. entr.* 1994, n° 5, p. 34.
- CATALA (N.)**, « L'entreprise », in *Traité de droit du travail*, G.H. Camerlynck (dir.), Paris, Dalloz 1980.
- CHAMPAUD (Cl.)**,
- « Le droit français des sociétés à l'aube du XXI^e siècle », *Rev. soc.* 2000, p. 77.
 - « Le contrat de société existe-t-il encore ? » in *Le droit contemporain des contrats*, Travaux et Recherches de la Faculté de Rennes, Economica 1987.
- CHARTIER (Y.)**, « L'association, contrat dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation » in *Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003.
- CHARVERIAT (A.)**, « Conditions d'efficacité de la délégation de pouvoirs exonératoire de responsabilité pénale », *RJDA* vol. 6, 2015, pp. 419-22.
- CHEVREAU (E.)**, « Aux origines romaines de la gérance », *RDC* 2012, n° 1.
- CŒURET (A.)**,
- « La délégation de pouvoir », in *Le pouvoir du chef d'entreprise*, J. PELISSIER (dir.), Dalloz. coll. Thème et commentaires, 2002.
 - « La délégation de pouvoirs et les responsabilités pénales dans l'entreprise », *RJS*, vol. 1, janvier 2012, pp. 3-8.
 - « Délégation de pouvoirs et responsabilité pénale dans l'entreprise », *Journal des Sociétés*, vol. 74, mars 2010, pp. 29-42.
 - « Les titulaires du pouvoir disciplinaire », *Dr. social* 1998, p. 25.

- « Les responsabilités assumées par le salarié, source d'indépendance ? », in *Les frontières du salariat*, Rev. jur. d'île de France, 1996, n° 39/40, pp. 243-263.

- « Infractions aux règles d'hygiène et de sécurité en droit du travail, délégation de pouvoir et mise en danger », *Dr. social* 1995, p. 344.

- « La nouvelle donne en matière de responsabilité », *Dr. social* 1994, n° 7-8, p. 627-637.

CÈURET (A.) et DUQUESNE (F.),

- « Actualité de la délégation du pouvoir de licencier dans l'entreprise ou le groupe d'entreprises », *Dr. social* 2012, n° 1, p. 35.

- « La délégation du pouvoir de licencier : dernières avancées jurisprudentielles », J.C.P. éd. E., vol. 20, mai 2011, pp. 41-49.

CÈURET (A.) et FORTIS (E.), « La place du droit pénal dans le monde du travail », R.S.C. 2000, n° 304.

CÈURET (A.), PALMER (S.) et STULZ (V.), « La gestion de la délégation de pouvoirs dans les entreprises » : Cah. dr. entr. mai 2009, entretien n° 3.

COHEN (F.) et RABAIN (T.), « Délégations de pouvoirs et représentations légales dans les SAS-Confusions jurisprudentielles », RTDF, vol. 2, avril 2010, pp. 72-80.

COLLIN (F.), « Méthodologie de la mise en œuvre du système de délégations », *Actes prat. ing. sociétaire*, vol. 79, janvier 2005, pp. 7-12.

COLLIN (F.), DOM (J.-P.) et LE DAMANI (S.), « Mise en place et suivi des délégations de pouvoirs au sein des sociétés et des groupes », *Actes prat. ing. sociétaire* 2005, n° 79, pp. 12-18.

COLLIOT (S.) et MOULIN (J.-M.), « La vie des délégations de pouvoirs dans l'entreprise », *B.J.S.* 2012, p. 745.

COQUELET (M.-L.), « La loi du 24 juillet 1966, comme modèle de droit commun des groupements » in *Mélanges Jeantin*, Dalloz, 1999.

CORGAS-BERNARD (C.), « Focus sur quelques non-dits du projet de réforme de la responsabilité civile », R.L.D.C. 2017, n° 152, 1^{er} oct. 2017, supplément, pp. 36-38.

COURET (A.),

- « Nouveau régime de la représentation et conflits d'intérêts en droit des sociétés », *Rev. soc.* 2017, n° 6, pp. 331-37.

- « Loi sur les nouvelles régulations économiques, la régulation du pouvoir dans l'entreprise », J.C.P. éd. E., n° 42, 18 octobre 2001, pp. 1660-1668.

- « Les apports de la théorie micro-économique à l'analyse du droit des sociétés », *Rev. soc.* 1984, n° 13, p. 250.

COUTANT-LAPALUS (C.) et VIGNERON (G.), « Mandat de représentation conventionnel », *Loyers et copropriété* 2016, n° 11.

CREMIEUX (L.), « De la gérance d'une entreprise commerciale », in M. E. Thaler, *Annales de droit commercial français, étranger et international*, 1909.

CREUTZIG (J.), « Quelques remarques sur le problème de l'obligation abstraite », *R.I.D.C.*, vol. 21, n° 2, avril-juin 1969, pp. 373-83.

DALMASSO (T.), « La validité d'une délégation de pouvoirs dépendrait-elle de sa forme ? », *Actes prat. ing. sociétaire*, vol. 114, novembre 2010, pp. 48-51.

DAOUD (E.), « La délégation de pouvoirs, un outil juridique de management du risque pénal », *RLDA* sept. 2015, p. 54- 70.

DAUBLON (G.), « La pérennité des procurations consenties par les représentants légaux d'une société », *Defrénois* 1981. 945.

DAVID (R.), « Cause et considération », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Dalloz, 1960.

DEPREZ (J.), « La responsabilité civile du salarié à l'égard envers l'employeur », *BS Lefebvre* 1981, n° 8.

DESPLANQUES (M.), « Les délégations de pouvoirs : principes et actualités », *RLDA*, vol. 64, octobre 2011, pp. 96-100.

DEXANT DE BAILLIENCOURT (O), « Pour une consécration légale de la faute séparable des fonctions du dirigeant. Proposition d'ajout au projet de réforme de la responsabilité civile », *D.* vol. 3, janvier 2019, pp. 144-50.

DIDIER (Ph.),

- « La flexibilité de la gouvernance de la SAS », in I. Urbain-Parléani et P-H. Conac (dir.), *La société par actions simplifiée (SAS)*, Dalloz, 1^{ère} éd., coll. Thèmes et commentaires, 2016.

- « La représentation dans le nouveau droit des obligations », *J.C.P. éd. G.* n° 20-21, 2016, 580.

- « Les origines de la représentation légale de la société », in *Mélanges M. Germain*, LexisNexis, 2015.

- « L'avenir des pouvoirs du président de la S.A.S. après la loi N.R.E », *LPA*, 12 juill. 2002, n° 139.

- « Brèves notes sur le contrat-organisation » in *L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François Terré*, PUF, 1999.

DISSAUX (N.), « Articles 1152 et suivants : la représentation », *RDC* 2015, n° 03, p. 749.

DORAT DES MONTS (R.), « L'unification des sociétés civiles et commerciales : vers un droit commun ? », R.T.D. com. 1982.

DOUCHEZ (F.), LAMY (B. De) et SEGONDS (M.), « La délégation de pouvoir du chef d'entreprise : principes et actualité », *Dr. pén.* 2010, n° 4, pp. 6-11.

DREYER (E.), « Les pouvoirs délégués afin d'exonérer pénalement le chef d'entreprise », *D.* 2004.937.

DUCOULOUX-FAVARD (C.),

- « Quatre années de sanctions pénales à l'encontre des personnes morales », *D.* 1998, chron. p. 395.

- « L'histoire des grandes sociétés en Allemagne, en France et en Italie », *R.I.D.C.*, vol. 44, n° 4, 1992, p. 849-81.

DUFOUR (O.), BONNET (E.), DALMASSO (T.), « La délégation de pouvoirs, une réponse à la surpénalisation ? », *LPA* 2000, n° 44, pp. 3-7.

DURRY (G.), « Plaidoyer pour une révision de la jurisprudence Costedoat (ou : une hérésie facile à abjurer) », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004.

ELINEAU (A.), « Pratique des délégations de pouvoirs : règles et évolutions récentes de cet outil de répartition des pouvoirs et responsabilités », *Droit des sociétés*, vol. 2, février 2012, pp. 8-12.

FABRE-MAGNANT (M.), « Le contrat de travail défini par son objet », in *Le travail en perspectives*, sous la dir. d'A. Supiot, L.G.D.J., 1998.

FENOUILLET (D.), « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », *R.D.C.* 2009, p. 279.

FERRIER (N.), « La jurisprudence sociale en droit des sociétés : la délégation de pouvoirs », *Droit des sociétés*, vol. 3, mars 2014, p. 12-16.

FRANÇOIS-XAVIER (L.), « La SAS décapitée », *BMIS* vol. 7, juillet 2010, pp. 615-615.

GAILLARD (E.), « La représentation et ses idéologies en droit privé français », *Rev. Droits* n° 6, 1987.

GANDOLFI (G.), « Les contrats "de services" dans le "Code européen des contrats" en partant du mandat », in *Mélanges Jauffret-Spinosi Camille*, Dalloz, vol. 1, janvier 2013, pp. 395-416.

GAZZANIGA (J.-L.), « Mandat et représentation dans l'Ancien droit », *Revue droits* 1987, n° 6.

GENDRY (B.), « Responsabilité pénale des personnes morales et responsabilité pénale des dirigeants : alternative ou cumul », LPA 1996, n° 140, pp. 17-20.

GERMAIN (M.), « La société par actions simplifiée », J.C.P. 1994. I. 3749.

GHOZI (A.), « Nature juridique de la production des créances dans les procédures collectives de règlement du passif », R.T.D. com. 1978.

GIACOPELLI-MORI (M.), « La délégation de pouvoirs en matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise », RCS vol. 3, juillet 2000, pp. 525-44.

GIANNO (R.), « La dénaturation du mandat social par la pratique dans les sociétés anonymes », *Gaz. Pal.*, vol. 153, juin 2002, pp. 4-15.

GODON (L.), « Interrogations sur la représentation de la SAS » : *Rev. sociétés* 2012, p. 169.

GRIDEL (J.-P.), « Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats : les propositions de l'académie des privatistes européens (Pavie) », *Gaz. Pal.* 21 et 23 fév. 2003.

GUINERET-BROBBEL DORSMAN (A.), « Le commerçant en droit allemand » in R.I.D.C. vol. 61, n°4, 2009. pp. 785-813.

GUTZWILLER (M.), « La commission, le courtage et le mandat commercial en droit international privé », in *Annuaire de l'Institut de droit international*, 49^e vol., t. 2, 1950.

HALLOUIN (J.-C.), « Le monopole de représentation du président de la SAS » : *D.* 2002, p. 2922.

HALPERIN (J.-L.), « Deux cents ans de rayonnement du Code civil des Français ? », *Les Cahiers de droit*, vol. 46, n° 1-2, 2005, pp. 229-251.

HENRION (S.), « Déléguer le pouvoir de l'employeur », J.C.P. éd. S., n° 24, 2016.

HEURTEUX (Cl.), « Partage du pouvoir de décision et mécanisme de délégation dans les entreprises », LPA 1997, n° 139.

HOFMANN (H.), PEGNY (G.), SINTOMER (Y.), « Le concept de représentation : un problème allemand ? » *Raisons politiques* 2013/2, n° 50, pp. 79-96.

HOPT (K. J.), « Quelques réflexions sur l'actualité et les évolutions comparées du droit allemand et du droit français des sociétés », in B. Fages et M. Menjucq, *Actualité et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés*, coll. : Thèmes et commentaires, Dalloz, 2010.

IZORCHE (M.-L.), « À propos du « mandat sans représentation », *D.* 1999, n° 35, pp. 369-374.

JESTAZ (P.), « L'engagement par volonté unilatérale », in *Etudes organisées les 12 et 13 décembre 1992, à Bruxelles*, Dalloz, 1994.

JHERING (R. Von), « De la coopération aux actes juridiques d'autrui », traduction d'Octave De MEULENAERE, in *Études complémentaires de l'Esprit du droit romain*, Paris : A. Marescq, 1880-1892, étude n° VI.

JOFFREDO (T.), « La délégation de pouvoir, le juge et l'entreprise », J.C.P. éd. S. vol. 46, novembre 2006, pp. 16-20.

JOURDAN (D.), « Clause de délégation de pouvoirs », J.C.P. éd. S. vol. 22, mai 2007, pp. 15-17.

JUNG (H.), « La responsabilité de la personne morale dans le droit pénal allemand », LPA 1993, n° 130, pp. 77-78.

JUNG (P.), « Vers une convergence des droits allemands et français des sociétés ? », R.I.D.C., vol. 60, n° 4, 2008, pp. 861-84.

KEREBEK (F.),

- « Modèle de délégation de pouvoirs (“pénale”) - Cadre développé au sein d'une société », *Droit des sociétés*, vol. 1, janvier 2018, pp. 43-48.

- « Modèle de pouvoir spécial dans le cadre d'une opération sociétaire. “Délégation civile” », *Droit des sociétés*, vol. 2, février 2018, pp. 41-44.

KREUZER (K.), « La propriété mobilière en droit international privé », in *Recueil des cours - Collected courses of the Hague Academy of international law 1996, t. 259, 1997*.

KRYNEN (J.), « Avant la construction européenne : le patrimoine juridique commun de l'Europe », conférence tenue à l'Académie de législation le 8 mars 2012, J.C.P. 2012, n° 18.

LABARTHE (F.), « Du louage d'ouvrage ou contrat d'entreprise, dilution d'une notion », in *Le contrat au début du XXIe siècle - Études offertes à Jacques Ghestin*, L.G.D.J., 2001.

LARCENA (A.) et ELINEAU (A.),

- « Pratique des délégations de pouvoirs : règles et évolutions récentes de cet outil de répartition des pouvoirs et responsabilités » : *Dr. sociétés* 2012, étude n° 4.

- « Un outil intéressant de contrôle interne des entreprises : la délégation des pouvoirs » : *Option finance* n° 1143, 10 oct. 2011, p. 28.

LARNAUDE (F.), « Droit comparé et droit public », *Revue du droit public et de la science politique*, vol. 17, 1902.

LASSALLE (J.-Y.), « Réflexions à propos de l'article 121-1 du futur Code pénal consacrant le principe de la personnalité de la responsabilité pénale », J.C.P. éd. G. 1993, I, 3695.

LASSERRE CAPDEVILLE (J.), « La notion d'organe ou de représentant de la personne morale », *AJDP.*, vol. 12, décembre 2018, pp. 550-53.

LAZERGES (C.), « Les mandats tacites », *R.T.D. civ.* 1975. 222.

LEBLOND (J.), « Les pouvoirs respectifs de l'Assemblée générale, du Conseil d'administration, du Président directeur général et du Directeur général adjoint dans la doctrine institutionnelle », *Gaz. Pal.* 1957.

LE CANNU (P.), « Les précisions apportées par le droit des procédures collectives au régime de la délégation de pouvoirs dans une société », *BMIS*, vol. 7, juillet 1997, pp. 628-36.

LEGAL (A.), « La responsabilité pénale du fait d'autrui dans son application au chef d'entreprise », in *Mélanges offerts à J. Brethe de la Gressaye*, éd. Bière Bordeaux, 1967.

LEGEAIS (R.), « L'évolution de la responsabilité civile des maîtres et commettants du fait de leurs préposés en droit français et en droit allemand : observations comparatives, juridiques et économiques », in *Les orientations sociales du droit contemporain : écrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*, 1992, pp. 303-315.

LE TOURNEAU (Ph.), « De l'évolution du mandat », *D.* 1992. chron., p. 157.

LEBER (M.), « La responsabilité des dirigeants de la société anonyme allemande », *RDAI*, vol. 6, octobre 1996, pp. 693-708.

LEDUC (F.),

- « Réflexions sur la convention de prête-nom. Contribution à l'étude de la représentation imparfaite », *R.T.D. civ.* n° 2, 1999, pp. 283-312.

- « Deux contrats en quête d'identité. Les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise », in *Études offertes à Geneviève Viney*, J.-S. Borghetti, O. Deshayes et C. Peres (dir.), L.G.D.J., Lextenso, 2008

LEGEAIS (R.), « L'évolution de la responsabilité civile des maîtres et commettants du fait de leurs préposés en droit français et en droit allemand. Observations comparatives, juridiques et économiques » in *Ecrits en l'honneur de Jean Savatier. Les orientations sociales du droit contemporain*, PUF, 1992.

LIBCHABER (R.),

- « La société, contrat spécial », in *Mélanges M. Jeantin*, 1999, Dalloz, pp. 281 et s.

- « L'entremise : un contrat à la recherche de sa reconnaissance », *Deffrénois SR* 2009, n° 21, pp. 2329-2333.

LOMBARD-PLATET (J.), « Délégation de pouvoirs de direction générale au sein de la SA : le débat n'est pas clos », *Option Finance*, vol. 1398, janvier 2017, pp. 50-50.

LYON-CAEN (A.), « Le pouvoir entre droit du travail et droit des sociétés. A propos du licenciement dans une SAS », *Rev. trav.* 2010, n° 9, pp. 494-497.

MASCALA (C.), « La délégation : cause d'exonération de la responsabilité pénale des dirigeants », *BMIS* 1998, n° 2, pp. 93-98.

MASQUELIER (F.), VIDAL (D.), « Les délégations de pouvoir dans la société anonyme » in *Droit des sociétés*, L.G.D.J., 1999.

MASQUELIER (F.), SIMON DE KERGUNIC (N.) et VIDAL (D.), « La délégation de pouvoirs dans la société anonyme », *Actes prat. ing. Sociétaire*, vol. 50, mars 2000, pp. 5-24.

MATSOPOULOU (H.),

- « La responsabilité pénale de l'employeur », *Droit social*, n° 4, 2020, pp. 343-347.
- « Les effets d'une délégation de pouvoirs valable », *J.C.P. éd. G.* vol. 9, mars 2015, pp. 454-454.
- « Les évolutions jurisprudentielles en matière de responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. soc.* vol. 12, décembre 2015, pp. 703-06.
- « Restriction jurisprudentielle en matière de délégation de pouvoirs », *Rev. sociétés* 2011. 307.
- « La responsabilité pénale du chef d'entreprise » *RJC*, vol. 11, nov. 2001, pp. 45-59.

MAYALI (L.), « Procureurs et représentation en droit canonique médiéval », in *Mélanges de l'école française de Rome*, R.I.D.C., vol. 114, n° 1.

MAYER (D.), « L'influence du droit pénal sur l'organisation de la sécurité dans l'entreprise », *D.* 1998. 256.

MAYNAUD (A.), « Responsables et responsabilités », *Dr. social* 2000. 941.

MEKKI (M.), « Réforme du droit des obligations : la représentation (C. civ., art. 1153 et s. nouv.) », *J.C.P. éd. N.*, n° 47, 25 nov. 2016, act. 1255.

MERCADAL (B.), « La responsabilité pénale des personnes morales et celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits », *RJDA* n° 5, 1994, pp. 375-79.

MERLE (Ph.), « Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la SA », *D.* 1975, chron. p. 245.

MESTRE (J.), « La société est bien encore un contrat », in *Mélanges J. Mouly*, t. 2, Litec, 1998.

MIELLET (D.), « Le nouvel équilibre des pouvoirs dans la SA, issu de la loi NRE, modifie-t-il l'échelle des premières délégations ? », *J.C.P. éd. E.* 2001, pp. 1462-1463.

MORDANT DE MASSIAC (B.), « Responsabilité pénale des dirigeants et délégation de pouvoirs », *R.J.D.A.* 11/95.

MOREAU (A.), « Certitudes et incertitudes des délégations de pouvoirs », *D.* vol. 4, janvier 2006, pp. 290-290.

MORVAN (P.),

- « Nullité en droit du travail et délégation de pouvoirs dans la SAS » : J.C.P. éd S. 2010, n° 24, pp. 17-22.

- « Délégations de pouvoirs en matière pénale dans la société anonyme à directoire », J.C.P. éd. E. 2008, n° 44, pp. 25-33.

MOULONGUI (Cl.), « L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales (nouveau code pénal) », R.T.D. Com. 1994.

NOCLERCQ (D.), « La délégation de pouvoir dans les sociétés commerciales », *Actes prat. ing. Sociétaire*, vol. 136, juillet 2014, pp. 21-24.

NURIT-PONTIER (L.), « Vers un nouvel ordre sociétaire », in *Les concepts émergents en droit des affaires*, sous la direction d'Erik Le Dolley, L.G.D.J., 2010.

OHL (D.), « Recherches sur un dédoublement de personnalité en droit pénal (à propos d'une responsabilité pénale de la personne morale qui n'exclut pas celle du dirigeant personne physique) », in *Mélanges Marcadal*, éd. Francis Lefebvre, 2002.

ORIF (V.), « La délégation de pouvoir, un instrument utile pour le fonctionnement de l'entreprise », *Lexbase Hebdo – éd. S.*, vol. 787, juin 2019.

OUTIN-ADAM (A.), **CANAPLE (M.)**, « SAS : le DRH licencié... et embauche ! », *D.* 2011., n° 5.

PAGNERRE (Y.), « La relativité de la délégation de pouvoirs en droit du travail », J.C.P. éd. G. 2016, n° 40, doct. 1050, pp. 1825-1830.

PAILLUSSEAU (J.),

- « La contractualisation de la société anonyme fermée », *Gaz. Pal.* 1998, n° 282 (spécial), pp. 16-23.

- « Le big bang du droit des affaires à la fin du XXe siècle (ou les nouveaux fondements et notions du droit des affaires », J.C.P. éd. G. 1988.1.3330.

PEANO (M.-A.), « L'incompatibilité entre les qualités de préposé et de gardien », *D.* 1991. Chron. 51.

PEIS-HITIER (M.-P.), « Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine », *D.* 2005, p. 865.

PETRUCCI (A.), « Quelques observations sur les relations contractuelles avec les entrepreneurs dans le droit romain classique », *Rev. hist. Droit*, vol. 90, n° 1, 2012.

PLANIOL (M.), « La transformation du mandat depuis le droit romain », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1893.

PORACCHIA (D.), « La responsabilité civile des personnes morales », *B.J.S.*, vol. 6, juin 2017, p. 357-357.

PRIEUR (J.), « Droit des contrats et droit des sociétés », in *Mélanges A. Sayag*, Litec, 1997.

PUIGELIER (C.), « La délégation de pouvoir en matière d'accident du travail », J.C.P. éd. E. 1993, n° 40, pp. 457-463.

QUENAUDON (R. de), « Quelques remarques sur le conflit de lois en matière de représentation volontaire », *Rev. critique DIP*, 1984.

RANDOUX (D.), « Vers un droit commun des groupements », J.C.P. 1996, I, 3982.

RAYNOUARD (A.), « La représentation de la SAS : plaidoyer pour une orthodoxie libérale », RJ com., 2003, p. 211.

REMERY (J.-P.), « La déclaration des créances : délégation de pouvoirs et mandat », J.C.P. éd. E., 1999, I, 113.

RIVES-LANGE (J.-L.), « La notion de dirigeant de fait », *D.* 1975, chron., p. 42.

ROBE (J.-Ph.), « Des délégations de pouvoirs dans les SAS. Remarques sur quelques arrêts récents », *SSL*. vol. 1459, septembre 2010, pp. 152-56.

ROBERT (J.-H.),

- « Les préposés délégués sont-ils les représentants de la personne morale », in *Mélanges offerts à P. Couvrat*, PUF, 2001, pp. 383 et s.

- « Les personnes physiques pénalement responsables des infractions commises à l'occasion du fonctionnement des entreprises », J.C.P. 1975, éd. E., II, 11716.

ROUAUD (A.-C.), « Les limitations statutaires au pouvoir d'agir en justice du représentant légal de société », *Rev. soc.* 2014, n° 7-8, pp. 415-425.

ROUSSEAU (F.), « La répartition des responsabilités dans l'entreprise », *R.S.C.* 2010, n° 4, pp. 904-818.

ROUX (P.), « La responsabilité du président dans la société par actions simplifiée », *B.J.S.* 1996, n° 11, pp. 905-909.

SAINT-PAU (C.), « La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou de représentant d'une personne morale », in *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2007.

SAINTOURENS (B.), « Les organes de direction de la société anonyme après la loi relative aux nouvelles régulations économiques », *Rev. soc.* n° 3, 2001, pp. 515-531.

SCHILLER (S.), « La représentation dans les sociétés après la réforme du droit des contrats », J.C.P. éd. N., n° 48, 2017, pp. 64-67.

SINAY (R.), « La proposition de directive européenne en matière de sociétés commerciales et le projet français », *Gaz. Pal.* 1965, 1, doct., p. 38.

SOLA CANIZARES (F. de.), « La société à responsabilité limitée en droit comparé », R.I.D.C. vol. 2, n° 1, janvier-mars 1950, pp. p. 49-73.

STARCK (B.), « Les rapports du commettant et du commissionnaire avec les tiers », in J. Hamel (dir.), *Le contrat de commission*, Dalloz, 1949.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), « Le nouveau droit de la représentation et le contrat de mandat », in G. Lardeux (dir.), *Le droit spécial des contrats à l'épreuve du nouveau droit commun*, PUAM, 2017.

TADROS (A.), « La délégation de pouvoirs en droit des sociétés : aspects de droit civil après la réforme du droit commun des contrats », D. vol. 29, sept. 2017, pp. 1662-68.

TARDIEU-NAUDET (D.), « L'incidence, sur la responsabilité du débiteur, de la faute caractérisée de son préposé (contribution à l'étude de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui) », RRJ 1979-1980, p. 99 (1^{ère} partie) et RRJ 1981.80 (2^{ème} partie).

TEISSIER (A.), « La validité de la délégation. Le choix du délégataire », R.J.S. 2007, p. 551.

TERNYNCK (E.), « Délégation de pouvoir consentie au salarié et contrat de mandat : quelle articulation dans le domaine des relations de travail », *Droit ouvrier*, vol. 822, 2017, pp. 33-48.

THOMAS (Y.), « Une invention de la romanistique allemande : l'acte de transfert abstrait », *Droits*, 1988.

TOMASI (A.), « Les conflits de lois en matière de représentation conventionnelle et l'opportunité d'une convention internationale », *Rev. critique DIP*, 1958.

TOMASIN (D.),

- « À la recherche d'une distinction entre mandat et contrat de travail », in *Mélanges dédiés au président Michel Despax*, PU Toulouse 1, 2002.

- « Les effets du mandat simple sans clause de représentation », RDI, 31 décembre 1990.

TREBULLE (F.-G.), « Personnalité morale et citoyenneté, considérations sur "l'entreprise citoyenne" », *Rev. sociétés* 2006, p. 41.

TRICOT (D.),

- « Le dirigeant de société et ses délégués », *Journal des Sociétés*, vol. 74, mars 2010, pp. 11-13.

- « Les critères de la gestion de fait », *Dr. et patrimoine* 1996, pp. 24-28.

VALLANSAN (J.), « Délégation de pouvoir du salarié et représentation de la société », B.J.S. juillet 2005, n° spécial. p. 95.

VANUXEM (S.), « L'étrange disparition du désaveu d'"avocat à la Cour" devant les juridictions judiciaires », R.T.D. civ. 2011, pp. 677-699.

VATINET (R.), « Les cadres dirigeants », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, Lextenso, 2015.

VENDEUIL (S. de),

- « La cessation des fonctions d'un dirigeant met-elle fin aux délégations qu'il a données ? », J.C.P. éd. E. 1997, I, p. 248.

- « Nouvelles régulations économiques et dissociation des fonctions de président du conseil et de directeur général », J.C.P. éd. E. 2001, p. 1315.

VINEY (G.), « La responsabilité personnelle d'un préposé ne peut être recherchée s'il n'a pas outrepassé les limites de sa mission », *D.* 1994, p. 124.

VITERO (F.), « La mise en œuvre pratique de la délégation de pouvoirs » : RLDA nov. 2006, n° 10, pp. 86-89.

WICKER (G.), « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », *D.* 2016, n° 33, p. 1942.

WICKER (G.) et FERRIER (N.), « La représentation », J.C.P. 2015, supp. au n° 21.

G. Conclusions, notes et commentaires de jurisprudence

ALIX (P.), note sous Cass. com. 14 févr. 1995, *Rev. soc.*, n° 2, 1995, pp. 331-345.

ANSA, note sous Cass. com. 7 janv. 2018, n° 16-22.285, *Bull. ANSA 2019-II*, pp. 3-4.

ARSEGUEL (A.), note sous Cass. crim., 26 mai 1994, *BMIS*, n° 8, 1994, pp. 978-83.

AUZERO (G.),

- note sous Cass. com., 10 oct. 2018, n° 17-13.829, *BMIS*, vol. 12, décembre 2018, pp. 689-91.

- note sous Cass. soc., 26 avr. 2017, n° 15.25-204, *Rev. trav.*, 2017, n° 6, pp. 409-411.

- note sous Cass. soc., 30 juin 2015, n° 13-28.146, *Rev. trav.*, 2015, n° 9, pp. 536-538.

- note sous Cass. soc. 7 déc. 2011, n° 10-30.222, *Rev. trav.* 2012. 94.

- note sous Cass. soc. 29 janv. 2013, n° 11-23.267, *Lexbase-Hebdo éd. S.* 2013, n° 516.

BARBIERI (J.-F.),

- note sous Cass. com., 14 juin 2016, n° 14-26.358, *Rev. soc.*, vol. 1, janvier 2017, pp. 23-24.

- note sous Cass. crim., 3 janv. 2006, P. Aff. 10 mai 2006, n° 93.

- note sous Cass. crim., 24 sept. 1998, n° 97-81803, *LPA* 1999, n° 93, p. 13.

BAREGE (A.), note sous Cass. soc., 30 juin 2015, J.C.P. éd. S. 2015, 1385.

BARGUE (N.),

- note sous Cass. crim., 4 sept. 2018, n° 18-80.942, BMIS 2019, n° 1, pp. 13-16.
 - note sous Cass. crim., 15 nov. 2016, n° 15-86.465, BMIS vol. 2, févr. 2017, pp. 102-04.
- BARQUE (N.)**, note sous Cass. crim., 4 sept. 2018, n° 18-80.942, BMIS, vol. 12, déc. 2018, pp. 685-88.
- BOURCEREAU (A.) et DALMASSO (T.)**, note sous CA Versailles, 24 sept. 2009, n° 08/02615, J.C.P. éd. E. n° 24, 17 Juin 2010, étude n° 1590, pp. 31-33.
- BRIER (De H.)**, note sous Cass. soc., 13 juin 2018, n° 16-23.701, *Gaz. Pal.* vol. 31, 2018, p. 48-49.
- CALAIS-AULOY (J.)**, note sous Cass. ass. plén., 13 déc. 1962, *D.* 1963.
- CARO (M.)**, note sous Cass. soc., 13 juin 2018, n° 16-23.701, SLL., vol. 1824, juil. 2018, pp. 12-13.
- CARTIER (M.-E.)**, note sous Cass. crim., 11 mars 1993, n° 92-80.773, BMIS, vol. 6, juin 1993, pp. 666-71.
- CESARO (J.-F.)**,
- note sous Cass. crim., 23 mai 2018, n° 17-82.456, J.C.P. éd. E, 2018, n° 49, pp. 38-39.
 - note sous Cass. crim., 14 nov. 2006, n° 05-83.367, J.C.P. éd. S. vol. 25, juin 2007, p. 24.
- CHAMPAUD (Cl.) et DANET (D.)**, note sous Cass. Ass. Plén., 18 nov. 1994 et Com. 18 oct. 1994, R.T.D. Com. 1995.
- CHARTIER (Y.)**, note sous Cass. com., 14 déc. 1993 (deux arrêts), *Rev. soc.*, 1994, p. 100.
- CHAZAL (J.-P.) et REINHARD (Y.)**, note sous CA Paris 3^{ème} ch. section C, 28 juin 2002, RTD Com. 2002. 691.
- CHILSTEIN (D.)**, note sous Cass. crim., 23 mai 2007, n° 06-87.590, BMIS, vol. 11, novembre 2007, pp. 1256-60.
- CŒURET (A.) et DUQUESNE (F.)**,
- note sous Cass. soc. 25 nov. 2020, n° 19-18.681, SSL 2021, n° 1938, pp. 18-21.
 - note sous Cass. crim., 25 mars 2014, n° 13-80.376, J.C.P. éd. S. n° 21, mai 2014, pp. 34-37.
 - note sous Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, 2 arrêts, *Dr. soc.* 2011, vol. 4, pp. 382-91.
- CONTE (Ph.)**, note sous Cass. crim., 7 janv. 2020, n° 18-87.027, *Droit pénal*, 2020, n° 4, p. 40.
- COUPET (C.)**, note sous Cass. com. 6 déc. 2016, n° 15-11.105, *Droit des sociétés* 2017, n° 3, pp. 25-27.

COURET (A.), note sous Cass. 2^{ème} civ., 4 juin 2009, *B.J.S.* 2010, n° 1, pp. 39-45.

COURET (A.) et DONDERO (B.), note sous Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010 (2 arrêts), *J.C.P. éd. E.* 2010, n° 48, décembre 2010, pp. 27-31.

DAIGRE (J.-J.), note sous Cass. com., 14 févr. 1995, *B.J.S.* 1995, p. 442, § 154.

DELATTRE (C.), note sous Cass. crim., 17 oct. 2017, *J.C.P. éd. E.*, n° 48, 2017, p. 24.

DELPECH (X.), obs. sous Cass. com. 17 janv. 2012, n° 10-24.811, *Dalloz actualité* 6 février 2012.

DERRIDA (F.), note sous Caen, 7 janv. 1993, *D.* 1993.114.

DIDIER (Ph.), note sous CA Paris, 25 janv. 2018, n° 17-01883 », *Rev. soc.*, vol. 9, septembre 2018, pp. 500-02.

DOM (J.-Ph.), note sous Cass. com. 15 mars 2005, n° 03-13.032, *Lexbase Hebdo* – éd. E. 2005, n° 172.

DONDERO (B.),

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 2017, n° 16-16.853, *Gaz. Pal.* vol. 23, juin 2017, pp. 66-69.

- note sous Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *Gaz. Pal.* 2016, n° 30, pp. 56-59.

DONNETTE-BOISSIERE (A.), note sous Cass. com., 22 mars 2017, n° 15-27761, *BJE* n° 3, 2017, p. 239.

DUQUESNE (F.),

- note sous Cass. soc., 22 janv. 2020, n° 19-12.011, *J.C.P. éd. S.* 2020, n° 8, pp. 45-48.

- note sous Cass. crim., 22 août 2018, n° 17-83.966, *J.C.P. éd. S.* 2018, n° 40, pp. 44-46.

- note sous Cass. crim., 15 mai 2007, n° 06-84.318, et 6 nov. 2007, n° 06-86.027, *Droit social*, vol. 4, avril 2008, pp. 449-53.

- note sous Cass. soc. 5 mai 2011, n° 09-72.924 et 4 mai 2011, n° 10-11.872, *J.C.P. éd. G.* 2011, n° 27, pp. 1314-1316.

- note sous Cass. crim., 23 nov. 2010, n° 10-82.057, *Droit social*, n° 5, mai 2011, pp. 558-62.

ERNST DEGENHARDT (J.), note sous Cass. com., 4 mai 2017, n° 15-24.854 », *BJE* vol. 4, juillet 2017, pp. 268-71.

FERRIER (N.),

- note sous Cass. com., 17 janv. 2018, n° 16-22.285, *BMIS*, vol. 5, 2018, pp. 272-73.

- note sous Cass. soc., 13 juin 2018, n° 16-23.701, *BMIS* 2018, n° 9, pp. 498-500.

- note sous Cass. com., 13 sept. 2017, n° 15-26.666, BMIS, vol. 12, 2017, pp. 724-26.
- note sous Cass. com., 26 janv. 2016, n° 14-23.388, B.J.S. 2016, n° 4, pp. 202-204.
- obs. sous Cass. soc., 27 janv. 2016, n° 13-26.761, B.J.S. 2016, n° 06, p. 333.
- note sous Cass. com., 4 nov. 2015, n° 13-14.412, B.J.S. n° 1, 2016, p. 14.
- note sous Cass. soc., 4 mai 2011, n° 10.11-872, B.J.S. 2011, n° 9, pp. 666-669.
- note sous Cass. com., 8 juill. 2008, B.J.S. 2008, n° 216, p. 1012.

GALLOIS-COCHET (D.),

- note sous Cass. com., 9 juill. 2013, n° 11-22.627, J.C.P. éd. G. n° 40, 2013, pp. 1793-1795.
- note sous CA Paris, 6e pôle, 10e ch., 31 août 2010, *Droit des sociétés* n° 12, 2010, comm. 227.
- note sous Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010 (2 arrêts), *Droit des sociétés* n° 2, 2011, pp. 22-24.

GERMAIN (M.) et PERIN (P.-L.),

- note sous CA Paris, 5-8, 23 sept. 2016, n° 15-14118, BMIS 2017, n° 1, pp. 32-37.
- note sous ch. mixte, 19 nov. 2010 (2 arrêts), B.J.S. 2010, n° 12.
- note sous CA Paris, 10 déc. 2009, n° 09-04775, B.J.S. 2010, n° 4, pp. 338-346.

GIBIRILA (D.),

- note sous Cass. com., 22 oct. 2013, n° 12-24.658, Lexbase Hebdo – éd. E., 2013, n° 363.
- note sous Cass. com., 17 janv. 2012, n° 10-24.811, Lexbase Hebdo – éd. A., 2012, vol. 284.

GODON (L.),

- note sous Cass. com., 24 nov. 2015, n° 14-19.685 et Conseil constitutionnel 22 déc. 2015, requête n° 2015-33-I, B, *Revue des sociétés*, vol. 7, n° 8, juillet 2016, p. 443-50.
- note sous Cass. soc., 23 nov. 2011, Soc., 18 mai 2011, et Com., 21 juin 2011, Rev. soc. 2012. 169.

HAUSER (J.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 mai 2010, n° 09-10.556, RTD Civ. vol. 3, juillet 2010, pp. 527-28.

HENRIOT (P.), note sous Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095 et 10-30.215, SSL. 2011, n° 1477, pp. 71-77.

JAMBORT (S.), note sous Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095 et 10-30.215, RJC 2011, n° 1, pp. 36-45.

JOURDAIN (P.), note sous Cass. 2^{ème} civ., 15 mai 2008, n° 06-22.171, RTD civ. 2008, pp. 680-82.

Le CANNU (P.),

- note sous Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095 et 10-30.215, *RTD Com.*, vol. 1, janv. 2011, pp. 130-31.

- note sous Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10.095 et 10-30.215, *Rev. soc.* 2011, p. 34.

LEGROS (J.-P), obs. sous Cass. com., 10 févr. 2009, n° 07-21.216, *Droit des sociétés* n° 5, mai 2009, comm. 102.

LEGROS (J.-P) et ROUSSEL GALLE (Ph.), note sous Cass. com., 21 juin 2011, n° 10.20.878, *BMIS* 2011, n° 11, pp. 867-870.

LOQUIN (É.), note sous Cass. civ. 4 mai 2017, n° 16-16.853, *RTD com.* 2020, n° 2, pp. 300-302.

MARMOZ (F.), note sous ch. mixte, 19 nov. 2010 (2 arrêts), *D.* 2011. 344, p. 346.

MASCALA (C.), note sous Cass. crim., 30 oct. 1996, n° 94-83.650, *BMIS* n° 4, 1997, pp. 300-302.

MATSOPOULOU (H.),

- note sous Cass. crim., 31 oct. 2017, n° 16-83.683, *Rev. soc.* vol. 3, 2018, pp. 190-93.

- note sous Cass. crim., 13 oct. 2010, n° 10-81.575, *Rev. soc.* vol. 5, 2011, pp. 307-311.

MAURY (F.),

- note sous note sous Cass. crim., 11 sept. 2018, *R.S.C.* 2018, n° 4, pp. 455-464.

- note sous Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010 (2 arrêts), *Droit ouvrier* 2011, n° 756.

MAZEAUD (D.), obs. sous Cass. 2^{ème} civ., 3 févr. 2000, *Défrénois* 2000, p. 274.

MORTIER (R.), note sous Cass. com., 18 sept. 2019, n° 16-26.962, *Droit des sociétés*, vol. 12, décembre 2019, pp. 18-20.

MOUBSIT (H.), note sous Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-30.215, *LPA* n° 37, 2011, pp. 18-22.

NEAU-LEDUC (C.), note sous Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010 (2 arrêts), *R.D.C.* 2011, n° 1, pp. 184-186.

NURIT-PONTIER (L.), note sous Cass. com. 3 juin 2009, n° 08-13.355, *BMIS*, vol. 2, février 2010, pp. 172-76.

OHL (D.), com. sous Cass. crim., 26 juin 2001, n° 00-83.466, *J.C.P. éd. E* 2002.375.

PERIN (P.-L.), note sous Cass. com. 4 nov. 2020, n° 18-50.057, *BMIS* 2021, n° 2, pp. 24-27.

PETEL (P.), note sous Cass. com., 19 nov. 1996, n° 94-19.842 : *J.C.P. éd. E.* 1997, II 932.

PETIT (B.) et REINHARD (Y.), note sous Cass. com., 14 févr. 1995, 4 arrêts, *Bull. civ.* IV, n° 43, *RTD com.* 1995. 794.

PIETRALUNGA (C.), note sous Cass. soc., 1^{er} févr. 2017, n° 16-15.899, *Actualités du droit / Social*, Wolters Kluwer, févr. 2017.

PORACCHIA (D.), note sous Cass. com., 17 janv. 2012, *BMIS* n° 4, 2012, pp. 293-294.

REMERY (J.-P.), rapport sur Com. 14 déc. 1993, *J.C.P. éd. G.* 1994. II. 22220.

ROUGE-VIANCE (L.), note sous Cass. com., 17 janv. 2018, n° 16-22.285, *Gaz. Pal.* vol. 23, juin 2018, pp. 74-75.

ROYER (G.), note sous Cass. crim., 23 mai 2007, n° 06-87.590, *AJDP*, vol. 9, sept. 2007, pp. 380-81.

SAENKO (L.),

- note sous Cass. crim., 7 janv. 2020, n° 18-87.027, *RTD com.* 2020, n° 2, pp. 491-494.
- note sous Cass. crim., 3 sept. 2019, n° 18-82.199, *RTD com.* 2020, n° 2, pp. 494-495.
- note sous Cass. crim., 22 août 2018, n° 17-83.966, 27 juin 2018, n° 17-81.918 et 4 sept. 2018, n° 18-80.942, *RTD Com.* vol. 4, octobre 2018, pp. 1037-45.

- note sous Cass. crim., 6 nov. 2018, n° 17-86.417, *RTD Com.*, vol. 1, mai 2019, pp. 229-33.

- note sous Cass. crim., 17 oct. 2017, n° 16-87.249, *RTD Com.*, vol. 4, oct. 2017, pp. 1011-14.

SAINTOURENS (B.), note sous ch. mixte, 19 nov. 2010 (2 arrêts), *Lexbase éd. A.* 2010, n° 229.

SAINT-PAU (C.),

- note sous Cass. crim., 31 oct. 2017, n° 16-83.683, *D.*, vol. 12, mars 2018, pp. 658-63.
- note sous Cass. crim., 29 avr. 2003, *D.* 2004, p. 167.

SALOMON (R.),

- note sous Cass. crim., 27 juin 2018, n° 17-81.918, *J.C.P. éd. E.*, 2019, n° 11, pp. 19-20.

- note sous Cass. crim., 5 avr. 2018, n° 16-87.669, *Droit des sociétés*, vol. 6, juin 2018, pp. 1-2.

SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), **WICKER (G.)**, note sous Cass. com. 24 nov. 2015, n° 14-19.685, *R.D.C.* 2016, n° 4, pp. 691-693.

SYNVET (H.), note sous Cass. com., 21 déc. 1987, n° 85-13.173, *Rev. soc.* 1988, p. 398.

TADROS (A.), note sous CA Aix-en-Provence, 15 janv. 2016, n° 14-20065, *BMIS* 2016, n° 7, pp. 407-409.

THALLER (E.-E.), note sous Cass. civ., 30 mai 1892 : DP 1894. I. 105.

THOMAS (V.), note sous Cass. com., 17 janv. 2012, *Revue des sociétés*, vol. 11, nov. 2012, pp. 627-29.

VIDAL (D.), note sous Cass. com., 15 mars 2005, *Bull Joly*, 2005, p. 972.

VIGNEAU (V.), note sous ch. mixte, 19 nov. 2010 (2 arrêts), *D.* 2011.123.

II. REFERENCES EN DROIT POLONAIS

A. Traités, manuels, ouvrages généraux

BIENAK (J.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, C.H. Beck, 8^{ème} éd., 2021.

CZEPITA (S.), **DROZD (E.)**, **GUTOWSKI (M.) et al.**, *Prawo cywilne - część ogólna.*, coll. System Prawa Prywatnego, A. Olejniczak, Z. Radwański (réd.), t. II, 3^{ème} éd., 2019.

DOMAŃSKI (L.), *Instytucje kodeksu zobowiązań. Komentarz teoretyczno-praktyczny. Część ogólna*, Warszawa, 1936.

FRĄCKOWIAK (F.), **KIDYBA (A.)**, **NAPIERAŁA (J.) et al.**, *Prawo spółek handlowych.* t. 2 B, *System Prawa Handlowego*, A. Szumański (réd.), 3^{ème} éd., 2019.

FRAS (M.), **HABDAS (M.)** (réd.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna (art. 1-125)*, WKP 2018.

GNIEWEK (E.), **MACHNIKOWSKI (P.)** (réd.),

- *Kodeks cywilny. Komentarz.*, 10^{ème} éd., C. H. Beck, Warszawa, 2021.

- *Kodeks cywilny. Komentarz.*, 9^{ème} éd., C. H. Beck, Warszawa, 2019.

GRZYBOWSKI (S.), *System prawa cywilnego. Część ogólna*, t. I, Wrocław, 1974.

GUTOWSKI (M.) (réd.), *Kodeks cywilny. t. III. Komentarz. Art. 627–1088*, 2^{ème} éd., C. H. Beck, Warszawa, 2019.

JARA (Z.) (réd.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, C.H. Beck, 3^{ème} éd., 2020.

KĘPIŃSKI (M.), **KOCH (A.)** et **MATACZYŃSKI (M.)**, *Prawo spółek handlowych. Podręcznik akademicki*, 4^{ème} éd., Wolters Kluwer, 2013.

KOCH (A.), **NAPIERAŁA (J.)**, *Prawo spółek handlowych*, 8^{ème} éd., Wolters Kluwer, 2021.

KIDYBA (A.),

- *Komentarz aktualizowany do art.1–300 Kodeksu spółek handlowych*, Lex 2021.

- *Komentarz aktualizowany do art.1–300 Kodeksu spółek handlowych*, Lex 2016.
 - *Prawo handlowe*, 23^{ème} éd., C.H. Beck, Warszawa, 2021.
 - *Prawo handlowe*, 3^{ème} éd., C.H. Beck, Warszawa, 2002.
- KIDYBA (A.), KOPACZYŃSKA-PIECZNIAK (K.), NIEZBECKA (E.), GAWLIK (Z.) et al.**,
Kodeks cywilny. Komentarz. t., Część ogólna, Lex, 2009.
- LONGCHAMPS DE BERIER (R.)**, *Zobowiązania*, (oprac. J. Górski), Poznań, 1948.
- MUSZAŁSKI (W.)** (ród.), *Kodeks pracy. Komentarz*, 12^{ème} éd., 2019.
- MUSZAŁSKI (W.), WALCZAK (K.)** (ród.), *Kodeks pracy. Komentarz*, 13^{ème} éd., 2021.
- NAMITKIEWICZ (J.)**, *Kodeks handlowy. Komentarz*, t. I, Warszawa, 1934.
- OSAJDA (K.)** (ród.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, 25^{ème} éd., C.H. Beck, 2020.
- OLEJNICZAK (A.), RADWAŃSKI (Z.)**, *Prawo cywilne - część ogólna*, 16^{ème} éd., 2021.
- RADWAŃSKI (Z.)** (ród.), *Prawo cywilne - część ogólna*, Warszawa, 2003.
- RITTERMAN (H.)**, *Zarys prawa handlowego*, Warszawa, Związek kupców-centrala, 1936.
- ZOLL (F.)**, *Prawo cywilne*, t. I, *Część ogólna*, Poznań, 1931.

B. Ouvrages spéciaux, thèses, monographies

- CALUS (A.)**, *Prawo cywilne i handlowe państw obcych*, Warszawa 1985.
- CHRABOŁOWSKI (A.)**, *Kodeks spółek handlowych - Code des sociétés commerciales*
(wersja polsko - francuska), Zakamycze, 2005.
- CZERNIAWSKI (R.)**,
- *Zarząd spółki akcyjnej*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2013.
 - *Kodeks spółek handlowych. Przepisy o spółce akcyjnej*, Warszawa, 2001.
- FABIAN (J.)**, *Pełnomocnictwo*, Warszawa, 1963.
- GBURZYŃSKA (A.)**, *Reprezentacja spółek kapitałowych*, Warszawa, 1997.
- GÓRAL (Z.), PRUSINOWSKI (P.)**, *Umowne podstawy zatrudnienia*, 1^{ère} éd., Varsovie :
Wolters Kluwer Polska, 2012.
- GRYKIEL (J.)**, *Powstanie prokury*, C.H. Beck, Warszawa, 2008.
- GRZEGORZ (K.)**, *Istota prokury i zasady odpowiedzialności prokurenta*, WKP, 2019.
- KACZMARCZYK (A.)**, *Mandat w poglądach glosatorów i komentatorów*, Wrocław,
2014.

- KACZOR (J.)**, *Pojęcie czynności prawnej upoważniającej w nauce prawa cywilnego*, Acta Universitatis Wratislaviensis, Prawo CCXCVI, Wrocław, 2005.
- KASPRZYK (M.)**, *Prokura*, Dom Wydaw. Ostoja, Kraków, 1999.
- KIDYBA (A.)**, *Dyrektor jako organ przedsiębiorstwa państwowego*, Warszawa, 1993.
- KOLAŃCZYK (K.)**, *Prawo rzymskie*, Warszawa, 1973.
- KRZYŃÓWEK (J.)**, *Odpowiedzialność przedsiębiorcy (exercitor) w prawie rzymskim*, Warszawa, 2000.
- KUNIEWICZ (Z.)**, *Reprezentacyjna funkcja zarządu spółki kapitałowej*, Szczecin, 2005.
- KURYŁOWICZ (M.)**, **WILIŃSKI (A.)**, *Rzymskie prawo prywatne*, Zakamycze, 1999.
- LEWANDOWSKI (H.)**, *Z zagadnień współczesnego prawa pracy*, Oficyna, 2009.
- LUDWICZAK (W.)**, *Umowa zlecenia*, Państwowe Wydawn. Naukowe, 1955.
- MARSZAŁKOWSKA-KRZEŚ (E.)**, *Wpisy w rejestrze przedsiębiorców dotyczące spółek handlowych*, Warszawa, 2004.
- NOREK (E.)**, *Krajowy Rejestr Sądowy i postępowanie rejestrowe*, Warszawa, 2001.
- PAZDAN (M.)**,
- *Pełnomocnictwo w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków, Zakamycze, 2003.
 - *O projektowanym umocowaniu prokury. Studia i materiały*, Warszawa–Kluczbork 2001.
- PŁONKA (E.)**, *Mechanizm łączenia skutków działań prawnych z osobami prawnymi na przykładzie spółek kapitałowych*, Wydawn. Uniwersytetu Wrocławskiego, 1994.
- RAKOWER (A.)**, *Pełnomocnicy handlowi*, Warszawa, 1937.
- SIEMIĄTKOWSKI (T.)**, *Prokura w spółkach prawa handlowego*, Warszawa, 1999.
- SMYK (M.)**, *Pełnomocnictwo według kodeksu cywilnego*, Wolters Kluwer, 2010.
- WIDERSKI (P.)**, *Pełnomocnictwo w prawie polskim*, Wolters Kluwer, 2018.

C. Rapports officiels, projets de réforme et de codification

- Projekt zmian Kodeksu cywilnego w zakresie przedstawicielstwa (prokury) wraz z uzasadnieniem, „Przegląd Legislacyjny” 2000/1(23).
- Projekt księgi pierwszej Kodeksu cywilnego z 2015 r. przygotowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego.
- Uzasadnienie projektu ustawy – Prawo restrukturyzacyjne, VII kadencja, druk sejm. n° 2428.

D. Articles et chroniques

ADAMUS (R.), « Czy prokurent nie może złożyć wniosku o ogłoszenie upadłości dłużnika? », *Doradca Restrukturyzacyjny* 2016/4.

ANTOSZEK (P.),

- « Charakter prawny uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych zezwalających na dokonanie czynności prawnych przez spółkę », P.P.H. 2006/7.

- « Prokura łączna niewłaściwa oraz reprezentacja mieszana w spółce kapitałowej », P.P.H. 2010/5.

BIELECKI (L.), MALINOWSKI (P.), « Instytucja pełnomocnictwa w praktyce organu podatkowego », CASUS 2007/1.

BIELECKI (M.),

- « Ograniczenia prokury », MoP 2007/1.

- « Kurator w spółce kapitałowej », *Pr. Sp.* 2007/10.

BIELSKI (P.),

- « Prokura jako instytucja przedsiębiorców rejestrowych », P.P.H. 2001/9.

- « Pełnomocnictwo handlowe (uwagi de lege lata i cle lege ferenda) », P.P.H. 2001/5.

- « Podstawy organizacji i funkcjonowania rejestru przedsiębiorców - zagadnienia wybrane », *Rej.* 2000, z. 2.

BILEWSKA (K.), « Udzielenie pełnomocnictwa członkowi zarządu spółki z o.o. », *Pal.* 2007/1–2.

BUCHENFELD (A.),

- « Prokura łączna nieprawidłowa. Wybrane zagadnienia », *Pal.* 2003/5–6.

- « Prokura w projekcie nowelizacji Kodeksu cywilnego, cz. 1 i 2 », R. Pr. 2002/1-2.

BUGAJNA-SPORCZYK (D.), « Prokura łączna i samoistna w spółce kapitałowej », *Pr. Sp.* 1997/7-8.

CHOMIUK (M.), « Zakres prawa reprezentacji członka zarządu spółki z o.o. działającego łącznie z prokurentem », P.P.H. 2009/12.

CZAJKOWSKI (P.), « Sytuacja prawna prokurenta na tle nowego prawa upadłościowego i naprawczego », P.P.H. 2004/3.

DĄBROWSKI (B.), ŁĘCZYŃSKA (M.), « Uprawnienie prokurenta do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości », P.P.H. 2010/2.

DOLIWA (A.), « Prokura w świetle zmienionych przepisów Kodeksu cywilnego », MoP 2003/20.

DRAL (A.), « Podstawowe kryteria różnicowania statusu prawnego pracowników zarządzających w imieniu pracodawcy zakładem pracy », *Mon. praw. pracy* 2014/3.

DRANIEWICZ (B.), « Odwoływanie prokury w spółkach prawa handlowego », MoP 2002/22.

DUMKIEWICZ (M.), « Zakres swobody wspólników w kształtowaniu sposobu reprezentacji spółki », P.P.H. 2011/5.

FABIAN (J.), « Pełnomocnictwo nieodwołalne i nie gasnące wskutek śmierci mocodawcy », NP 1958/1.

FRELAK (P.), **WAWRZONEK (M.)**, « Dopuszczalność ustanawiania prokury niewłaściwej (dodatek MoP 19/2017) », MoP 2017/19.

GAJEK (M.), « Niepotrzebna instytucja (w sprawie prokury oddziałowej) », *Pal.* 1995/9.

GAWLIK (B.), « Przedstawicielstwo » in B. Gawlik, S. Grzybowski, J. Ignatowicz, B. Lewaszkiwicz-Petrykowska, Z. Radwański, *System prawa cywilnego. Część ogólna*, t. I, Warszawa, 1985, pp. 730 et s.

GAWRYLCZYK (W.), « Przedstawicielstwo », MoP 2000/12.

GBURZYŃSKA (A.), « Członkostwo w zarządzie spółek kapitałowych », P.P.H. 1997/2.

GIARO (M.), « Członek zarządu spółki kapitałowej jako pracownik per facta concludentia », *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 2010/9.

GIERAT (A.), « Konsekwencje prawne nieprzestrzegania zasad reprezentacji spółek kapitałowych », *Pr. Sp.* 2001/1.

GIL (I.), **MARSZAŁKOWSKA-KRZEŚ (E.)**, « Odpowiedzialność cywilnoprawna i karna a nieterminowy wniosek o upadłość », in *Na styku prawa karnego i prawa o wykroczeniach. Zagadnienia materialnoprawne oraz procesowe. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Markowi Bojarskiemu*, K. Łucarz, J. Sawicki (red.), t. 2, Wrocław, 2016.

GOLDISZEWICZ (A.), « Wybrane problemy na tle konstytutywnych i deklaratoryjnych wpisów do rejestru osobowych spółek prawa handlowego », MoP 2017/12.

GÓRSKA (K.), « Uwagi o podpisie prokurenta », MoP 2008/2.

GRYKIEL (J.),

- « Prokura łączna po nowelizacji », MoP 2017/4.
- « Kilka uwag o nowelizacji przepisów dotyczących prokury », MoP 2016/1.
- « Skuteczność czynności prawnej dokonanej przez podmiot wpisany do rejestru przedsiębiorców KRS a sposób reprezentacji ujawniony w tym rejestrze », MoP 2009/21.

- « Przyjęcie prokury jako przesłanka powstania umocowania », PiP 2008/4.
- « Skutki wpisu prokury do rejestru przedsiębiorców », *St. Praw.* 2007/4.
- « Charakter prawny udzielenia prokury », RPEiS 2005/2.
- « Ustawowe granice prokury – kilka uwag w kwestii wykładni art. 109(3) KC », MoP 2005/23.

GRZELCHAK (P.), « Kurator spółki kapitałowej powołany na podstawie art. 42 k.c. », P.P.H. 2011/8.

GRZYBOWSKI (S.), « Recenzja pracy J. Fabiana pt. Pełnomocnictwo », RPEiS 1964/2.

HARLA (A. G.), « Pojęcie kupca i przedsiębiorcy w prawie polskim (1918-2005) », P.P.H. 2006/12.

HEJBUDZKI (M.), « Instytucja prokury w świetle nowelizacji Kodeksu cywilnego », R. Pr. 2004/6.

HERBET (A.),

- « Pojęcie i koncepcja legislacyjna prokury - uwagi na tle art. 1091 i n. k.c. oraz art. 168 i n. projektu księgi pierwszej kodeksu cywilnego », in *Instytucje prawa handlowego w przyszłym kodeksie cywilnym*, red. T. Mróz, M. Stec, Warszawa 2012.

- « Mieszana reprezentacja łączna w spółce kapitałowej a zakres umocowania prokurenta », NPN 2004/2.

JACYSZYN (J.),

- « Prokura i prokurent w spółce handlowej », GP 1998/7.

- « Prokura – alter ego kupca », *Rzeczpospolita* 1992/236.

JAKUBEK (M.), « Prokura, czyli pełnomocnictwo », *Rzeczpospolita* 1992/126.

KIDYBA (A.),

- « Kilka uwag dotyczących statusu prawnego zarządcy przedsiębiorstwem », P.P.H. 1996/4.

- « Nowe rozwiązania Kodeksu cywilnego dotyczące prokury », in *Państwo. Prawo. Myśl Prawnicza. Prace dedykowane Prof. G. L. Seidlerowi*, Lublin, 2003.

KLEIN (A.), « Charakter prawny organów osób prawnych », in *Rozprawy z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Witolda Czachórskiego*, Warszawa 1985.

KOCH (A.), « Następstwa przekroczenia przez zarządy spółek kapitałowych ograniczeń do dokonywania czynności prawnych na tle Kodeksu handlowego i projektu prawa spółek handlowych », P.P.H. 2000/6.

KOCUR (M.), « Pełnomocnictwo dla członka zarządu spółki kapitałowej – polemika », *Pr. Sp.* 2004/12.

KOPACZYŃSKA-PIECZNIAK (K.), in *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, *Część ogólna*, A. KIDYBA (red.), Warszawa, 2012, pp. 657 et s.

KOZŁOWSKA (B.), « Udzielenie prokury », P.P.H. 1996/5.

KOZŁOWSKA-CHYŁA (B.), « Reprezentacja łączna mieszana w spółce kapitałowej a problem prokury łącznej mieszanej », P.P.H. 2014/5.

KRZEMIŃSKI (Z.), « Pełnomocnictwo a tak zwany stosunek podstawowy », *Pal.* 1970/2.

KUBALA (W.),

- « Funkcjonowanie w praktyce przepisów o przedstawicielstwie », *Pr. Sp.* 1999/5.

- « Prokura - z problematyki pełnomocnictwa handlowego », *Pr. Sp.* 2000/2.

KUNIEWICZ (Z.),

- « Uwagi o sposobie określenia i realizacji reprezentacji łącznej », *Rej.* 2010/10.

- « Realizacja reprezentacji łącznej », *PiP* 2007/11.

- « Upoważnienie członka zarządu do działania w charakterze pełnomocnika spółki kapitałowej », *Pr. Sp.* 2007/7–8.

- « Członek zarządu prokurentem w spółce kapitałowej », P.P.H. 2000/5.

- « Uwagi o formie pełnomocnictwa », *Rej.* 2000/6.

- « Współdziałanie prokurenta z członkiem zarządu spółki kapitałowej », *Pr. Sp.* 1998/6.

- « O kontrowersjach związanych z reprezentacją spółek kapitałowych na podstawie art 203 i 374 Kodeksu handlowego », *Pr. Sp.* 1996/11-12.

- « Reprezentacja przedsiębiorstwa państwowego a zasada bezpieczeństwa obrotu », *NP* 1990/4-6.

KURNICKI (T.), « Dopuszczalność udzielenia pełnomocnictwa członkowi zarządu spółki kapitałowej », *Pr. Sp.* 2007/6.

KUROPATWIŃSKI (J.), « Dopuszczalność różnicowania sposobu reprezentacji spółki z.o.o. », *Pr. Sp.* 1998/10.

KURZER (F.), « Pełnomocnictwo i pokrewny stosunek prawny według kod. zob. w porównaniu z kod. austr. », *Głos Prawa* 1936/10-12.

KRZEMIŃSKI (Z.), « Pełnomocnictwo a tak zwany stosunek podstawowy », *Pal.* 1970/2.

KWAŚNICKI (R. L.),

- « Mieszana reprezentacja łączna w praktyce », in *Prawo spółek w orzecznictwie Sądu Najwyższego (2004-2006) - okiem praktyków*, dodatek do *MoP* 2006/11.

- « Zasady odpowiedzialności korporacyjnej „rzekomego reprezentanta” wobec spółki », *Pr. Sp.* 2002/11.

KWAŚNICKI (R.L.), POLAKOWSKA (J.), « Członek zarządu spółki jako jej pełnomocnik do czynności określonego rodzaju » (dodatek MoP 13/2015), MOP 2015/13.

KWAŚNICKI (R. L.), RATAJ (A.), « Członek zarządu spółki jako jej pełnomocnik albo prokurent », *Pr. Sp.* 2004/9.

LONGCHAMPS DE BERIER (R.), « Przedstawicielstwo », in *Encyklopedia Podręczna Prawa Prywatnego*, t. III, F. Zoll, J. Wasilkowski (réd.), Warszawa, 1938.

ŁUKOWSKI (W.), « Prokura łączna », MoP 2002/15.

MACHALSKI (S.),

- « Przedstawicielstwo-pełnomocnictwo według Kodeksu zobowiązań i Kodeksu handlowego », PN 1936/20.

- « Stanowisko prokurenta według KPC z uwzględnieniem prawa upadłościowego », P.P.H. 1936/1-3.

- « Prokura wg prawa handlowego przy uwzględnieniu Kodeksu zobowiązań i KPC », *Pr. Sp.* 1935/9.

MARUCHA (M.), « Przedspółka w niemieckim obrocie gospodarczym w odniesieniu do prawa polskiego », MoP 2001/7.

MICZEK (Z.), ZAŁUCKI (M.), « Niektóre zagadnienia prokury na tle nowego prawa upadłościowego i naprawczego », P.P.H. 2004/7.

MINKUS (J.), « Udzielenie i odwołanie prokury w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością », *Pr. Sp.* 1998/9.

MOSKWA (L.),

- « Zakres prokury - próba oceny propozycji Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego, cz. 1 », P.P.H. 2017/10.

- « Zakres prokury - próba oceny propozycji Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego, cz. 2 », P.P.H. 2017/11/12-20.

- « Prokura – kilka uwag w kwestii nowej regulacji », in *W kręgu teoretycznych i praktycznych aspektów prawoznawstwa. Księga jubileuszowa Profesora Bronisława Ziemanina*, M. Zieliński (réd.), Szczecin, 2005.

- « Prokura w świetle projektowanych zmian », *Pr. Sp.* 2001/9.

- « Nowe przepisy o prokurze », *Rej.* 2001/9.

- « Prokura w prawie niemieckim », *St. Praw.* 1991/2.

- « Reprezentacja spółek kapitałowych w obrocie cywilnoprawnym », RPEiS 1982/1.

MUCHA (A.),

- « Prokurent jako podmiot przestępstwa niegospodarności (art. 296 § 1 KK) », PrPr 2015/7.
- « Pełnomocnictwo a tzw. stosunek podstawowy », *Radca Prawny* 1999/2.
MUSZAŁSKI (W.), « Charakter prawny pracy członka zarządu spółki handlowej », PiP 1992/10.
NAMITKIEWICZ (J.), « W kwestii prokury oddziałowej », P.P.H. 1936/1.
NAWORSKI (J. P.),
- « Prokura oddziałowa na tle prokury pełnej, cz. 1 i 2 », *Pr. Sp.* 2008/1-2.
- « Pełnomocnictwo członka zarządu spółki z.o.o. », MoP 2008/1.
- « Skutki przekroczenia przez zarządy spółek kapitałowych ograniczeń do dokonywania czynności prawnych (próba wykładni art. 17 Kodeksu spółek handlowych) », P.P.H. 2001/1.
- « Reprezentacja spółek kapitałowych (uwagi na marginesie uchwały Sądu Najwyższego z 24.10.1996 r., III CZP 112/96) », P.P.H. 1997/3.
- « Status członków zarządu spółdzielni i spółek kapitałowych », MoP 1997/1.
NOWAK (M. J.), **OLECH (Z.)**, « Zakres przedmiotowy prokury », *Pr. Sp.* 2009/5.
OKOLSKI (J.), **MODRZEJEWSKI (J.)**, **GASIŃSKI (Ł.)**, « Natura stosunku korporacyjnego spółki akcyjnej », P.P.H. 2000/8.
OPALSKA (D.), « Zakres umocowania zarządu – ochrona osób trzecich a ochrona spółki », MoP 2013/22.
OPALSKI (A.), **PABIS (R.) et WIŚNIEWSKI (A.W.)**, « Regulacja prokury łącznej mieszanej w kodeksie cywilnym », P.P.H. 2017/3.
OPALSKI (A.), **WIŚNIEWSKI (A. W.)**, « Nowe rodzaje prokury w kodeksie cywilnym », *Rzeczpospolita*, 20 mars 2017.
OPLUSTIL (K.), « O potrzebie proeuropejskiej wykładni polskiego prawa spółek », P.P.H. 2010/9.
PAWELEC (M.), « Brak zarządu w spółce kapitałowej a funkcjonowanie prokurenta (zarys problemu) », *Iustitia* 2016/3.
PAZDAN (M.),
- in *Kodeks cywilny*, t. 1, *Komentarz do art. 1–449¹⁰*, K. Pietrzykowski (ród.), Warszawa, 2015, pp. 439 et s.
- in *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne - część ogólna*, t. II, Z. Radwański (ród.), Warszawa, 2008, pp. 512 et s.
- « O rolach, w jakich może występować prokurent przy dokonywaniu czynności prawnych », *Rej.* 2003/12.

- « Niektóre konsekwencje teorii organów osoby prawnej », *Prace Prawnicze Uniwersytetu Śląskiego*, 1969.

PIEKARSKI (M.), in *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, J. Pietrzykowski, J. Ignatowicz (red.), Warszawa, 1972, p. 234.

PINIOR (P.), JOCHEMCZYK (B.),

- « Pełnomocnictwo dla członka zarządu spółki kapitałowej – odpowiedź na polemikę », *Pr. Sp.* 2005/2.

- « Z problematyki prawnej udzielenia pełnomocnictwa członkowi zarządu spółki kapitałowej », *Pr. Sp.* 2004/6.

PŁONKA (E.),

- « Odpowiedzialność odszkodowawcza członków zarządu spółki kapitałowej wobec spółki », *KPP* 1994/2.

- « Umocowanie zarządu spółki kapitałowej do jej reprezentacji », *NP* 1990/4–6.

PROMINSKA (U.),

- « Zmiany w regulacji prokury. Kwestie wybrane », *P.P.H.* 2019/2.

- in *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, M. Pyziak-Szafnicka (red.), Warszawa, 2014, pp. 1128 et s.

PRUTIS (M.),

- « Mieszana reprezentacja łączna w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością », *P.P.H.* 2003/7.

- « Osoba prawna jako prokurent (artykuł dyskusyjny) », *Pr. Sp.* 2001/9.

RAKOWER (A.),

- « Prokura », *MPHiW* 1934/5–6.

- « Ustanowienie prokury », *MPHiW* 1935/2.

ROMANOWSKI (M.), « Myślę, więc jestem – czyli o wkładzie Kartezjusza w instytucję prokury mieszanej », *MPH* 2015/4.

ROSENBLÜTH (I.), in J. KORZONEK, I. ROSENBLÜTH, *Kodeks zobowiązań. Komentarz*, Kraków, 1934, pp. 187 et s.

ROTT-PIETRZYK (E.), « Agent jako rzekomy pełnomocnik », *P.P.H.* 2005/9.

RUTKOWSKI (S.), « Przepisy o prokurze », *Not. Hip.* 1934/24.

SADLIK (R.), « Zatrudnienie członków zarządu w spółkach kapitałowych », *Prawo Pracy* 1999/8.

SIEMIĄTKOWSKI (T.),

- « Instytucja prokury w projekcie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego », *Przegląd Sądowy* 2002/5.

- « W sprawie tzw. prokury oddziałowej », *Pal.* 1995/5-6.
SIEMIENKIEWICZ (K.), « Odpowiedzialność karna pracodawcy za wypadek przy pracy », *MoPR* 2020/3.
SIEŃKO-KOWALSKA (B.), « Prokura jako szczególny rodzaj pełnomocnictwa – wybrane aspekty wraz z przeglądem orzecznictwa », *EP* 2011/2.
SKOREK (B.), « Prokura jako szczególny rodzaj pełnomocnictwa », *P.P.H.* 2009/6.
SKRODZKA (M. J.), **SKRODZKI (K.)**, « Członek zarządu spółki z.o.o. jako jej pełnomocnik (prokurent) », *EP* 2011/4.
ŚLĄZAK (A.), « Konieczność uzyskania zgody na dokonanie określonych czynności prawnych w świetle art. 17 § 1 i 2 K.S.H. », *Pr. Sp.* 2004/9.
SNITKO-PLESZKO (M.), « Kodeks cywilny po nowelizacji. Cz. I. Firma i prokura », *MoP* 2003/9.
STEFFEK (F.), « Odpowiedzialność członków zarządu spółek z o.o. i spółek akcyjnych w stosunku wewnętrznym. Podstawy ekonomiczne i wprowadzenie do niemieckiego prawa spółek (dodatek do *MoP* 1/2010) », *MoP* 2010/1.
STRZEBIŃCZYK (J.), in *Kodeks cywilny. Komentarz*, E. Gniewek (red.), Warszawa, 2008, pp. 242 et s.
SZCZEPANIAK (R.), « Art. 97 Kodeksu cywilnego jako instrument obrotu gospodarczego », *Pr. Sp.* 1998/4.
SZCZĘSNY (R.), « Zakres prokury a zasady reprezentacji spółek handlowych », *Pr. Sp.* 2006/2.
SZCZUROWSKI (T.), « Niedopuszczalność prokury łącznej niewłaściwej », *MoP* 2015/21.
SZCZYGIELSKI (A. D.), « Prokura » in *Encyklopedia Podręczna Prawa Prywatnego*, F. Zoll et J. Wasilkowski (red.), Warszawa, 1938.
SZPUNAR (A.),
 - « Udzielenie pełnomocnictwa », *Pr. Sp.* 1993/9.
 - « Stanowisko prawne pełnomocnika », *Przegląd Notarialny* 1949/1-2.**SZUMAŃSKI (A.)**, « Czynności prawne spółki kapitałowej podjęte przez jej zarząd bez zgody rady nadzorczej lub zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia) », *P.P.H.* 1997/7.
SZUMBARSKI (M.), « Niedopuszczalność wpisu w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego tzw. prokury łącznej niewłaściwej », *MPH* 2015/1.
SZWAJA (J.),

- « Pojęcie przedsiębiorcy a instytucja prokury (Przedsiębiorca jako podmiot udzielający prokury) », in *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Soltysińskiemu*, Poznań 2005.

- « Ustanowienie, udzielenie oraz odwołanie prokury przez spółkę handlową », *Pr. Sp.* 2003/7–8.

SZYDŁO (W.), « Pojęcie reprezentacji. Uwagi Teoretycznoprawne », *PPiA* 2010, n° LXXXII, disponible en ligne : <https://wuwr.pl/ppa/article/download/7133/6779/>

TAPEK (K.), « Kilka uwag na temat nowej regulacji prokury », *P.P.H.* 2017/8.

TOMCZAK (T.), « Odpowiedzialność określona w art. 299 Kodeksu spółek handlowych a odpowiedzialność na podstawie art. 21 Prawa upadłościowego », *P.P.H.* 2018/1.

TRZEBIŃSKI (J.), « Mandat a członkostwo we władzach spółek kapitałowych – prezentacja stanowisk », *P.P.H.* 1999/12.

WAJDA (D.),

- « Ustawa o zmianie ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym oraz niektórych innych ustaw a brak organu reprezentującego, czy brak w składzie organu osoby prawnej », *MoP* 2018/10.

- « Prokura - problemy praktyczne », *P.P.H.* 2008/6.

WARCIŃSKI (M.), « Prokura po ogłoszeniu upadłości », *Pr. Sp.* 2007/4.

WIDERSKI (P.),

- « Udzielenie prokury przez osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą - uwagi na tle nowelizacji Kodeksu cywilnego z 6.3.2018 r. - cz. I », *MoP* 2018/15.

- « Udzielenie prokury przez osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą – uwagi na tle nowelizacji Kodeksu cywilnego z 6.3.2018 r. – cz. II », *MoP* 2018/16.

- « Prokura w spółce cywilnej (cz. I) », *P.P.H.* 2019, n° 1.

WILKOWSKA-PLÓCIENNIK (A.), « Firma i prokura w kodeksie cywilnym », *PrPr* 2004/3.

WIÓREK (P.), « Ochrona wierzycieli spółki z o.o. poprzez konstrukcję faktycznego członka zarządu », *PPiA* 2015/101.

WOJEWODA (M.), « Znowelizowany art. 39 KC a przypadki naruszenia zasad reprezentacji łącznej osób prawnych », *MoP* 2019/7.

F. Conclusions, notes et commentaires de jurisprudence

ADAMUS (R.), Prokura a upadłość z możliwością zawarcia układu z zarządem własnym - glosa - III CZP 45/06, MoP 2007/15.

BIELSKI (P.), Glosa do uchwały SN z 27.4.2001 r., III CZP 6/01, P.P.H. 2001/12.

BIELSKI (P.),

- Glosa do uchwały SN z 21.7.2006 r., III CZP 45/06, *Rej.* 2007, z. 4.
- Glosa do wyroku SN z 20.10.2005 r., II CK 120/05, *Pr. Sp.* 2006/5.
- Glosa do uchwały SN z 27.4.2001 r., III CZP 6/01, P.P.H. 2001/12.

BORKOWSKI (M.),

- Glosa do wyroku SN z 4.02.2010 r. (IV CSK 416/09), LEX/el. 2011 M.
- Glosa do postanowienia NSA z 28.07.2010 r. (I FSK 723/10), LEX/el. 2012.

BROL (J.), Glosa do wyroku SA w Gdańsku z 29.7.1991 r., APr 79/91, OSP 1993/1, poz. 15.

BRZEZIŃSKI (P.), Status prokurenta w postępowaniu cywilnym – glosa – II CK 120/05, MoP 2008/24.

DROZDOWICZ (M.), Prokura łączna niewłaściwa – glosa do uchwały SN (7) z 30.1.2015 r., III CZP 34/14, PZP 2016/2.

GIERAT (A.), Glosa do uchwały SN z 27.4.2001 r., III CZP 6/01, OSP 2001/12.

GRYKIEL (J.),

- Udzielenie prokury członkowi organu reprezentacji mocodawcy, *Glosa* 5/2007.
- Dopuszczalność ustanowienia dla członka zarządu spółki pełnomocnictwa do określonego rodzaju czynności – glosa – III CZP 17/14, MoP 2015/4.
- Glosa do wyroku NSA z 22.12.2004 r., FSK 787/04, *Glosa* 2007/2.

HERBET (A.), Glosa do uchwały SN z 24.10.1996 r., III CZP 112/96, *Pr. Sp.* 1998/9.

JANISZEWSKA (B.),

- Glosa do wyroku SN z 30.5.2000 r., IV CKN 898/00, *Pr. Sp.* 2002/1.
- Glosa do uchwały SN z 27.4.2001 r., III CZP 6/01, P.P.H. 2002/3.

KAROLAK (A.), Glosa do wyroku SN z 21.9.2005 r., V CK 129/05, *Glosa* 2006/3.

KĘDZIERSKI (P.), Prokura łączna „mieszana” – glosa – III CZP 34/14, MoP 2016/5.

KIDYBA (A.),

- Jeśli coś jest niewłaściwe, to nie może być prawidłowe – glosa do uchwały SN z 30.01.2015 r., III CZP 34/14, *Glosa* 2016/1, pp. 18–20.
- Członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jako pełnomocnik (Glosa do uchwały SN z 23.8.2006 r., III CZP 68/06), *Glosa* 2007/2.

KIZNER (E.), Rezygnacja członka zarządu sp. z o.o. ze sprawowanej funkcji – glosa – III CZP 89/15, MoP 2017/9.

KURNICKI (T.), Dopuszczalność udzielenia pełnomocnictwa członkowi zarządu spółki kapitałowej (Glosa do uchwały SN z 23.8.2006 r., III CZP 68/06), *Pr. Sp.* 2007/6.

JAKUBECKI (A.), Glosa do postanowienia SN z 7.11.2003 r., I CZ 127/03, OSP 2004/10, poz. 123.

KONDEK (J.), Glosa do uchwały SN z 23.08.2006 r., III CZP 68/06, PiP 2009/12.

KORZAN (K.), Glosa do wyroku SN z 8.7.1969 r., III CRN 220/69, NP 1971/7-8.

KUNIEWICZ (Z.),

- Glosa do uchwały SN z 23.08.2006 r., III CZP 68/06, *Rejent* 2007/5.
- Glosa do uchwały SN z 24.10.1996 r., III CZP 112/96, *Przegląd Sądowy* 1997/9.
- Glosa do uchwały SN., 27.04.2001 r., III CZP 6/01, OSP 2002/4, poz. 54.

ŁUKOWSKI (W.), Glosa do uchwały SN z 27.4.2001 r., III CZP 6/01, MoP 2002/15.

NAWORSKI (J.P.),

- Reprezentacja spółki kapitałowej z udziałem pełnomocników - w tym będących członkami zarządu, *Glosa* 2007/5.
- Glosa do uchwały SN z 23.8.2006 r., III CZP 68/06, MoP 2008/1.
- Pełnomocnictwo członka zarządu spółki z o.o., *Glosa* III CZP 68/06, MoP 2008/1.
- Prokura - (Glosa do uchwały SN z 27.4.2001 r., III CZP 6/01), MoP 2001/22.
- Glosa do uchwały SN z 24.10.1996 r., III CZP 112/96, OSP 1997/4.

NOWODWORSKI (S.), Glosa do orzeczenia całej Izby SN z 16.11.1928 r., I C 2184/27, OSP 1929, poz. 277.

ODACHOWSKI (J.), Ciągłość działalności gospodarczej, *Glosa* 2003/9.

OHANOWICZ (A.), Glosa do orzeczenia SN z 26.7.1958 r., III CO 9/58, OSP 1959/7–8, poz. 203.

OPALSKI (A.), WIŚNIEWSKI (A.W.), Glosa do uchwały SN z 30.01.2015 r., III CZP 34/14, *Orzecznictwo Sądów Polskich* 2015/10, poz. 92.

PABIS (R.),

- Glosa do wyroku SN z 7.10.1999 r., I CKN 531/99, *Pr. Sp.* 2005/1.
- Uprawnienie do reprezentowania spółki kapitałowej, Glosa do wyroku SN z 14.12.2004 r., III PK 50/04, MoPr 2005/8.

PALYS (J.), Postępowanie upadłościowe a trwałość stosunku pełnomocnictwa - komentarz do I CZ 127/03, MoP 2007/16.

PAWŁOWSKI (G.), Niedopuszczalność pozorna – glosa do uchwały SN z 30.01.2015 r., III CZP 34/14, *Glosa* 2017/1, pp. 46–53.

PIĄTOWSKI (J. S.), Glosa do uchwały SN (7) z 9/23.6.1958 r., 1 CO 10/58, OSPiKA 1959, poz. 247.

PIEKARSKI (M.), Glosa do orzeczenia SN z 21.6.1965 r., III PR 18/65, NP 1966/4.

REJMAN (S.), Glosa do uchwały SN z 26.10.1954 r., II CO 49/54, PiP 1956, z. 10.

RZETECKA-Gil (A.), Glosa do uchwały SN z 23.08.2006 r. (III CZP 68/06), *Glosa* 2007/5.

SMYK (M.), Wpływ podstawy pełnomocnictwa na wykonywanie przez pełnomocnika umocowania, Glosa do uchwały SN., 7 oct. 2004, II PK 35/04.

SOBKOWSKI (J.), **WENGEREK (E.)**, Glosa do orzeczenia SN z 13.4.1966 r., II CR 24/66, PiP 1968, z. 2.

STEFANIUK (K.),

- Glosa do uchwały SN z 6.3.1991 r., III CZP 8/91, OSP 1993/4, poz. 85.
- Glosa do uchwały SN z 9.8.1993 r., III CZP 75/93, OSP 1994/7–8, poz. 135.

TOMALA (P.), Pełnomocnictwo dla członka zarządu, *Glosa* 2007/5.

WITASZEK (R.), Członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jako pełnomocnik, *Glosa* 2007/5.

III. REFERENCES EN DROIT ALLEMAND

A. Traités, manuels, ouvrages généraux

BAUMBACH (A.), *Handelsgesetzbuch*, München und Berlin, 1941.

BAUMBACH (A.), **DUDEN (K.)**, **HOPT (K. J.)**, *Handelsgesetzbuch*, München, 1989.

BEHREND (E.), *Lehrbuch des Handelsrechts*, Berlin und Leipzig, 1886.

BOUJONG (K.), **EBENROTH (C.)**, **JOOST (D.)**, **STROHN (L.)**, *Handelsgesetzbuch: HGB, Band 1: §§ 1-342, Kommentar*, 4^{ème} éd., 2020.

BORK (R.),

- *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 4^{ème} éd., Mohr Siebeck, 2016.
- *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 3^{ème} éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2011.

BORNEMANN, **WALDECK**, **STROHN**, **BÜRGERS**, *Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch*, Berlin, 1862.

BROX (H.),

- *Allgemeiner Teil des B.G.B.*, Köln-Berlin-München, 2004.
- *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1996.
BROX (H.), WALKER (W.-D.),
- *Allgemeiner Teil des B.G.B.*, 39ème éd., Munich, Vahlen, 2015.
- *Allgemeiner Teil des B.G.B.*, 32ème éd., Cologne, Carl Heymanns, 2008.
BÜLOW (P.), *Handelsrecht*, Heidelberg, 2001.
CANARIS (C. W.), *Handelsrecht*, München, 2000.
COSACK (K.), *Lehrbuch des Handelsrechts*, Stuttgart, 1930.
ENDEMANN (W.)
- *Das Deutsche Handelsrecht*, Heidelberg, 1868.
- *Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts*, t. I, Leipzig, 1881 (réd.).
ENNECCERUS (L.), NIPPERDEY (H.K.), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, zweiter Halbband, Tübingen, 1960.
FLAD (F.), GADOW (W.), HEINICHEN (E.), *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*. t. I, 1940.
FLUME (W.), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, t. II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1979.
GAREIS (K.), *Das Deutsche Handelsrecht*, Berlin, 1909.
GAREIS (C.), FUCHSBERGER (O.), *Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch*, Berlin, 1891.
GIERKE (J. v.), *Handelsrecht und Schiffahrtsrecht*, t. I, Berlin, 1938.
GIERKE (O. v.), *Deutsches Privatrecht. Allgemeiner Teil und Personenrecht*, t. I, Leipzig, 1895.
GOLDMANN (S.),
- *Das Handelsgesetzbuch*, t. I, Berlin, 1901.
- *Das Handelsgesetzbuch*, t. II, Berlin, 1905.
GOLDSCHMIDT (F.), *Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht). Handkommentar*, München, 1929.
GUTZWILLER (M.), *Internationales Privatrecht*, ap. Stammlers Enzykl., 1930.
Goldschmidt E, *Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht). Handkommentar*, München 1929.
Halin F. v., *Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch*, Bd. I, Braunschweig 1894.
Hesselmann M, *Die Prokura bei der GmbH*, *Rundschau für GmbH* 1960, N° 9.
HEYMANN (E.), *Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht) Kommentar*, t. 1, *Erstes Buch. Einleitung; §§1-104*, éd. N. HORN, 1995.

- HOFMANN (K.),**
- *Der Prokurist. Seine Rechtsstellung und seine Rechtsbeziehungen*, 7^{ème} éd., Heidelberg, 1996.
 - *Der Prokurist – Seine Rechtsstellung und seine Rechtsbeziehungen*, 5^{ème} éd., Heidelberg, 1986.
- HÜBNER (H.),**
- *Handelsrecht*, Heidelberg, 2004.
 - *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin–New York, 1996.
- JABORNEGG (P.), APATHY (P.),** *Kommentar zum HGB: Handelsgesetzbuch mit Firmenbuchgesetz und Handelsmaklerrecht*, Springer-Verlag, 1997.
- JAUERNIG (O.),** *Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, München, 1994.
- JUNG (P.),** *Handelsrecht*, München, 2005.
- KASER (M.),** *Das römische Privatrecht*, München, 1971.
- KLUNZINGER (E.),** *Grundzüge des Handelsrechts*, München, 2003.
- KÖHLER (H.),** *Allgemeiner Teil*, 39^{ème} éd., C.H. Beck, Munich, 2015.
- KÖNIGE (H.), PINNER (A.), STRAUZ (J.),** *Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, t. I, Berlin, 1906.
- LARENZ (K.), WOLF (M.),** *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 2004.
- LEHMANN (H.),** *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin, 1952.
- LEHMANN (K.),** *Lehrbuch des Handelsrechts*, Leipzig, 1908.
- LITTHAUER (E.), MOSSE (U.),** *Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht)*, Berlin und Leipzig, 1920.
- MAKOWER (H.), MEYER (S.),** *Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch*, Berlin, 1880.
- MEDICUS (D.),** *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, 1988.
- Müller-Erzbach (R.), *Deutsches Handelsrecht*, Tübingen 1921
- OETKER (H.),** *Handelsrecht*, Berlin–Heidelberg, 2005.
- PLANCK (O.),** *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. I, *Einleitung und Allgemeiner Teil*, Berlin 1903.
- PUCHELT (E. S.),** *Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch*, t. I, Leipzig, 1876.
- PUFENDORF (S. v.), HERTIUS (J. N.),** *Acht Bücher vom Natur- und Völkerrecht.*, 2^{ème} éd., Frankfurt/Main 1711, Hildesheim : Olms, 2001.
- RAAPE (L.),** *Internationales Privatrecht*, Berlin-Frankfurt a.M., 1961.

- RITTER (C.)**, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München und Berlin, 1932.
- RÜTHERS (B.)**, *Allgemeiner Teil des BGB*, München, 1980.
- SCHMIDT (K.)**,
- *Handelsrecht. Unternehmensrecht I*, 6^{ème} éd., Köln, 2014.
 - *Handelsrecht*, 5^{ème} éd., Köln–Berlin–Bonn–München, 1999.
- SCHUBERT (Cl.)**, *Münchener Kommentar*, t. I, 7^{ème} éd., Munich, C.H. Beck, 2015.
- STAUB (H.)**, **PISKO (O.)**, *Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch*, t. I, Wien, 1908.
- STEINBECK (A.)**, *Handelsrecht*, Baden-Baden, 2017.
- THÖL (H.)**, *Das Handelsrecht*, t. 1, 6^{ème} éd., Leipzig, 1879.
- UNGER (J.)**, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, vol. 2, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1859.
- WILLENBÜCHER (H.)**, *Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch*, Berlin, 1891.
- ZWEIGERT (K.)**, **KÖTZ (H.)**,
- *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, t. II, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1984.
 - *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, t. II, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1969.

B. Ouvrages spéciaux, thèses, monographies

- BIE (F.)**, *Ober die Kollektivprokura*, Leipzig 1894.
- BAUER (H.)**, *Die Entwicklung des Rechtsinstituts der freien gewillkürten Stellvertretung seit dem Abschluss der Rezeption in Deutschlands bis zur Kodifikation des B.G.B.*, Erlangen, 1963.
- BERGER (H.)**, *Das Statut der Vollmacht im schweizerischen IPR*, Zürich, 1974.
- BIE (F.)**, *Über die Kollektivprokura*, Leipzig, 1894.
- BROX (H.)**, *Handel und Wertpapierrecht*, München, 2003.
- BRÜTT (L.)**, *Die abstrakte Forderung nach deutschem Reichsrecht*, Berlin, 1908.
- CALMON (C.)**, *Die rechtliche Stellung des Prokuristen im Immobilienverkehr*, Berlin, 1907.
- COING (H.)**,
- *Europäisches Privatrecht*, t. II, 19. Jahrhundert, 1989.

- *Europäisches Privatrecht (1500 bis 1800)*, t. I : *Älteres Gemeines Recht*, München, C.H. Beck, 1985.

FISSENEWERT (P.) (réd.), *Der Prokurist - Rechte und Pflichten*, 4^{ème} éd., 2019.

FLOßMANN (U.), *Österreichische Privatrechtsgeschichte*, Vienne : Springer, 1983.

GIERKE (O. v.), *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Weidmann, 1887.

GRUNEWALD (B.), *Gesellschaftsrecht*, 8^{ème} éd., Mohr Siebeck, 2011.

HOFFMANN (H.), *Die Außenhaftung von Unternehmen nach § 831 BGB und § 31 BGB*, Frankfurt am Main, 2009.

HUPKA (J.), *Vollmacht*, Leipzig, 1900.

JACOBY (F.), *Das Private Amt*, Tübingen, 2007.

JAUW (K.-H.), *Lastgeving, machtiging en volmacht*, thèse Bruxelles, Larcier, 1938.

JHERING (R. v.), *Geist des römischen Rechts*, Leipzig, 1888.

MERTENS (H.-J.), **CAHN (A.)**, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 2/1, §§ 76-94 AktG, 3^{ème} éd., Carl Heymanns Verlag, 2010.

MÜLLER (U.), *Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter*, Stuttgart, 1969.

MÜLLER-ERZBACH (R.), *Deutsches Handelsrecht*, Tübingen, 1921.

MÜLLER-FREIENFELS (W.), *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*, Tübingen, 1955.

NISZSCHE (H.), *Die Überschreitung der Vertretungsmacht des Bevollmächtigten und die Abgrenzung der Überschreitung vom Miszbrauch der Vertretungsmacht*, Diss. Iena, 1939.

RAISER (T.), *Recht der Kapitalgesellschaften. Ein Handbuch für Praxis und Wissenschaft*, München, 2001.

REINERT (M.), *Unechte Gesamtvertretung und unechte Gesamtprokura im Recht der Aktiengesellschaft, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung*, t. 230, München, 1990.

RUTHIG (J.), *Vollmacht und Rechtsschein im IPR*, Heidelberg, 1996.

SAVIGNY (F.C. v.),

- *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1853,

- *Das System des heutigen römischen Recht*, 1840-1849.

SCHACK (H.), *BGB – allgemeiner Teil*, Heidelberg–München–Landsberg–Berlin, 2009.

SCHIRRMACHER (P.), *Die Haftung des faktischen GmbH-Geschäftsführers: Eine dogmatische (Neu-)Ordnung*, Mohr Siebeck, 2019.

SCHÜRNBAND (J.), *Organschaft im Recht der privaten Verbände*, Tübingen, 2007.

SCHNURRENBERGER (A.), *Vollmacht und Grundverhältnis nach schweizerischem und deutschem Recht* (Diss.), Basel, 1969.

TRIEPEL (H.), *Delegation und Mandat im Öffentlichen Recht. Eine kritische Studie*, Stuttgart : W. Kohlhammer, 1942.

WINDSCHEID (B.),

- *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3 vol., t. I et II, Düsseldorf, 1870 -1871.

- *Lehrbuch des Pandektenrechts in drei Bänden*, t. I, Düsseldorf, 1862.

C. Articles et chroniques

COHN (E.), « Zur Lehre vom Wesen des abstrakten Geschäfts » in *Archiv für die civilistische Praxis*, t. 135, 1932.

DÖLLE (H.), « Juristische Entdeckungen », in *Verhandlungen des 42 Deutschen Juristentages*, Bd. II, Teil B, Tübingen, 1958.

BEUTHIEN (V.),

- « Gibt es eine organschaftliche Stellvertretung ? », *NJW* 1999, 1142.

- « Zur Theorie der Stellvertretung im Bürgerlichen Recht », in V. BEUTHIEN, H. ROTH, M. FUCHS *et al.*, *Festschrift für Dieter Medicus*, 1999.

- « Gemischte Gesamtvertretung und unechte Gesamtprokura im deutschen Gesellschaftsrecht » in *Arbeitsrecht und Zivilrecht in Entwicklung. Festschrift für Hyung-Bae Kim*, réd. H.G. Leser, Berlin, 1995.

BIELFELDT (S.), « Die Prokura (Teil 2) », *Rechtspfl eger Studienhefte* 2010/5.

HARRER (F.), « Grenzen der Zulässig-keit einer "gemischten Gesamtprokura" », *RdW* 1984, 34.

HAUSMANN (R.), in *Internationales Vertragsrecht*, Ch. REITHMANN, D. MARTINY (réd.), Köln, 1996.

HEINRICHS (H.), in O. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. I, *Allgemeiner Teil des BGB*, München, 1998.

HILDEBRANDT (W.), in F. SCHLEGELBERGER (réd.), *Handelsgesetzbuch*, vol. I, Berlin, 1939.

HOENIGER (W.), in DÜRINGER-HACHENBURG (réd.), *Das Handelsgesetzbuch*, t. I, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1930.

FAUST (F.), in T. HEIGEL, R. HÜBTEGE, H.P. MANSEL, U. NOACK (réd.), *BGB. Allgemeiner Teil. EGBGB*, t. 1, Baden-Baden, 2016.

JHERING (R. v.), « Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte » in *Jahrbücher für die Dogmatik des Deutschen heutigen römischen Privatsrechts*, 1858.

JOOST (D.), in *Handelsgesetzbuch. Großkommentar. Zweiter Band*, §§ 48–104, C.W. CANARIS, M. HABERSACK, C. SCHÄFER, Berlin, 2008.

KELLER (M.), **GIRSBERGER (D.)**, in *IPRG Kommentar*, A. v. HEINI, M. KELLER, K. SIEHR, F. VISCHER, P. VOLKEN (éd.), Zürich, 1993.

KLEINSCHMIDT (J.), « Stellvertretungsrecht in Deutschland und Frankreich. Perspektiven für eine Rechtsvereinheitlichung », *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, n° 3, 2001.

KREBS (P.), in *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, t. I, *Erstes Buch. Handelsstand*, §§ 1–104 a, K. SCHMIDT, München, 2016.

KREBS (P.), **LIEB (M.)**, in *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, t. 1, K. SCHMIDT (éd.), München, 1996.

LABAND (P.), « Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch », *ZHR* 10, 1866.

LENEL (O.), « *Stellvertretung und Vollmacht* », in *Jherings Jahrbücher*, t. 36, 1896.

LUTHER (G.), « Kollisionsrechtliche Vollmachtenprobleme im deutsch-italienischen Rechtsverkehr », *RabelsZ*, 1974, vol. 38.

MITTEIS (L.), *Die lehre von der stellvertretung nach römischem recht, mit berücksichtigung des österreichischen rechtes*, Vienne : Alfred Hölder, 1885.

MÜLLER (R.), « Haftung für Unterschriften im Namen der Gesellschaft », in P. KUNZ, F. JÖRG, O. ARTER (éd.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V*, Bern, 2010.

MÜLLER-FREIENFELS (W.),

- « Die Abstraktion der Vollmachtserteilung im 19. Jahrhundert », in W. MÜLLER-FREIENFELS, *Stellvertretungsregelungen in Einheit und Vielfalt - Rechtsvergleichende Studien zur Stellvertretung*, Klostermann, 1982.

- « Der Haager Konventionsentwurf über das auf die Stellvertretung anwendbare Recht », *RabelsZ* n° 1, 1979.

NICKEL (E.), in J. ENTSHALER (éd.), *Entshaler Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch*, Neuwied-Kriftel-Berlin, 1999.

PAWLOWSKI (H.-M.), « Die gewillkürte Stellvertretung. Eine juristische Entdeckung der deutschen Rechtswissenschaften », *JZ* 1996.

RABEL (E.), « Vertretungsmacht für obligatorische Rechtsgeschäfte », *RabelsZ* 1929.

ROTH (W.-H.), in *Handelsgesetzbuch. Kommentar*, I. KOLLER, W.-H. ROTH, W. MORCK, 5^{ème} éd., München, 2005.

RUSS (W.), in P. GLANEGGER, G. GRAFF, C. KIRNBERGER, *et al.*, *Heidelberger Kommentar zur Handelsgesetzbuch*, Heidelberg, 2002.

SCHILKEN (E.), in *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2014.

SCHINKO (P.), in *Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch*, t. 1, M. STRAUBE, Wien, 2011.

SCHMIDT (K.), « Das handelsreformgesetz », NJW 1998, n° 30.

SCHMOECKEL (M.), in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, M. SCHMÖCKEL, J. RÜCKERT, R. ZIMMERMANN (réd.), t. I, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003.

SCHOCH (M.), « Über Auftrag und Vollmacht im IPR », *Giur. comp.* IV, p. 292.

SCHRAMM (K. H.), in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. I, *Allgemeiner Teil (§§ 1-240) AGB-Gesetz*, F. J. SÄCKER (réd.), München, 1993.

SCHULTZE v. LASAULX (H.), in H.T. SOERGEL, *Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz*, t. I, *Allgemeiner Teil (§§ 1-240)*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1967.

SONNENSCHNEIN (J.), **WEITEMEYER (B.)**, in N. HORN (réd.), *Handelsgesetzbuch Kommentar*, Berlin - New York, 1995.

THIELE (W.), in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. I, *Allgemeiner Teil (§§ 1-240) AGB-Gesetz*, F.J. SÄCKER (réd.), München, 1978.

WAGNER (C.), in *HGB. Kommentar zu Handelsstand, Handelsgesellschaften, Handelsgeschäften und besonderen Handelsverträgen (ohne Bilanz-, Transport- und Seerecht)*, V. RÖHRICHT, F. GRAF von WESTPHALEN, U. HAAS, Köln, 2014.

WEBER (K.), in K. BOUJONG, C. T. EBENROTH, D. JOOST (réd.), *Handelsgesetzbuch*, München, 2001.

WEGMANN (B.), « Rechtsfolgen einer Überschreitung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse eines GmbH- Geschäftsführers », *Deutsches Steuerrecht*, 1992.

Index

A

A.B.G.B., 59

A.D.H.G.B., 27

Acte juridique

(droit allemand), 91

Action institoriale, 79

Agency (common law), 43

Außenverhältnis *Voir* Rapport externe

B

Bevollmächtigung, 375

Bevollmächtigungsvertrag, 59

C

Chef d'entreprise, 427

Conseil d'administration, 429

Contrat de base

Définition, 330

D

Délégataire

Autorité, 508

compétence, 508

Directeur commercial, 283

Directeur financier, 283

Directeur juridique, 283

Moyens, 510

Délégation

Association (à l'exercice du pouvoir de direction),

14

Déclaration de créances, 285

externe, 202

Forme, 278

interne, 202

mandat, 31

Représentation, 407

SAS, 414

Subdélégation, 435

F

Fonction

attributs, 191

directoriale, 195

notion, 190

Fondé de pouvoir

Nomination, 427

G

Grundverhältnis *Voir* Contrat de base

H

Handlungsvollmacht *Voir* Procuracy commerciale

I

Innenverhältnis *Voir* Rapport interne

J

Jhering (Rudolph von), 319

L

Laband, 322

Laband (Paul), 322

M

Mandat

Conception moniste, 43

Droit allemand, 56

Droit polonais, **61**

Droit romain, 49

social, **189**

Théorie dualiste, **313**

Mission

(droit français), **120**

(modèle germanique), **64**

P

Pełnomocnictwo

Définition, **360**

Pouvoir de direction, 472

Procuration

Définition, 360

Droit romain (procuratio), **72**

Effet (droits allemand et polonais), **360**

extinction, 386

nullité, **389**

Pełnomocnictwo (droit polonais), **360**

procuratio cum libera administratione, **221**

Procuration accessoire (théorie, droit polonais),
59

Procuration civile, **37**

Vollmacht (droit allemand), **360**

Procuration commerciale, 212

Procureur

Droit romain (procurator=, **72**

Prokura

A.D.H.G.B., **27**

Bevollmächtigung, **275**

étendue, **211**

Forme, **275**

objet social, **213**

Procuration spéciale, **206**

Représentation directe, **209**

révocation, **548**

R

Rapport externe, 129, Voir Représentation

Rapport interne, 129

Représentation

(et responsabilité), **101**

Acte juridique, **95**

Actes matériels, **95**

Action au nom d'autrui, **358**

apparence, **214**

Conventionnelle, **366**

Droit romain, **50**

Essentialia, **117**

Etendue, **408**

Faits juridiques, **95**

Fiction, **88, 89**

Geschäftsherrentheorie, **89**

Indirecte, **104, 108**

Lato sensu, **113**

Légale, **367**

Pouvoir, **104**

principe de dissociation *Voir Trennungzprincip*

Principe de dissociation *Voir Trennungzprincip*

Rapport externe, **356**

Repräsentationstheorie, **92**

Représentation active, **362**

Représentation directe (prokura), **209**

Représentation indirecte, **52, 110**

Représentation passive, **362**

Volontaire, **366**

Représentation organique

objet social, **215**

S

SAS, 239

Stosunek podstawowy Voir Contrat de base

Stosunek wewnętrzny Voir Rapport interne

Stosunek zewnętrzny Voir rapport externe

Substitution, 16

T

Trennungsprinzip, 319, 322, 323

V

Verbindungsprinzip, 320

Vollmacht

Définition, **360**

Isolierte Vollmacht, **381**

Kausale Vollmacht, **381**

Verbundene Vollmacht, **381**

Volonté

sociale, **236**

Résumé :

L'institution de la délégation de pouvoirs est réputée constituer un mécanisme unique qui embrasse l'ensemble des facettes du pouvoir directorial (d'après les définitions doctrinales de cette technique, elle habilite son bénéficiaire à exercer le pouvoir de direction au nom et pour le compte de la société). Cette définition - et les analyses qui en découlent - révèle que cette technique est appréhendée en doctrine sous le prisme de la théorie moniste du mandat, qui conçoit les rapports interne et externe comme étant les deux facettes d'un rapport de droit unique (le mandat, la délégation). Par comparaison, l'institution de la prokura, qui repose sur la théorie dualiste du mandat, n'intéresse par définition que cette seconde facette.

Le paysage éclaté de la délégation de pouvoirs et l'absence de consensus patent tenant à sa nature juridique et à ses conditions de mise en œuvre résultent précisément de l'analyse de cette institution sous le prisme de la théorie moniste. Les failles de cette théorie en droit commun – déjà dénoncées en doctrine, et que la présente étude aura permis de confirmer – s'accusent avec d'autant plus de force en droit des sociétés, en raison de la structure abstraite et complexe de celles-ci.

La décomposition de la délégation de pouvoirs à l'aune de la théorie dualiste aboutit à scinder le mécanisme en deux figures distinctes : d'un côté, la "délégation fonctionnelle" (dont l'objet est d'investir un tiers dans l'exercice d'une fonction directoriale pour le compte du groupement) ; de l'autre, la délégation du pouvoir de représentation, soumise aux nouveaux articles 1153 et s. C. civ.

Descripteurs :

Title and Abstract : *Essay on the delegation of powers in the light of the theory and mechanism of prokura*

The institution of delegation of powers is deemed to constitute a unique mechanism that encompasses all facets of managerial power (according to the doctrinal definitions of this technique, it empowers its beneficiary to exercise managerial power in the name and on behalf of the company). This definition - and the analyses that follow - reveal that this technique is understood in doctrine under the prism of the monistic theory of mandate, which conceives

the internal and external relationships as two facets of a single legal relationship (the mandate, the delegation). By comparison, the institution of prokura, which is based on the dualist theory of agency, is by definition only concerned with this second facet.

The fragmented landscape of the delegation of powers and the lack of a clear consensus on its legal nature and conditions of implementation are precisely the result of analysing this institution through the prism of the monistic theory. The flaws of this theory in common law - already denounced in doctrine, and which this study will have confirmed - are all the more evident in company law, because of the abstract and complex structure of companies.

The breakdown of the delegation of powers according to the dualist theory results in the mechanism being split into two distinct forms: on the one hand, the 'functional delegation' (the purpose of which is to invest a third party in the exercise of a managerial function on behalf of the grouping); on the other, the delegation of the power of representation, subject to the new articles 1153 et seq. C. civ.

Keywords :

Nota : cette page, dernière de couverture, sera retournée avant reliure.

