

La fixation et le contrôle de la rémunération des dirigeants

Charles-Emmanuel Prieur,
Avocat Associé
Nadia Médiarz,
Avocat,
UGGC & Associés

1) Article L. 225-47 du Code de commerce.

2) Article L. 225-53 du Code de commerce.

3) Article L. 225-63 du Code de commerce.

Les dirigeants des sociétés peuvent percevoir différents types de rémunérations au titre de leur mandat social qui peuvent éventuellement venir s'ajouter à leur rémunération perçue au titre de leur contrat de travail dès lors qu'ils remplissent les critères leur permettant de cumuler mandat social et contrat de travail.

L'éventail des rémunérations pouvant être versées aux dirigeants des sociétés par actions, sociétés anonymes (SA), sociétés par actions simplifiées (SAS) et sociétés en commandite par actions (SCA) a été décrit dans le premier article du présent dossier intitulé « *Les instruments de rémunération des dirigeants* ».

Il s'agit ici de présenter les règles de fixation de ces rémunérations et, surtout compte tenu de l'actualité, les dispositions relatives à la transparence et au contrôle de ces rémunérations.

La notion de dirigeant recouvre dans le cadre de cet article le président et les membres du conseil d'administration, les membres du directoire, le directeur général et le directeur général délégué dans les SA, le président et les membres de l'organe de direction institué statutairement dans les SAS et le gérant des SCA. Il ne sera traité que des sociétés non cotées, les sociétés cotées faisant l'objet d'un article spécifique du présent dossier intitulé « *Les particularités du contrôle de la rémunération des dirigeants dans les sociétés anonymes cotées* ».

Même dans les sociétés non cotées, la notion de rémunération des dirigeants sociaux est un sujet traité quasi quotidiennement par l'actualité. Le montant des rémunérations de certains dirigeants sociaux choque l'opinion. Le législateur ou l'exécutif n'ont pas – encore – choisi d'intervenir directement sur le montant des rémunérations pour les plafonner ou les réduire, à l'exception du secteur public. Néanmoins, la demande du public d'intervention sur ce sujet est récurrente.

Les modalités de fixation des rémunérations des dirigeants sociaux permettent d'assurer un contrôle au profit des actionnaires (I.). Mais lorsque le dirigeant social est également actionnaire

majoritaire, ce qui est la situation majoritaire des sociétés non cotées, les actionnaires minoritaires ne trouveront pas dans les dispositions relatives aux obligations de transparence un outil efficace pour protéger leurs intérêts (II.). En définitive, c'est le rôle de contrôle exercé par le juge qui s'est trouvé le plus significativement modifié au cours des dernières années (III.).

I. Fixation, modification et suppression de la rémunération des dirigeants sociaux : la diversité des règles applicables

Dans les sociétés par actions, la détermination de la rémunération des dirigeants sociaux obéit à une logique différente suivant la forme sociale considérée. Dans les SA, la question fait ainsi l'objet d'une réglementation précise (A), tandis que la liberté reste de principe dans les SAS et SCA (B).

A. La fixation, la modification et la suppression de la rémunération des dirigeants sociaux dans les sociétés anonymes

Relevant en principe de la seule compétence du conseil d'administration dans la SA moniste et du conseil de surveillance dans la SA dualiste et s'inscrivant dans une logique institutionnelle (1), la fixation de la rémunération de certains dirigeants peut néanmoins faire intervenir ponctuellement l'assemblée des actionnaires (2).

1. Compétence de principe du conseil d'administration et du conseil de surveillance

Rémunérations du président, directeur général, directeur général délégué et des membres du directoire. – Dans la SA moniste, il revient au conseil d'administration de déterminer la rémunération de son président (1), du directeur général et du directeur général délégué (2).

Dans la SA dualiste, c'est le conseil de surveillance qui seul détermine la rémunération des membres du directoire (3). Le conseil de surveillance doit à cet égard fixer la rémunération de chacun des membres du directoire et non une somme globale

que les membres du directoire seraient chargés de se répartir entre eux à l'image des jetons de présence alloués au conseil de surveillance par l'assemblée générale et réparti par le conseil de surveillance entre ses membres.

Il est désormais de jurisprudence constante que la fixation de ces rémunérations n'est pas soumise à la procédure des conventions réglementées visée aux articles L. 225-38 et suivants du Code de commerce dans la SA moniste et aux articles L. 225-86 et suivants du Code de commerce dans la SA dualiste (4). Par conséquent, dans la SA moniste, lorsque le dirigeant est également administrateur, il lui est permis de voter sur sa propre rémunération, ce qu'il n'aurait pu faire si la procédure de contrôle des conventions réglementées s'était appliquée. La question du vote du dirigeant intéressé ne se pose pas dans la SA dualiste dans la mesure où la rémunération de chacun des membres du directoire est fixée par un organe distinct, le conseil de surveillance.

La chambre commerciale de la Cour de cassation, se livrant à une interprétation stricte des textes, a précisé que « *seul le conseil d'administration d'une société peut déterminer, par une délibération sur son montant et ses modalités, la rémunération des directeurs généraux, (...) les paiements faits par la société ne peuvent suppléer sa décision.* » (5). Cette solution s'applique également au président et au directeur général délégué dans la mesure où les textes applicables en la matière sont identiques à ceux applicables au directeur général.

S'agissant de la rémunération des membres du directoire, la chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré, dans un arrêt du 12 décembre 1995, que « *le conseil de surveillance a une compétence exclusive pour fixer le mode de rémunération de chacun des membres du directoire* » (6).

La compétence du conseil d'administration (et du conseil de surveillance dans les SA dualistes) est donc exclusive et préalable. En conséquence, la rémunération ne peut être fixée judiciairement (7).

Lorsque le conseil d'administration ne fixe pas la durée pour laquelle la rémunération des dirigeants a été fixée, cette dernière est perçue jusqu'à ce que le conseil d'administration statue à nouveau et vienne éventuellement la modifier.

Bien qu'il soit souverain pour fixer la rémunération du président, directeur général et directeur général délégué, le conseil d'administration peut instituer un comité (8) - appelé le plus souvent « comité des rémunérations » - qui sera chargé de lui proposer le montant de la rémunération des dirigeants sociaux concernés.

Il ressort de la compétence institutionnelle du

conseil d'administration que la rémunération du dirigeant devra résulter d'une délibération préalable du conseil d'administration sur son montant et ses modalités (9).

Le conseil d'administration n'est donc pas tenu par la proposition du comité *ad hoc*, de même qu'il ne peut se contenter de ratifier une décision prise par ledit comité (10) ou se borner à confirmer une décision prise par deux administrateurs mandatés pour déterminer la rémunération du dirigeant (11). Enfin, la rémunération du directeur général, - mais la solution vaut également pour le président du conseil d'administration - ne peut être fixée par une convention conclue avec un tiers, peu important à cet égard que la convention ait été autorisée par le conseil d'administration (12).

La rémunération qui ne résulterait pas d'une décision préalable du conseil d'administration (ou du conseil de surveillance) est irrégulière et devrait faire l'objet d'une restitution à la société (13) par le dirigeant concerné et le préjudice subi par la société devrait être réparé (14).

Il ressort de ce qui précède que le principe de hiérarchie des pouvoirs consacré par l'arrêt Motte (15), en vertu duquel la compétence attribuée à un organe par la loi ne peut faire l'objet d'aucun aménagement, est parfaitement respecté en matière d'attribution et de fixation de la rémunération (16).

Rémunérations des administrateurs. - L'article L. 225-44 du Code de commerce dispose que : « *Sous réserve des articles L. 225-21.1 (cas de l'administrateur salarié), L. 225-22 (cas du salarié nommé administrateur) et L. 225-27 (cas des administrateurs élus par les salariés), les administrateurs ne peuvent recevoir de la société aucune rémunération, permanente ou non, autre que celles prévues aux articles L.225-45 (jetons de présence), L. 225-46 (rémunérations exceptionnelles), L. 225-47 (rémunération du président) et L. 225-53 (rémunérations du directeur général et du directeur général délégué). Toute clause statutaire contraire est réputée non écrite et toute décision contraire est nulle.* »

Par conséquent, les administrateurs ne peuvent percevoir que des jetons de présence ou des rémunérations exceptionnelles pour des missions spécifiques qui leur auraient été confiées et le cas échéant, un salaire au titre de leur contrat de travail. Les administrateurs qui sont également président du conseil d'administration, directeur général ou directeur général délégué peuvent également, si le conseil d'administration le décide, recevoir une rémunération au titre de leur fonction de président du conseil d'administration, directeur général ou directeur général délégué.

Jetons de présence. - Il convient de préciser qu'ils sont alloués par l'assemblée générale ordinaire

4) Cass. com., 3 mars 1987, *Bull. civ. IV*, n°64, p.49 ; Comité Juridique ANSA du 3 décembre 2008 n°08-057.

5) Cass. com 13 février 1996, *Bull. civ IV* n°51.

6) Cass. Com. 12 décembre 1995, consorts Hudry c/SA Phamar, *Bull. Joly Sociétés* mars 1996 p.207, note Le Cannu.

7) Cass com. 12 décembre 1995 *Bull. Joly Sociétés* 1996 p.207, note P. Le Cannu.

8) La possibilité de créer un comité est prévue à l'article R. 225-29 du Code de commerce dans les SA monistes.

9) Cass. com., 4 juillet 1995, *Rev. Soc.* 1995, 504 note Le Cannu, *Bull. Joly* 1995, 968, note Barbieri ; Cass. com., 11 octobre 2005, *Bull. Joly* 2006, 498, note VIDAL, *Rev. soc.* 2006, p.79, note J-P. Mattout.

10) Cass. com., 4 juillet 1995, *Rev. Soc.* 1995, 504 note Le Cannu.

11) Cass. com., 11 octobre 2005, *Rev. Soc.* 2006, p. 79, note J.-P. Mattout.

12) Cass. com., 14 septembre 2010, *D.* 2011, 57, note Marmoz, *Rev. soc.* 2011. 424, note Dom.

13) Cass. com., 30 novembre 2004 n°1740, *RJDA* 4/05 n°407 (cas d'un président qui s'était octroyé une rémunération sans décision préalable du conseil).

14) CA Paris, 3^e ch. Sect. B 12 mai 2000, Benamara c/SA Clastic ZI, *Jurisdata* n°2000-116645.

15) Cass. crim., 4 juin 1946 Arrêt Motte *JCP II*, 3518, note D. Bastian.

16) Comité Juridique ANSA du 3 décembre 2008 n°08-057.

17) Article L. 225-45 du Code de commerce.

18) Article R. 225-33 alinéa 1^{er} du Code de commerce.

19) Articles L. 225-46 du Code de commerce.

20) Pour les SA monistes et articles L. 225-86 et suivants pour les SA dualistes.

21) Article R. 225-33 alinéa 1^{er} du Code de commerce.

22) CA Paris, 1^{er} décembre 2000, Thomas c./ SA ALG, *Dr. Sociétés* 2001, comm. 66.

23) CA, Paris, 7 juin 2000, *Rev. soc.* 2000, p. 763, obs. Y. Guyon ; Cass. com., 14 décembre 2004 Le Floch Prigent c/ Sté Elf Aquitaine, *Bull. Joly* 2005, § 104 p. 506, Note le Cannu.

24) CA Paris, 28 juill. 1982, *Dr. sociétés* 1982, n° 311.

25) CA Paris, 1^{er} févr. 2002, *Dr. sociétés*, 2002, comm. 67 D. Vidal. La Cour de cassation a adopté une position similaire dans un arrêt du 10 février 2009 (Cass. com., 10 février 2009, n°08-12.564, Mathey c/Sté NRJ Group : *JurisData* n°2009-046997 ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 74, note D. Cochet.

26) CA Paris, 15^e ch., 28 mars 1980, *JurisData* n°236 ; V. *Lamy Sociétés Commerciales* 2012, n°3540.

27) Cass com 16 juillet 1985, *Bull. civ IV* n°217 et Cass com 12 décembre 1995, *Bull. Joly Sociétés* 1996 p.207 note P Le Cannu.

28) Cass com 10 février 2009, *Bull. civ IV* n°20.

29) Cass. com., 3 mars 1987, n° 84-15. 726, *Bull. civ. IV*, n°64, p.49.

30) Cass, com., 24 octobre 2000 : *JurisData* n°2000-006359 ; *Bull. Joly*, 2001, p. 54, note M. Storck ; *LPA* 2001, n°18, p. 16, note. S. Messai.

des actionnaires (17) au conseil d'administration lequel est chargé de les répartir librement entre ses membres (18).

Cette liberté permet au conseil d'administration de répartir les jetons de présence de manière égalitaire ou non entre ses membres sous réserve de règles statutaires déterminant les règles de répartition et de l'abus de majorité. A cet égard, l'article R. 225-33 du Code de commerce précise que le conseil d'administration peut notamment allouer aux administrateurs qui sont également membres des comités qu'il peut instituer en son sein, une part supérieure à celle des autres administrateurs.

Rémunérations exceptionnelles. - Le conseil d'administration est également compétent pour allouer des rémunérations exceptionnelles à des administrateurs pour les missions ou mandats qui leur auraient été confiés (19). Ces rémunérations exceptionnelles sont soumises à la procédure des conventions réglementées des articles L. 225-38 à L. 225-42 du Code de commerce (20).

Remboursement des frais. - Le conseil d'administration peut en outre autoriser le remboursement des frais de voyage et de déplacement et des dépenses engagées par les administrateurs dans l'intérêt de la société (21).

Modification et suppression de la rémunération des dirigeants. - Du fait de la nature institutionnelle et du caractère unilatéral de la rémunération qu'ils reçoivent, le président du conseil d'administration de même que le directeur général et le directeur général délégué ne disposent d'aucun droit acquis à recevoir celle-ci sans limite de temps (22). Une décision du conseil d'administration peut ainsi venir la modifier en l'augmentant ou en la réduisant ou même en la supprimant dans la mesure où rien ne s'oppose à ce que des fonctions de direction ne soient pas rémunérées.

En principe, le conseil d'administration peut décider de réduire la rémunération du président du conseil d'administration et des directeurs généraux sans avoir recueilli au préalable leur consentement (23). La décision prise par le conseil ne doit toutefois pas relever d'un abus de droit.

La question s'est posée de savoir si la décision modificatrice de la rémunération pouvait avoir un caractère rétroactif. La réponse à une telle question implique toutefois d'opérer une distinction entre réduction et augmentation de la rémunération. S'agissant de la réduction de la rémunération, la jurisprudence décide que celle-ci ne peut être que postérieure à la décision. En effet, la Cour d'appel de Paris (24) a énoncé que le conseil d'administration « *compétent pour décider des rémunérations octroyées à son président, l'est nécessairement pour les modifier, a fortiori avec le*

consentement de l'intéressé, une telle modification pouvant dans ce cas avoir un effet rétroactif. » Seul le consentement du dirigeant, équivalent à une renonciation, rendrait efficace une mesure rétroactive (25).

A contrario, la décision d'augmentation peut avoir un effet rétroactif à condition qu'elle ne soit pas abusive et qu'elle ne porte pas atteinte à l'intérêt social. La Cour d'appel de Paris avait ainsi admis la validité d'une décision d'augmentation rétroactive qui avait pour unique objectif de faire correspondre la modification avec le début de l'exercice social (26).

S'agissant de la modification de la rémunération des membres du directoire, la Cour de cassation reconnaît ce pouvoir au conseil de surveillance (27). La situation est identique à celle de la société anonyme moniste, le conseil de surveillance statue librement sur le montant de cette rémunération et peut donc décider de la réduire même sans l'accord des membres du directoire. Egalement, cette réduction de la rémunération des membres du directoire ne peut intervenir *rétroactivement* sans l'accord de ces derniers et ce, même si cette rémunération n'a pas encore été payée (28).

Pensions de retraite et indemnité due en raison de la cessation des fonctions du dirigeant. - Dans le cas de l'octroi d'une pension de retraite ou d'une indemnité due en cas de cession des fonctions, la procédure des conventions réglementées doit être respectée lorsqu'elles ne peuvent être qualifiées de complément de rémunération.

En matière de complément de retraite, la jurisprudence considère que sa fixation relève de la compétence exclusive et préalable du conseil d'administration dès lors (i) que ce complément de retraite a pour contrepartie des services particuliers rendus à la société pendant l'exercice des fonctions, (ii) que l'avantage accordé est proportionné à ces services et (iii) que cet avantage ne constitue pas une charge excessive pour la société (29).

Si ces trois critères cumulatifs ne sont pas remplis, le complément de retraite ne peut être considéré comme un complément de rémunération et l'attribution de ce complément doit donc suivre la procédure des conventions réglementées.

La modification ou la suppression d'un tel complément de retraite, s'il relève d'un complément de rémunération selon les critères décrits ci-dessus, sera de la compétence du conseil d'administration qui pourra procéder à cette modification sans l'accord de l'ancien dirigeant concerné, notamment en cas de difficultés économiques rencontrées par la société dont il résulterait que le complément de retraite était devenu une charge excessive (30). A l'inverse, si la procédure des conventions

réglementées a été suivie, on devra considérer que l'octroi de cet avantage constitue une convention passée entre la société et l'ancien dirigeant et ne pourra être modifié sans son accord.

Incidence du contrat de travail. – Deux hypothèses sont envisageables : la première est celle dans laquelle une personne conclut un contrat de travail salarié avec une société dont l'objet est d'exercer un mandat social dans l'une de ses filiales ; la seconde est celle dans laquelle une personne conclut un contrat avec la société dans laquelle elle exerce un mandat pour des fonctions distinctes.

Dans le premier cas, le contrat de travail doit, pour être valable, remplir les critères classiques habituels suivants dégagés par la jurisprudence sociale : la présence d'un lien de subordination entre le salarié et l'employeur, la fonction exercée doit être précisée et le versement d'une rémunération au salarié (31) peu importe que le salaire soit versé par la société ou sa mère (32).

Dans le second cas, le Code de commerce vise plusieurs situations.

Tout d'abord, l'article L. 225-22 du Code de commerce dispose qu'« un salarié de la société ne peut être nommé administrateur que si son contrat de travail correspond à un emploi effectif. Il ne perd pas le bénéfice de ce contrat de travail. Toute nomination intervenue en violation des dispositions du présent alinéa est nulle. (...) Le nombre des administrateurs liés à la société par un contrat de travail ne peut dépasser le tiers des administrateurs en fonction. (...) »

Cet article pose donc plusieurs critères de validité d'un tel cumul : le contrat de travail doit être antérieur à la nomination aux fonctions d'administrateur et ce contrat de travail doit correspondre à un emploi effectif. L'effectivité implique des fonctions salariées réelles et distinctes des fonctions d'administration (33) et le respect par le dirigeant du lien de subordination qui le lie à la société dans l'exercice de ces fonctions salariées (34). Enfin le nombre des administrateurs liés à la société par un contrat de travail ne peut dépasser le tiers des administrateurs en fonction.

Dès lors qu'il ne remplirait plus l'un de ces critères, la jurisprudence considère que le contrat de travail est suspendu automatiquement sauf convention contraire (35). Toutefois, dès lors que ces critères sont remplis, le salarié peut cumuler son mandat d'administrateur et son contrat de travail et par la même cumuler son salaire et sa rémunération au titre de son mandat social.

Lorsque le salarié devenu mandataire social cesse d'exercer des fonctions techniques distinctes, dans un état de subordination à l'égard de la société, le

contrat de travail est suspendu pendant la durée de ce mandat (36).

Or, la loi n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit est venue insérer un article L. 225-21-1 dans le Code de commerce aux termes duquel « un administrateur peut devenir salarié d'une société anonyme au conseil de laquelle il siège si cette société ne dépasse pas, à la clôture d'un exercice social, les seuils définissant les petites et moyennes entreprises prévus à l'article 2 de l'annexe à la recommandation 2003/361/CE de la Commission, du 6 mai 2003, concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises et si son contrat de travail correspond à un emploi effectif. Tout administrateur mentionné au premier alinéa du présent article est compté pour la détermination du nombre des administrateurs liés à la société par un contrat de travail mentionné à l'article L. 225-22. »

Il ressort de ce qui précède qu'un administrateur ne peut conclure un contrat de travail salarié que si certains seuils sont atteints au sein de la société qui va l'employer. A défaut, il ne peut être lié à cette société par un contrat de travail, sauf s'il était salarié de la société avant d'être nommé administrateur. Avant la création de cet article L. 225-21-1, un salarié pouvait être nommé administrateur mais un administrateur ne pouvait pas conclure de contrat de travail avec la société dans laquelle il exerce ses fonctions sociales. A cet égard, la jurisprudence considérait que le contrat de travail consenti à un administrateur en fonction était nul de nullité absolue (37).

En ce qui concerne la société anonyme dualiste, l'article L. 225-61 du Code de commerce reconnaît la possibilité pour les membres du directoire de cumuler leurs fonctions avec un contrat de travail. Par ailleurs, la conclusion de ce contrat sera soumise à la procédure des conventions réglementées.

2. L'intervention résiduelle de l'assemblée des actionnaires

L'intervention de l'assemblée générale des actionnaires se manifeste de deux manières. Dans la première hypothèse, il s'agira pour l'assemblée d'approuver ou de ne pas approuver l'élément de rémunération soumis à son contrôle, alors que, dans la seconde hypothèse, il lui appartiendra d'intervenir véritablement dans la procédure de fixation de tel ou tel élément de la rémunération des dirigeants sociaux.

Soumission de rémunérations exceptionnelles spécifiques à la procédure des conventions réglementées (38). – Comme indiqué précédemment certaines rémunérations sont soumises à la procédure des conventions réglementées (rémunérations exceptionnelles des admi-

31) Cass soc. 2 octobre 1991, *RJDA* 1991, n°1041.

32) Cass soc. 4 mars 1997, *Bull. civ* V n°91.

33) Cass. soc., 7 juill. 1983, *Bull. Joly Sociétés* 1983, § 480, p. 1132.

34) CA Paris, 28 janv. 1997, *Bull. Joly Sociétés* 1997, § 250, p. 658, note P. Le Cannu.

35) Cass soc. 12 décembre 1990, *Bull. Joly* 1991, 842 note Le Cannu ; Cass. Soc. 26 avril 2000, *Bulletin* 2000 V n°152 p.117.

36) Cass. soc., 23 sept. 2009, *Bull.* 2009 V, n°194.

37) Cass. Soc. 21 novembre 2006, *Bull. Joly* 2007 383 note G. Auzero.

38) Procédure décrite aux articles L. 225-38 et suivants dans les SA moniste et L. 225-86 et suivants dans les SA duales.

39) Articles L. 225-40 al. 3 (SA moniste) et L. 225-88 al. 3 (SA duale) du Code de commerce.

40) Articles L. 225-40 al. 4 (SA moniste) et L. 225-88 al. 4 (SA duale) du Code de commerce.

41) Articles L. 225-42 (SA moniste) et L. 225-90 (SA duale) du Code de commerce.

42) Articles L. 225-42 al. 3 (SA moniste) et L. 225-90 al. 3 (SA duale) du Code de commerce.

43) Articles L. 225-41 (SA moniste) et L. 225-89 (SA duale) du Code de commerce.

44) Article L. 225-177 du Code de commerce (option de souscription) et article L. 225-179 du Code de commerce (option d'achat).

45) Article L. 225-185 al. 4 et 5 du Code de commerce.

46) Article L. 227-1 du Code de commerce : « Dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le présent chapitre, les règles concernant les sociétés anonymes, à l'exception des articles L. 224-2, L. 225-17 à L. 225-126, L. 225-243 et de I de l'article L. 233-8, sont applicables à la société par actions simplifiée. Pour l'application de ces règles, 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. »

47) Article L. 225-197-1 alinéa 1 du Code de commerce.

48) Article L. 225-197-1 I *in fine* du Code de commerce.

49) Article 163 bis G du Code général des impôts.

nistrateurs, pensions de retraite non constitutive d'élément de rémunération).

Le Code de commerce dispose que dans le cadre de la procédure de conclusion de ces conventions réglementées, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial portant sur les conventions conclues au cours de l'exercice clos ainsi que celles dont l'exécution s'est poursuivie au cours de l'exercice considéré qui est soumis à l'approbation de l'assemblée générale ordinaire d'approbation des comptes (39).

Lors de cette assemblée générale, l'intéressé ne peut pas prendre part au vote et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité (40).

Par ailleurs, les conventions qui n'ont pas été préalablement autorisées par le conseil d'administration ou de surveillance, selon le cas, sont nulles, si celles-ci ont eu des conséquences préjudiciables pour la société (41). La nullité peut cependant être couverte par un vote de l'assemblée générale intervenant sur rapport spécial des commissaires aux comptes exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie (42).

A travers l'application de cette procédure, c'est en réalité un pouvoir d'approbation qui est conféré à l'assemblée générale des actionnaires.

Toutefois, les conventions approuvées par l'assemblée, comme celles qu'elle désapprouve, produisent leurs effets à l'égard des tiers, sauf lorsqu'elles sont annulées dans le cas de fraude. Même en l'absence de fraude, les conséquences, préjudiciables à la société, des conventions désapprouvées peuvent être mises à la charge de l'intéressé et, éventuellement, des autres membres du conseil d'administration (43).

Attribution de rémunérations spécifiques par les actionnaires. - L'attribution de trois types de rémunération spécifiques impose l'intervention de l'assemblée générale des actionnaires : l'attribution d'options de souscription ou d'achat d'actions, d'actions gratuites ainsi que de bons de souscription de parts de créateur d'entreprise (BSPCE).

Options de souscription ou d'achat d'actions. - L'article L. 225-185 du Code de commerce dispose que « le président du conseil d'administration, le directeur général, les directeurs généraux délégués, les membres du directoire ou le gérant d'une société par actions peuvent se voir attribuer par cette société des options donnant droit à la souscription ou à l'achat d'actions (...) ».

A cet égard, dans la SA, cette attribution est consentie par le conseil d'administration ou du directoire sur autorisation de l'assemblée

générale extraordinaire, sur rapport du conseil d'administration ou du directoire et sur rapport spécial des commissaires aux comptes (44).

Les administrateurs sont exclus du bénéfice des options, à l'exception des administrateurs qui (i) cumulent leur fonction avec un contrat de travail qui pourront en bénéficier dans le cadre de leur activité salariée ou (ii) qui occupent des fonctions de président du conseil d'administration, de directeur général, de directeurs généraux délégués, de membres du directoire ou de gérant d'une société par actions dans une société appartenant au même groupe cotée (45).

Attribution gratuite d'actions. - L'article L. 225-197-1 II du Code de commerce dispose que le président du conseil d'administration, le directeur général, les directeurs généraux délégués, les membres du directoire d'une SA, le directeur général et les directeurs généraux délégués dans les SAS ou le gérant d'une SCA peuvent se voir attribuer des actions de la société dans les mêmes conditions que les membres du personnel salarié.

Par renvoi aux règles de la SA qui peuvent s'appliquer dans la SAS (46), on doit considérer que le président d'une SAS peut également bénéficier de cette attribution gratuite d'actions.

L'assemblée générale extraordinaire est également compétente pour autoriser, sur le rapport du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas, et sur le rapport spécial des commissaires aux comptes, le conseil d'administration ou le directoire à procéder à une attribution gratuite d'actions existantes ou à émettre (47).

A cet égard, le conseil d'administration ou le directoire sera compétent « pour déterminer l'identité des bénéficiaires des attributions d'actions (...). Il fixe les conditions et, le cas échéant, les critères d'attribution des actions. (48)»

BSPCE. - Le Code général des impôts dispose que les sociétés par actions dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché d'instruments financiers français ou étranger dont le fonctionnement est assuré par une entreprise de marché ou un prestataire de services d'investissement ou tout autre organisme similaire étranger notamment, peuvent, à condition d'avoir été immatriculées au registre du commerce et des sociétés depuis moins de quinze ans, attribuer aux membres de leur personnel salarié, ainsi qu'à leurs dirigeants soumis au régime fiscal des salariés, des BSPCE incessibles, et émis dans les conditions prévues aux articles L. 228-91 et L. 228-92 du Code de commerce relatifs aux bons de souscriptions d'actions lorsque certaines conditions sont remplies (49) :

Toute décision d'émission de BSPCE au profit de

ses dirigeants doit être autorisée par l'assemblée générale extraordinaire sur le rapport du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas, et sur le rapport spécial des commissaires aux comptes (50).

Le prix de souscription du titre souscrit en exercice du bon est fixé au jour de l'attribution par l'assemblée générale extraordinaire, sur le rapport du conseil d'administration ou du directoire et sur le rapport spécial des commissaires aux comptes, ou, sur délégation de l'assemblée générale extraordinaire, par le conseil d'administration ou le directoire selon le cas (51).

L'assemblée générale extraordinaire, qui détermine le délai pendant lequel les bons peuvent être exercés, peut déléguer selon le cas, au conseil d'administration ou au directoire, le soin de fixer la liste des bénéficiaires de bons de souscription de parts de créateurs d'entreprise. Dans ce cas, le conseil d'administration ou le directoire indique le nom des attributaires desdits bons et le nombre de titres attribués à chacun d'eux (52).

B. La fixation, la modification et la suppression de la rémunération dans les SAS et les SCA : la prévalence de la liberté statutaire

Aussi bien dans les SAS que dans les SCA, le législateur ne précise pas l'organe compétent pour déterminer les conditions de fixation de la rémunération des dirigeants.

SCA. - L'article L.226-8 du Code de commerce propre à la SCA dispose que toute autre rémunération que celle prévue aux statuts ne peut être allouée au gérant que par l'assemblée générale ordinaire avec, sauf clause contraire des statuts, l'accord unanime des commandités. Dans le mutisme des statuts, la loi retrouve donc son empire. De même, l'assemblée générale ordinaire ayant fixé cette rémunération sera compétente pour la modifier ou la supprimer avec l'accord unanime des commandités.

Comme indiqué précédemment les gérants peuvent se voir attribuer des options de souscription ou d'achat d'actions, des actions gratuites et des BSPCE le cas échéant.

SAS. - Les conditions de fixation de la rémunération doivent être déterminées par les statuts. Le soin de déterminer de telles conditions peut également être laissé aux associés, à un organe de la société, voire à un tiers tel qu'un comité de rémunération. Le dirigeant peut également fixer lui-même sa rémunération, sous réserve du risque d'abus de biens sociaux (53). En outre, le commissaire aux comptes exerce alors son contrôle (54).

La rémunération dans la SAS étant de nature contractuelle, elle doit être soumise à la procédure des conventions réglementées. Il semble toutefois qu'il faille faire réserve du cas où la rémunération procéderait d'une décision collective des associés, la procédure des conventions réglementées n'ayant alors pas vocation à s'appliquer (55).

Comme indiqué précédemment, les dirigeants des SAS peuvent se voir attribuer des options de souscription ou d'achat d'actions, des actions gratuites et des BSPCE le cas échéant.

Quelle que soit la société concernée (SA, SCA et SAS), la méthode de fixation de la rémunération des dirigeants sociaux est essentiellement contrôlée par les dirigeants eux-mêmes si on la considère comme un seul et même ensemble. L'intervention des actionnaires non dirigeants est réservée aux outils d'intéressement du fait de leur impact sur la composition du capital social. Ces actionnaires non dirigeants, souvent actionnaires minoritaires dans les sociétés non cotées, sont les bénéficiaires essentiels des obligations de transparence imposées aux sociétés.

II. L'organisation de la transparence dans les sociétés non cotées

Les interventions multiples du législateur, en vue d'améliorer la transparence de la rémunération des dirigeants sociaux, n'ont pas touché de manière uniforme les différentes sociétés par actions. Deux distinctions doivent ainsi être faites : les obligations de transparence diffèrent en effet suivant la forme sociale envisagée (A) alors que de nouvelles obligations viennent s'ajouter lorsque la société est contrôlée par une société cotée (B).

A. Les obligations de transparence propres aux sociétés non cotées

La loi NRE du 15 mai 2001 a renforcé les obligations de transparence mises à la charge des sociétés anonymes et des sociétés en commandite par actions en exigeant que la publicité due au titre de l'article L. 225-102-1 le soit pour les mandats exercés dans les sociétés cotées ou non. La loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 est venue soustraire les sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé et qui ne sont pas contrôlées, au sens de l'article L. 233-16, par une société cotée, du champ d'application de cette obligation.

Au terme de cette évolution, les obligations de transparence, dans les sociétés non cotées, sont désormais au nombre de trois : l'obligation de communiquer les rémunérations les plus élevées aux actionnaires (1), l'obligation d'établir un rapport spécial sur les options de souscription ou d'achat d'actions levées (2) et l'obligation de faire

50) Article L. 228-92 du Code de commerce.

51) Article 163 bis G III du Code général des impôts.

52) Article 163 bis G III du Code général des impôts.

53) P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés, Montchrestien*, 4^e., n°995

54) *Bull. CNCC*, déc. 2006, n°144, §187, p. 712.

55) M. Germain et P-L. Périn, *La société par actions simplifiées, Etudes-Formules*, 4^e édition, *Pratique des affaires*, n°572 ; voir aussi dans ce sens, *Memento F. Lefebvre – Sociétés commerciales 2012*, n°60370.

56) Article L. 225-115, alinéa 4 du Code de commerce.

figurer certaines rémunérations dans l'annexe des comptes sociaux (3).

57) Article R. 225-89 du Code de commerce.

Au préalable, il convient de préciser que, dans les SAS, la liberté de principe de rédaction des statuts permet aux associés de renforcer librement les obligations de transparence et de contrôle ou, au contraire, de s'en soustraire intégralement. Les associés pourront prévoir, par exemple, de reproduire au sein de la SAS les obligations d'information s'imposant aux sociétés anonymes ou pourront imaginer un système *ad hoc*.

58) Article L. 225-117 du Code de commerce.

On peut imaginer, dans les SAS constituées pour organiser une *joint-venture* ou fédérer plusieurs investisseurs, que les clauses relatives à la transmission des informations des associés-dirigeants sociaux vers les associés-investisseurs financiers feront l'objet d'une négociation détaillée. Compte tenu des recours légaux dont les effets restent limités malgré les évolutions récentes (cf partie III ci-dessous), les investisseurs financiers se ménageront généralement non seulement une information très détaillée mais surtout un droit de veto sur la décision de fixation de la rémunération.

59) Article L. 238-1 du Code de commerce.

60) Cet article dispose que : « Dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le présent chapitre, les règles concernant les sociétés en commandite simple et les sociétés anonymes, à l'exception des articles L. 225-17 à L. 225-93, sont applicables aux sociétés en commandite par actions. »

61) Article L. 238-1 du Code de commerce.

1. La communication des rémunérations les plus élevées

Tout actionnaire d'une société anonyme peut obtenir communication du montant global, certifié exact par les commissaires aux comptes, des rémunérations versées aux personnes les mieux rémunérées, le nombre de ces personnes étant de cinq ou de dix selon que l'effectif de l'entreprise est supérieur ou non à 200 salariés (56).

Cette communication peut être obtenue par tout actionnaire à compter de la convocation de l'assemblée générale ordinaire annuelle et au moins pendant le délai de quinze jours qui précède la date de la réunion (57).

Ceci est à mettre en parallèle avec la faculté dont disposent les actionnaires d'obtenir, à toute époque, communication des documents visés à l'article L. 225-115 et concernant les trois derniers exercices, ainsi que des procès-verbaux et feuilles de présence des assemblées tenues au cours de ces trois derniers exercices (58).

Il convient donc d'en déduire que tout actionnaire peut, à toute époque, obtenir communication du montant global, certifié exact par les commissaires aux comptes, des rémunérations versées aux personnes les mieux rémunérées à la date de clôture du dernier exercice social.

L'actionnaire qui n'a pas obtenu les documents visés suite à sa demande de communication peut demander au tribunal de commerce, statuant en référé, de délivrer sous astreinte une injonction de faire à la société défaillante (59).

Cette faculté dont bénéficient les actionnaires est relativement peu significative puisque l'information obtenue n'est pas individualisée mais globale.

S'agissant des autres sociétés par actions, l'article L. 225-115 du Code de commerce relatif aux sociétés anonymes fait partie des articles qui en vertu de l'article L. 227-1 du même Code n'est pas applicable à la SAS.

En revanche, ce droit à la communication des rémunérations les plus élevées est institué dans les SCA puisque l'article L. 225-115 relève des articles dont l'application à la société en commandite par action n'est pas exclue par l'article L. 226-1 du Code de commerce (60).

2. L'obligation de publicité relative aux options de souscription ou d'achat d'actions levées

L'article L. 225-184 du Code de commerce (applicable aux SA et SAS) prévoit l'établissement d'un rapport spécial soumis à l'assemblée générale ordinaire l'informant des options de souscription ou d'achat d'actions exercées au cours de l'exercice social écoulé.

Ce rapport rend compte du nombre, des dates d'échéance et du prix des options de souscription ou d'achat d'actions qui, durant l'année et à raison des mandats et fonctions exercés dans la société, ont été consenties à chacun de ces mandataires par la société et par celles qui lui sont liées.

Ce rapport doit intégrer également ces mêmes informations pour les mandataires sociaux des sociétés contrôlées au sens de l'article L. 233-16. Ainsi, le rapport permet d'établir une photographie globale de l'ensemble des options consenties aux mandataires sociaux de l'ensemble du groupe.

Ce rapport doit aussi présenter une description identique concernant les options exercées par ces mêmes mandataires sociaux pendant cet exercice.

Enfin, ce rapport doit établir la même description (options consenties et exercées) pendant la même période mais, d'une part, pour les dix salariés de la société non mandataires sociaux dont le nombre d'options ainsi consenties ou exercées est le plus élevé et d'autre part, pour l'ensemble des salariés bénéficiaires en y ajoutant le nombre et la répartition des options consenties entre les catégories de ces bénéficiaires salariés.

L'actionnaire qui n'a pas obtenu ce rapport suite à sa demande de communication peut demander au tribunal de commerce, statuant en référé, de délivrer sous astreinte une injonction de faire à la société concernée (61).

3. L'obligation de faire figurer certaines rémunérations dans l'annexe des comptes sociaux

L'établissement et la publicité des comptes sociaux permettent également indirectement aux actionnaires de disposer de certaines informations concernant la rémunération des dirigeants. Le contenu de l'annexe permet également d'obtenir des informations sur la rémunération des dirigeants.

En effet, l'article R. 123-197 7^e du Code de commerce dispose que les personnes morales doivent mentionner dans l'annexe « *le montant des engagements pris en matière de pensions, compléments de retraite et indemnités assimilées en distinguant, d'une part, ceux qui ont fait l'objet de provisions et, d'autre part, ceux qui ont été contractés au profit de dirigeants* ».

L'article R. 123-198 du même Code précise que les personnes morales ne pouvant adopter une présentation simplifiée de leurs comptes (62) font également figurer dans l'annexe « *le montant des rémunérations allouées au titre de l'exercice aux membres des organes d'administration, de direction et de surveillance à raison de leurs fonctions : ces informations sont données de façon globale pour chacune des catégories ; elles peuvent ne pas être fournies lorsqu'elles permettent d'identifier la situation d'un membre déterminé de ces organes.* »

Il ressort de ce qui précède que l'information contenue dans l'annexe des comptes sociaux diffère de celle que tout actionnaire peut obtenir. En effet, l'annexe est relative aux seules rémunérations allouées aux dirigeants sociaux alors que le droit à la communication reconnu aux actionnaires concerne plus généralement les personnes les mieux payées dans l'entreprise.

B. Les obligations de transparence propres aux sociétés non cotées contrôlées par une société cotée

Les sociétés non cotées contrôlées, au sens de l'article L. 233-16 du Code de commerce, par une société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé sont soumises à des mesures de publicité renforcées qui viennent compléter les obligations de transparence imposées aux sociétés non cotées.

Ainsi, de la même manière que les sociétés cotées, ces sociétés doivent publier des informations relatives à la rémunération des dirigeants dans le rapport annuel de gestion (63).

Sur les obligations de transparence des sociétés cotées, il conviendra de se référer à l'article du présent dossier consacré aux « *Particularités*

du contrôle des rémunérations dans les sociétés anonymes cotées ».

L'organisation de la transparence dans les sociétés non cotées est donc limitée, la culture française attachée au secret des rémunérations demeure ainsi présente dans ce type de structure sociale. Cette faiblesse relative des obligations dont sont débitrices les sociétés non cotées en matière de rémunérations ne signifie pas pour autant qu'aucun contrôle ne peut être exercé sur le montant de celles-ci (III).

En définitive, dans les sociétés non cotées, les actionnaires majoritaires qui sont généralement également dirigeants sociaux disposent de l'ensemble de l'information utile puisque c'est très majoritairement eux qui fixent les rémunérations par le biais de leur représentant au sein des organes de direction. La préservation des intérêts des actionnaires minoritaires est donc loin d'être optimale ; l'information dont ils bénéficient est majoritairement globalisée et ne couvre pas l'ensemble des éléments composant le « package » de rémunération dont peut bénéficier un dirigeant social.

Ce qui est vrai des actionnaires minoritaires l'est encore plus des autres parties intéressées (salariés, créanciers sociaux). Il est désormais acquis que ces autres intervenants concourent à la détermination de la notion d'intérêt social et qu'ils ont donc un intérêt juridique reconnu et un intérêt économique incontestable à connaître, sinon à contrôler, le montant des rémunérations des dirigeants sociaux.

En effet, dans de nombreuses structures de taille moyenne ou petite, la rémunération du dirigeant social n'est rien d'autre qu'une répartition prioritaire des résultats sociaux. Le contrôle des décisions relatives à la fixation des rémunérations est donc essentiel.

On ne peut que constater que le législateur n'a pas encore pris le parti d'intervenir sur les modalités de fixation des rémunérations des dirigeants sociaux ou sur le montant même de ces rémunérations. Les actionnaires minoritaires comme les autres intervenants participant de l'intérêt social de l'entreprise sont donc contraints d'avoir recours au juge pour assurer une préservation de leurs intérêts. Ce recours n'intervient que postérieurement à la décision de fixation, il est donc nécessairement conflictuel.

III. Le contrôle de la rémunération excessive

Les instruments juridiques mis à la disposition des tribunaux pour sanctionner l'attribution d'une rémunération excessive (A) sont multiples et interviennent aussi bien dans le domaine civil, que dans le domaine pénal (B).

62) Les commerçants peuvent adopter une présentation simplifiée de leurs comptes annuels lorsqu'ils ne dépassent pas, à la clôture de l'exercice les seuils fixés par décret pour deux des critères suivants : le total du bilan, le montant net du chiffre d'affaires ou le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice.

63) Article L. 225-102-1 du Code de Commerce pour les SA et article L. 226-1 du Code de commerce pour les SCA.

64) P. Didier et Ph. Didier, Les sociétés commerciales, T. 2, Edition Economica, n°327.

65) Cass. com., 3 mars 1987, Bull. civ. IV, n°64.

66) Cass. com., 20 juin 1995, RJDA 8-9/1995 n°1048.

67) CA Paris., 26 juin 1998, RJDA 12/1998 n°1370.

68) Cass. crim., 13 décembre 1988, Bull. crim., n°429.

69) Cass. com., 15 juillet 1987, Bull. civ. IV n°194. Dans une espèce dans laquelle la rémunération visée portait atteinte au principe de libre révocabilité.

70) Cass. crim., 23 mars 1992 n° 90-82.295, Bull. Joly 1992 p. 933.

71) Cass. crim., 30 septembre 1991, RJDA 1/1992, n°44.

72) Cass. crim. 31 mai 2006 05-86.396.

73) Article 1844-10 alinéa 3 du Code civil.

74) Article 1382 du Code civil.

75) Cass. com., 18 avril 1961, Bull. civ. III n° 175.

A. La notion de rémunération excessive

Aucun texte ne donne une définition de ce qu'il faut entendre par « *rémunération excessive* » (64). La jurisprudence est venue suppléer à cette insuffisance des textes en posant deux critères utilisés pour qualifier le caractère excessif d'une rémunération.

Pour déterminer si une rémunération est excessive, les juges apprécient la rémunération versée aux dirigeants au regard de la situation économique de la société et des services effectifs rendus par le dirigeant concerné.

La situation économique de la société. - Les juges du fond considèrent qu'une rémunération est excessive notamment lorsque celle-ci constitue une charge trop importante pour la société et que par conséquent la société ne peut l'assumer.

La jurisprudence fait alors référence à de nombreux paramètres : les bénéfices réalisés (65), l'activité (66), l'importance du capital social (67), les liquidités de la trésorerie (68). Pour vérifier le caractère excessif de la rémunération, les juges du fond comparent également la rémunération avec la situation financière de la société (69) ou de ses capacités financières notamment.

On relèvera que ces décisions ne sont jamais rendues sur la base d'une expertise extérieure qui viendrait éclairer le juge sur le marché des sociétés comparables. Cette situation est sans doute dommage, cela permettrait notamment d'éviter des comparaisons trop directes que l'on rencontre encore dans certaines décisions des juges du fond, entre le montant d'une rémunération et le montant du capital social de la société concernée.

On pourra facilement admettre que les évolutions majeures des outils de composition du capital social comme de la réglementation qui lui est applicable (sociétés à 1 euro de capital social minimum notamment) ont fait perdre au capital social sa fonction de détermination de la taille ou de la santé financière de l'entreprise.

Les services effectifs et la qualité professionnelle du dirigeant social. - Le critère des « *services effectifs* » est très fréquemment utilisé par les tribunaux pour apprécier le caractère excessif d'une rémunération. Ils s'y réfèrent le plus souvent cumulativement avec celui de la situation économique de la société.

Pour considérer que ce critère est ou non satisfait, les juges du fond ont souvent recours à la méthode du faisceau d'indices. Ils s'appuient ainsi sur l'existence d'une contrepartie normale à la rémunération perçue mais également sur l'ampleur des tâches confiées au dirigeant ou à son expérience (70). Ils établissent également une comparaison

avec la taille de l'entreprise, le secteur d'activité, le travail effectivement fourni par le dirigeant (71) ou encore le résultat de sa gestion. Il a, par exemple, été jugé par la chambre criminelle de la Cour de Cassation le 31 mai 2006 (72) que « *les déclarations de l'expert-comptable de la société et les constatations des enquêteurs permettent de considérer que les rémunérations perçues étaient excessives pour au moins un tiers, compte tenu de l'activité fournie par leur bénéficiaire et des difficultés de la société.* »

La date d'appréciation du caractère excessif de la rémunération. - Lorsque le juge procède à cet examen, il se place à la date des versements de la rémunération pour apprécier son caractère excessif. En effet, la situation économique peut se dégrader entre la date de fixation de la rémunération et la date de son versement. Ainsi, une rente viagère peut être valablement supprimée par une société lorsqu'elle devient une charge excessive pour la société.

Dès lors qu'une rémunération est considérée comme excessive au regard de ces critères, de nombreux instruments juridiques permettent de sanctionner civilement et pénalement cet excès.

B. Les sanctions de la rémunération excessive

1. Les sanctions civiles de la rémunération excessive

Deux mécanismes juridiques permettent de sanctionner civilement l'attribution d'une rémunération excessive : l'abus de majorité et le principe de la révocabilité *ad nutum*.

L'abus de majorité. - L'abus de majorité permet aux actionnaires minoritaires de contester la décision d'un organe collégial (conseil d'administration, conseil de surveillance, assemblée générale des actionnaires). La résolution entachée d'abus est frappée de nullité (73) et la société peut obtenir la réparation du préjudice subi du fait de celle-ci (74).

La notion d'abus de majorité est régulièrement invoquée par les actionnaires minoritaires pour obtenir la remise en cause d'une résolution attribuant une rémunération considérée comme anormale. Ils doivent alors démontrer que la délibération litigieuse est « *contraire à l'intérêt général de la société* » et prise « *dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de ceux de la minorité* » (75).

Pour décider qu'une rémunération est contraire à l'intérêt social, la jurisprudence fait intervenir les critères précédemment mentionnés. La Cour de cassation attend des juges du fond une démonstration minutieuse et objective de

la contrariété de la décision à l'intérêt social (76). L'abus de majorité n'est ainsi que très rarement retenu lorsque la décision accordant une rémunération importante n'est en fait pas susceptible de causer un appauvrissement de la société ou ne l'empêche pas de réaliser des bénéfices (77).

La seule violation de l'intérêt social ne permet cependant pas d'obtenir l'annulation de la délibération litigieuse. Il faut également que la décision ait été prise uniquement pour favoriser les majoritaires au détriment des minoritaires. Faisant preuve là encore de rigueur, la Cour de cassation exige des minoritaires une preuve claire et objective de la rupture d'égalité.

Le principe de la révocabilité ad nutum. - L'article L. 225-47 du Code de commerce relatif au principe de la révocabilité ad nutum du président du conseil d'administration dispose en son alinéa 3 que « *le conseil d'administration peut le révoquer à tout moment. Toute décision contraire est réputée non écrite.* »

Une indemnité conventionnelle, une pension de retraite, un contrat de travail promis au dirigeant en cas de révocation peut s'avérer être incompatible avec le principe de la révocation ad nutum, dès lors que de telles promesses sont de nature à entraver le libre exercice du droit de révocation.

En se référant à ce principe, la jurisprudence a fait longtemps preuve d'une grande rigueur à l'égard de ces indemnités. Au terme d'une évolution jurisprudentielle, il y a désormais atteinte au principe de la libre révocabilité lorsque l'indemnité versée au dirigeant affecte l'exercice de cette liberté. Il revient aux juges du fond de déterminer si l'indemnité constitue un obstacle à la révocation du dirigeant. Pour ce faire, deux critères sont principalement utilisés : le montant de l'indemnité au regard des performances de la société et les circonstances dans laquelle celle-ci est due. Ainsi, une indemnité due « *pour toute révocation* » et « *pour quelque cause que ce fut* » pourra plus facilement être considérée comme portant atteinte au principe de la révocation ad nutum (78) qu'une indemnité applicable en cas de révocation sans juste motifs par exemple.

La nullité de l'engagement de verser une indemnité de départ est également étendue à l'ensemble des autres éléments de rémunération : l'engagement pris par le cessionnaire de maintenir le cédant en fonction (79), la convention par laquelle un contrat de travail lui serait consenti (80), la convention prévoyant le versement d'une indemnité de départ importante en cas de révocation avant l'expiration d'un délai de sept ans (81).

Les conventions d'indemnité versées aux dirigeants lors de leur révocation sont valables tant qu'elles ne

présentent pas un caractère dissuasif et ne portent pas atteinte à leur libre révocabilité (82).

Ainsi, ne fait pas obstacle à la libre révocabilité, l'indemnité contractuelle venant compenser les droits acquis par un salarié devenu dirigeant social dans le cadre de ses fonctions salariées lors de la révocation de son mandat social (83).

2. Les sanctions pénales de la rémunération excessive

Dans les situations les plus graves, l'attribution d'une rémunération excessive peut recevoir une qualification pénale sous le chef d'abus de biens sociaux ou d'abus de pouvoir.

L'abus de biens sociaux. - Puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros, le délit d'abus de biens sociaux permet de sanctionner le dirigeant social qui fait, « *de mauvaise foi, un usage des biens ou du crédit de la société qu'il sait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il est intéressé directement ou indirectement* » (84).

Pour caractériser un tel délit, la jurisprudence criminelle a recours aux critères décrits ci-dessus : la situation économique et les performances de la société ainsi que la compétence et le travail effectivement fourni par le dirigeant. A ainsi été condamné pour abus de biens sociaux le dirigeant de fait d'une société dont la rémunération représentait presque le tiers de la marge bénéficiaire brute de la société et la moitié des frais généraux (85) ou encore le dirigeant d'une société connaissant de graves difficultés, dont la rémunération variait en fonction du chiffre d'affaires et qui émettait des factures fictives de manière à augmenter artificiellement le chiffre d'affaires et donc sa rémunération (86).

En matière pénale, c'est clairement la situation financière difficile voire désespérée de la société qui est l'élément essentiel de comparaison utilisé par les juges. Dans un arrêt du 20 juin 2007 (87), la chambre criminelle a relevé par exemple que la « *rémunération était d'autant plus abusive sur ces périodes que les pertes de la société Humuland en 1997 atteignaient les 4 millions de francs.* ». Il a également été jugé que « *la perception d'une rémunération exorbitante par le prévenu tandis que la société subissait des pertes très importantes, connues du gérant, est constitutive du délit reproché* (abus de biens sociaux) (88) ». Il s'agit également du cas dans lequel un dirigeant s'est attribué une « *rémunération mensuelle excessive compte tenu des difficultés financières de la société et de l'insuffisance du travail fourni* » (89).

Le second argument important retenu par les juridictions pénales est la disproportion entre

76) Cass. com., 4 octobre 2011 n° 10-23.398, *RJDA* 12/11 n°1036.

77) Chronique « Abus de majorité et rémunération du dirigeant », S. Andjehairi et Y. Serra *RJDA* 6/12, p. 511.

78) Cass. com., 26 mai 2004 *JCP E*, N°38, 1344, comm. A. Viandier.

79) Cass. com., 5 février 1974, *Bull. civ.* IV n°51 p. 40.

80) Cass. com., 26 janvier 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 657 n°145, Th. Granier ; *JCP E* 1999 p. 1239 A. Viandier et J.-J. Caussain.

81) Cass. com., 4 juin 1996, *RJDA* 2/97 n°224 p.1189.

82) Cass. com. 19 avril 2005, *Bull. Joly Sociétés* 2005. 1233, note Favario.

83) Cass. com. 16 janvier 1990, *Bull. Joly* 1990, 277.

84) Article L.242-6 3 du Code de commerce.

85) Cass. crim., 13 décembre 1988, *Rev. soc* p. 257, note Bouloc.

86) Cass. crim., 22 sept. 2004, *Rev. soc* 2005, p. 200, note B. Bouloc.

87) Cass. crim. 20 juin 2007, *Dr. sociétés* 2007, no 204, note R. Salomon.

88) Cass. crim., 29 septembre 1999, n°98-83.204.

89) Cass. Crim. 21 octobre 2009 *RJDA* 4/10 n°393.

90) Cass. crim. 14 mai 2003, 01-88.262.

91) Cass. Crim. 30 juin 2010, *RTD Com* 2010 p.748.

92) Cass. crim., 22 sept. 2004, *Rev. soc* 2005, p. 200, note B. Bouloc.

93) Cass. crim., 22 sept. 2004, *Rev. soc* 2005, p. 200, note B. Bouloc.

94) CA Versailles., 19 mai 2011, *BJS* Juillet 2011, p. 597 note B. Dondero ; *Rev. soc* 2012, p. 99, note P. Le Cannu ; *RTD. Com.* 2011, p. 367, obs. P. Le Cannu et B. Dondero.

95) Cass. crim., 16 mai 2012, (n° FS-PB), *BJS* Juillet 2012, p. 579, B. Dondero.

96) Consultation sur la rémunération des dirigeants d'entreprise www.tresor.economie.gouv.fr.

le service rendu et la rémunération perçue. Par exemple, la chambre criminelle a relevé dans une espèce que « *le délit d'abus de biens sociaux est caractérisé dès lors que le versement d'un salaire à un employé d'une société ne correspondant pas à travail effectivement fourni par lui, est contraire à l'intérêt social à défaut d'une complète contrepartie (90)* ».

C'est la même analyse qui a permis la remise en cause d'un « *welcome bonus* ». Certaines sociétés attribuent en effet une prime d'arrivée à leur nouveau dirigeant. Cette pratique n'est pas couverte par un régime légal spécifique mais elle constitue un élément de rémunération du dirigeant. Cette prime n'a pas pour objet de rémunérer des services rendus par le dirigeant au sein de la société puisque ce dernier entre à peine en fonctions au moment du versement mais vient plutôt gratifier le dirigeant concerné pour avoir accepté ses nouvelles fonctions au sein de la société.

Dans un arrêt du 30 juin 2010, la chambre criminelle de la Cour de cassation (91) a considéré que cette prime d'arrivée constituait un abus de bien social. En l'espèce, il s'agissait du président d'une SASU qui été également l'associé unique de cette structure et qui avait décidé de se verser à lui-même une prime d'arrivée. Cette prime consistait en un paiement immédiat d'une somme en numéraire qui devait être complétée par une prime fonction du résultat futur de la SASU. A cet égard, la Cour d'appel et la Cour de Cassation ont considéré que la partie de la prime versée immédiatement constituait un abus de bien social.

En l'espèce, les juridictions ont retenu comme critère unique l'absence de services rendus par le dirigeant en contrepartie du versement de cette prime de bienvenue. Cette logique exclusive et qui ne retient pas la comparaison avec la situation financière de la société pourrait conduire à ce que tous les « *welcome bonus* » connaissent un sort identique en cas de contentieux.

Pour être déclaré coupable, le dirigeant doit avoir agi de mauvaise foi. Cette mauvaise foi requiert que le prévenu ait eu conscience du caractère contraire à l'intérêt de la société de l'acte reproché (92). Il importe donc peu notamment que le conseil d'administration ait approuvé cette rémunération (93).

L'abus de pouvoir et des voix. - L'abus de pouvoir est une infraction réprimée par l'article L. 242-6 4° du Code de commerce. Punie de la même manière que l'abus de biens sociaux, elle consiste, de la part des dirigeants, à « *faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement* ».

Si la qualification d'abus de pouvoir est bien moins souvent utilisée que celle d'abus de biens sociaux, elle peut néanmoins s'avérer particulièrement efficace. En effet, à la différence de l'abus de biens sociaux, une telle qualification n'implique l'existence d'une décision de gestion par le dirigeant social. La définition impose que le dirigeant social ait pris une décision contraire à l'intérêt social.

Or, comme il a été décrit ci-dessus, la fixation de la rémunération procède majoritairement de décisions collectives d'un organe de direction et non d'une décision unilatérale du dirigeant. L'abus de pouvoir et des voix permet d'échapper à cette difficulté en se fondant sur l'utilisation des pouvoirs ayant permis au dirigeant d'atteindre son objectif réel, à savoir la fixation de sa rémunération.

Ainsi, la Cour d'appel de Versailles (94), dans une décision depuis confirmée par la Cour de cassation (95), a condamné l'ancien président directeur général du groupe Vinci du chef d'abus des pouvoirs pour avoir modifié la composition du comité des rémunérations de la société et lui avoir ainsi permis de se faire attribuer, par le conseil d'administration, une rémunération entièrement variable et dé plafonnée, considérée comme excessive.

Une réflexion est actuellement menée par les pouvoirs publics afin d'encadrer plus efficacement les rémunérations excessives. Le Trésor public a lancé une consultation publique sur la rémunération des dirigeants d'entreprises qui porte sur trois thèmes majeurs : (i) le cadre applicable aux différentes formes de rémunération des dirigeants, (ii) les règles de gouvernance relatives à la fixation de la rémunération des dirigeants et (iii) les autres dispositions concernant la gouvernance d'entreprise et non expressément liées à la rémunération des dirigeants (96).

Cette consultation s'inscrit dans le cadre de l'annonce du dépôt par le gouvernement à l'automne d'un projet de loi relatif à l'encadrement des pratiques de rémunération et à la modernisation de la gouvernance des entreprises. L'une des questions posée dans cette consultation est celle de savoir si ce projet de loi doit également viser les sociétés non cotées ou uniquement les sociétés cotées ainsi que celles dépassant une certaine taille.

Le débat public qui se manifeste particulièrement dans les sociétés cotées n'est donc pas nécessairement circonscrit à ces sociétés. Les pouvoirs publics et le législateur pourraient donc intervenir afin de ne pas laisser aux seuls juges la mission de contrôle des rémunérations des dirigeants des sociétés non cotées.