

« POINTS DE VUE DYNAMIQUES SUR LA RÉMUNÉRATION DES DIRIGEANTS »

Par Isabelle GROSSI

Maître de conférences à l'université d'Aix-Marseille

© Isabelle Grossi 19 octobre 2020



INTRODUCTION

QUELS DIRIGEANTS ?

④ Notion de dirigeants, de mandataires sociaux (qualification exclue par C. com., 18 sept. 2019, n°16-26962, BJS 2020, n°120j9, p. 11, note D. Poracchia), de dirigeants mandataires sociaux exécutifs, dirigeants mandataires sociaux non exécutifs, de mandataires sociaux non exécutifs (code AFEP-MEDEF)

④ Les gérants

④ Les dirigeants de SA

④ Les administrateurs :

***Cass. com., 31 mai 2011, n° 09-13.975, BRDA 11/11, inf. 8**

④ Les membres du conseil de surveillance ?

*Visés par notre dispositif d'encadrement de la rémunération des mandataires sociaux de sociétés cotées, ord. n°2019-1234, 27 nov. 2019

*Exclus de la catégorie par la jurisprudence : **Cass. com., 8 janv. 2020, n°18-23991, D. 2020, p. 640, note T. Favario**

④ Les dirigeants de SAS

***CA Paris, 20 juin 2013, n°13/03892, RJDA 7/14, n°647**

***CA Paris, 23 février 2016, n°14/24308, RJDA 6/16, n°453**



INTRODUCTION

QUELLES RÉMUNÉRATIONS ?

- ① Une rémunération pas systématique (attention cependant à la responsabilité même en présence de la gratuité des fonctions)
- ① La rémunération principale (fixe, variable)
- ① Avantages annexes et supplément de rémunération :
 - ❖ Indemnités d'entrée, indemnités différées
 - ❖ Accès au capital (actions gratuites, option d'achat ou de souscription d'actions)



INTRODUCTION

QUELLE ACTUALITÉ TEXTUELLE ?

La loi Pacte

🕒 **Suppression de la notion de jetons de présence pour les administrateurs**

❖ **Article L. 225-45 C. com. :**

« L'assemblée générale peut allouer aux administrateurs en rémunération de leur activité une somme fixe annuelle que cette assemblée détermine sans être liée par des dispositions statutaires ou des décisions antérieures. Le montant de celle-ci est porté aux charges d'exploitation. Sa répartition entre les administrateurs est déterminée par le conseil d'administration. Dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, cette répartition est déterminée dans les conditions prévues à l'article L. 225-37-2.

Lorsque le conseil d'administration n'est pas composé conformément au premier alinéa de l'article L. 225-18-1, le versement de la rémunération prévue au premier alinéa du présent article est suspendu. Le versement est rétabli lorsque la composition du conseil d'administration devient régulière, incluant l'arriéré depuis la suspension ».

❖ **BSPCE en faveur des administrateurs et des SAS (C. com., art. L. 225-44 et L. 225-85 ; CGI, art. 163 bis G)**



QUELLE ACTUALITÉ TEXTUELLE ?

La loi Pacte

Ⓜ Rémunération des dirigeants de sociétés en crise

Ⓜ **Nouvel article L. 631-11 C. com. :**

« La rémunération afférente aux fonctions exercées par le débiteur, s'il est une personne physique, ou les dirigeants de la personne morale est maintenue en l'état, au jour de l'ouverture de la procédure, sauf décision contraire du juge-commissaire saisi sur demande de l'administrateur judiciaire, du mandataire judiciaire ou du ministère public.

En l'absence de rémunération, les personnes mentionnées à l'alinéa précédent peuvent obtenir sur l'actif, pour eux et leur famille, des subsides fixés par le juge-commissaire. Lorsque le débiteur est un entrepreneur individuel à responsabilité limitée, le juge-commissaire tient compte des revenus éventuellement perçus au titre des patrimoines non visés par la procédure ».



INTRODUCTION

QUELLE ACTUALITÉ TEXTUELLE ?

Ordonnances et décrets

- ④ **Transposition de la directive (UE) n° 2017/828 du 17 mai 2017**, envisagée par la loi PACTE
- ④ **Réalisée par l'ord. n°2019-1234 du 27 novembre 2019** relative à la rémunération des mandataires sociaux des sociétés cotées
- ④ **Et le D. n°2019-1235 du 27 novembre 2019** portant transposition de la directive 2017/828 du 17 mai 2017 modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires
- ④ **Qu'en est-il des dispositions Covid-19 (ord. n°2020-318, 25 mars 2020 ; ord. n°2020-321, 25 mars 2020 et D. n°2020-925, 29 juillet 2020) ?**
- ④ **Ord. n°2020-1142 du 16 septembre 2020** portant création, au sein du code de commerce, d'un chapitre relatif aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation





1 . QUI DÉTERMINE LA RÉMUNÉRATION DES DIRIGEANTS SOCIAUX ?

1.1 ZOOM SUR LES SOCIÉTÉS DONT LES ACTIONS SONT ADMISES SUR UN MARCHÉ RÉGLEMENTÉ

- ④ **L. 225-37-2, L. 225-82-2 ou L. 226-8-1 du Code de commerce** (abrogés par Ord. n°2020-1142 du 16 septembre 2020 - art. 3 et 4)
- ④ **L. Sapin 2 du 9 décembre 2016**
 - ④ « soumission, à l'époque, lorsque la société est cotée, des principes et critères de détermination, répartition et d'attribution de la rémunération totale (part fixe, variable et exceptionnelle) et des avantages de toute nature promis dès 2017 à un vote d'approbation de l'assemblée générale (règle du say on pay obligatoire).
- ④ **Ord. n°2019-1234, 27 novembre 2019, complétée D. n°2019-1235, 27 novembre 2019**
 - ④ les textes distinguent, tout en conservant le double vote ex ante et ex post, l'établissement, l'adoption et l'approbation de la « politique de rémunération » des mandataires sociaux.

GRANDES LIGNES DE LA PROCÉDURE DU SAY ON PAY

Le vote ex ante

- ④ **Le conseil d'administration, le conseil de surveillance ou les associés commandités**, selon le cas, établit une politique de rémunération des mandataires sociaux. Elle décrit toutes les composantes de la rémunération fixe et variable et explique le processus de décision suivi pour sa détermination, sa révision et sa mise en œuvre. Elle est présentée, de façon claire et compréhensible au sein du rapport sur le gouvernement d'entreprise ;
- ④ **Vote ex ante** : la politique de rémunération ainsi arrêtée doit ensuite faire l'objet d'une procédure d'adoption par les actionnaires (projet de résolution soumis à l'approbation de l'assemblée générale des actionnaires chaque année et lors de chaque modification importante).
- ④ **Vote contraignant**
- ④ **Vote désormais exclusif de la procédure des conventions réglementées et des « supers conventions réglementées »**
- ④ **Aucun élément de rémunération, aucune indemnité ou avantage, ne peut être déterminé, attribué ou versé** par la société s'il n'est pas conforme à la politique de rémunération approuvée ou, en son absence, aux rémunérations ou aux pratiques existant au sein de la société.
- ④ **Tout versement, attribution ou engagement effectué au mépris de cette politique est nul (sauf dérogations).**
- ④ **Ces éléments de rémunération ou engagements sont déterminés, attribués, ou pris par délibération du conseil d'administration**

GRANDES LIGNES DE LA PROCÉDURE DU SAY ON PAY

Le vote ex post

- ④ **Vote ex post** : les actionnaires approuvent les rémunérations attribuées ou perçues au cours de l'exercice clos (C. com., art. L. 225-100, II et III). Ce vote se divise désormais en deux volets (avant seul le second volet était prévu) :
 - ❖ D'une part, le vote va porter sur les informations relatives aux rémunérations de l'ensemble des mandataires sociaux : ces informations (11 items, par ex. les nouveaux ratios entre le niveau de rémunération des dirigeants et de rémunération moyenne et médiane des salariés intégrés par la loi PACTE du 22 mai 2019) sont présentées dans le rapport sur le gouvernement d'entreprise, elles sont mises gratuitement à la disposition du public.
 - * Lorsque l'assemblée générale ordinaire n'approuve pas le projet de résolution, le conseil soumet une politique de rémunération révisée, tenant compte du vote des actionnaires, à la prochaine assemblée. Le versement de la somme allouée pour l'exercice en cours est suspendu jusqu'à l'approbation de la politique de rémunération révisée.
 - * Si l'assemblée générale n'approuve toujours pas le projet de résolution révisé, la somme suspendue ne peut être versée.
 - ❖ D'autre part, l'assemblée générale statue sur les rémunérations individuelles de chaque mandataire social (éléments fixes, variables et exceptionnels composant la rémunération totale et les avantages de toute nature versés ou attribués au cours de l'exercice écoulé par des résolutions distinctes pour chaque mandataire social). En cas de rejet de la résolution, les éléments fixes de la rémunération restent acquis à ces dirigeants, mais les éléments de rémunération variables ou exceptionnels ne peuvent pas leur être versés.

PROCEDURE NOUVELLE DU SAY ON PAY

L'essentiel à retenir

L'essentiel à retenir

L'ordonnance maintient l'économie générale du système telle que résultant de la loi Sapin 2 avec un vote *ex ante* en N-1 et un vote *ex post* en N.

Le vote *ex ante* porte désormais sur une politique de rémunération des mandataires sociaux, notion plus englobante que les anciens principes et critères.

La répartition des rémunérations entre les membres des conseils d'administration et des conseils de surveillance doit désormais être approuvée par l'assemblée générale.

Aucun élément de rémunération ne peut être versé s'il n'est pas conforme à la politique de rémunération. Toute rémunération versée ou tout engagement pris en infraction à la politique de rémunération est nul.

Le vote *ex post* porte d'abord sur un projet de résolution relatif aux informations concernant l'ensemble des rémunérations de l'exercice écoulé. En cas de refus d'approbation du projet, le conseil d'administration ou le conseil de surveillance doit soumettre une politique de rémunération révisée. Ensuite l'assemblée doit voter sur les rémunérations individuelles de chaque dirigeant, hors les administrateurs et les membres du conseil de surveillance.

La procédure d'approbation est désormais exclusive de la procédure des conventions réglementées.

Un régime spécifique aux SCA est mis en place par l'ordonnance.

Les indemnités correspondant à une clause de non-concurrence ne peuvent être versées dans le cas où le dirigeant bénéficiaire demande à faire valoir ses droits à la retraite.

A. Couret, La rémunération des mandataires sociaux des sociétés cotées, Ord. n°2019-1234, 27 nov. 2019 - D. n°2019-1235, 27 nov. 2019, JCP E 2019, 1561 (extrait)

1.2 LA DÉTERMINATION DE LA RÉMUNÉRATION DANS LES SARL

- ④ **Aucune prévision textuelle**
- ④ **Principes jurisprudentiels**
- ④ **Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-22.337 : Rev. sociétés 2013, p. 104, note A. Couret** : la décision fixant la rémunération du gérant associé unique d'une entreprise à responsabilité limitée doit être répertoriée dans le registre prévu au troisième alinéa de l'article L. 223-31 du Code de commerce et une telle décision, prise en violation de cette disposition, peut être annulée à la demande de tout intéressé »
- ④ **Cass. com., 9 janv. 2019, n° 17-18.864, Dr. sociétés avril 2019, comm. 67, J. Heinich** : la rémunération du gérant d'EURL peut être perçue par celui-ci avant la formalisation de la décision par l'associé unique dès lors qu'elle a été déterminée conformément aux prévisions statutaires
- ④ **Cass. com., 4 mai 2010, n° 09-13.205, P+B+R+I, Dalloz Actua, 6 mai 2010, obs. A. Lienhard** : la détermination de la rémunération du gérant par l'assemblée des associés ne procédant pas d'une convention, le gérant peut, s'il est associé, prendre part au vote,
- ④ **Cass. com., 25 sept. 2012, n°11-22.754, Dalloz Actua, 3 oct. 2012, obs. A. Lienhard** : la rémunération du gérant doit être déterminée soit par les statuts, soit par une décision de la collectivité des associés
- ④ **Cass. com., 18 déc. 2019, n° 18-13.850** : en l'absence de précision statutaire sur la question de savoir si la décision de verser une rémunération au gérant devait intervenir pour l'exercice comptable futur ou pour celui qui se terminait, les statuts permettaient qu'elle ait lieu soit a priori, soit a posteriori
- ④ **La décision relative à la rémunération peut être prise a posteriori**, dès lors que les prévisions statutaires sont respectées (SARL, comme EURL)

1.3 LA DÉTERMINATION DE LA RÉMUNÉRATION DANS LES SAS

④ Aucune prévision textuelle

④ Principes jurisprudentiels

④ **Cass. com., 4 nov. 2014, n°13-24.889, RJDA 3/15, n°200** : « qu'il résultait des statuts de la société Casadelmar que la rémunération de son président devait être fixée par une décision collective des associés prise à la majorité simple, la cour d'appel en a exactement déduit, sans avoir à faire d'autre recherche, que la société Grand Sud n'était pas fondée à se prévaloir de l'inobservation des dispositions de l'article L. 227-10 du code de commerce »

④ **Cass. com., 17 décembre 2013, n°12-27.213, BRDA 3/14, inf. 4** : « la décision des organes sociaux légalement ou statutairement compétents de refuser, contrairement aux statuts, tout droit à rémunération au président d'une société par actions simplifiée n'a pas pour effet de les dessaisir au profit du juge, qui ne peut se substituer à eux pour fixer cette rémunération ; qu'après avoir retenu que la décision du 1er février 2010 était régulière et ne comportait aucun abus, la cour d'appel a exactement déduit qu'elle ne pouvait la modifier en se substituant à la société Nexity, associée unique et statutairement compétente »



2 . QUELS RISQUES ?

2.1 RISQUE DE REMISE EN CAUSE DE LA RÉMUNÉRATION

Le cas de la rémunération principale

SARL et EURL

Ⓜ Risques liés à une formalisation a posteriori

- Ⓜ Les associés et la société ne peuvent pas remettre en cause les rémunérations versées au dirigeant et valablement approuvées a posteriori (**Cass. com., 9 janv. 2019, n° 17-18.864 ; Cass. com., 18 déc. 2019, n° 18-13.850**)
- Ⓜ Toutefois, le dirigeant qui décide de se verser des rémunérations sans décision préalable des associés court le risque de ne pas voir sa rémunération validée a posteriori (même si le risque est plus limité dans une EURL ou dans une SARL lorsque le gérant est majoritaire). Ce risque peut se réaliser lorsque le gérant n'est pas l'associé unique, mais aussi lorsque le gérant est l'associé unique et cède ses parts avant la fin de l'exercice, ou encore si la société subit une procédure collective.
- Ⓜ Il paraît plus prudent pour le gérant de bénéficier d'une décision antérieure au versement des rémunérations pour sécuriser sa situation, quitte à faire approuver le cas échéant à l'issue de l'exercice un complément de rémunération.
- Ⓜ À tout le moins, lorsque le gérant envisage la cession de ses parts, il devrait s'assurer auparavant de la validation par la collectivité des associés (ou par décision de l'associé unique inscrite au registre s'il s'agit d'une EURL) de l'ensemble des rémunérations perçues.

2.1 RISQUE DE REMISE EN CAUSE DE LA RÉMUNÉRATION

Le cas de la rémunération principale

EURL

Ⓜ Risques liés à l'absence de mention au registre

- ❖ **Cass. com., 9 janv. 2019, n° 17-18.864** : en application de l'article L. 223-31 du Code de commerce, le juge a la faculté de ne pas prononcer l'annulation de décisions de l'associé unique malgré leur irrégularité découlant de l'absence de mention au registre.
- ❖ Reconnaissance d'un pouvoir d'appréciation au juge sur l'opportunité de la sanction

2.1 RISQUE DE REMISE EN CAUSE DE LA RÉMUNÉRATION

Le cas des rémunérations adoptées par l'assemblée

Ⓜ Risque lié à l'abus de majorité

- **Cass. com., 15 janv. 2020, n°18-11580, LPA 12 juin 2020, n° 153u5, p. 1, note J. Gasbaoui et J.-N. Stoffel** : « qu'en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à exclure que cette décision ait été prise contrairement à l'intérêt social et dans l'unique but de favoriser les intérêts des deux associés cogérants, dès lors que les consorts P. faisaient valoir que la rémunération moyenne par gérant était passée de 28 000 € à près de 105 000 € après le décès de M. P., que le résultat net comptable était passé de 164 374 € à 375 €, sans politique d'investissement corrélative et en mettant fin à la politique habituelle de distribution d'importants dividendes qui s'élevaient à près de 165 000 € pour l'exercice précédent, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »

2.1 RISQUE DE REMISE EN CAUSE DE LA RÉMUNÉRATION

Le cas des rémunérations des sociétés cotées

Vote ex ante

Ⓜ Risque de nullité

- **Vote ex ante : art. L. 225-37-2, III C. com. :**

« Aucun élément de rémunération, de quelque nature que ce soit, ne peut être déterminé, attribué ou versé par la société, ni aucun engagement correspondant à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la prise, de la cessation ou du changement de leurs fonctions ou postérieurement à l'exercice de celles-ci, ne peut être pris par la société s'il n'est pas conforme à la politique de rémunération approuvée ou, en son absence, aux rémunérations ou aux pratiques mentionnées au dernier alinéa du II.

Toutefois, en cas de circonstances exceptionnelles, le conseil d'administration peut déroger à l'application de la politique de rémunération si cette dérogation est temporaire, conforme à l'intérêt social et nécessaire pour garantir la pérennité ou la viabilité de la société.

Tout versement, attribution ou engagement effectué ou pris en méconnaissance des dispositions du présent III est nul dans cette mesure ».

- Il semblerait que cette nullité soit d'ordre public, mais ne puisse être invoquée que par la société ou l'actionnaire, V. en ce sens, Couret A., « La rémunération des mandataires sociaux des sociétés cotées, Ord. n° 2019-1234, 27 nov. 2019 - D. n° 2019-1235, 27 nov. 2019 », JCP E 2019, 1561, spéc. n° 39

2.1 RISQUE DE REMISE EN CAUSE DE LA RÉMUNÉRATION

Le cas des rémunérations des sociétés cotées

Vote ex post

📌 Article L225-100, II C. com. modifié par Ordonnance n°2019-1234 du 27 novembre 2019 - art. 1

« Dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, l'assemblée générale ordinaire statue sur un projet de résolution portant sur les informations mentionnées au I de l'article L. 225-37-3.

Lorsque l'assemblée générale ordinaire n'approuve pas le projet de résolution mentionné à l'alinéa précédent, le conseil d'administration ou le conseil de surveillance soumet une politique de rémunération révisée, tenant compte du vote des actionnaires, à l'approbation de la prochaine assemblée générale. Le versement de la somme allouée pour l'exercice en cours en application du premier alinéa de l'article L. 225-45 ou du premier alinéa de l'article L. 225-83 est suspendu jusqu'à l'approbation de la politique de rémunération révisée. Lorsqu'il est rétabli, il inclut l'arriéré depuis la dernière assemblée générale. Lorsque l'assemblée générale n'approuve pas le projet de résolution présentant la politique de rémunération révisée en application du précédent alinéa, la somme suspendue ne peut être versée, et les mêmes effets que ceux associés à la désapprobation du projet de résolution mentionné au premier alinéa s'appliquent ».

📌 Article L 225-100, III C. com. modifié par Ordonnance n°2019-1234 du 27 novembre 2019 - art. 1

« (...) Les éléments de rémunération variables ou exceptionnels attribués au titre de l'exercice écoulé au président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, au directeur général, aux directeurs généraux délégués, au président du directoire, aux autres membres du directoire ou au directeur général unique, ne peuvent être versés qu'après approbation par une assemblée générale des éléments de rémunération de la personne concernée dans les conditions prévues à l'alinéa précédent ».

2.1 RISQUE DE REMISE EN CAUSE DE LA RÉMUNÉRATION

Les rémunérations différées des sociétés non cotées

Ⓜ Nullité pour irrespect de la procédure a priori des conventions réglementées

- Ⓜ Cass. com., 26 nov. 2013, n°12-25.004, BJS 2014 n° 3, p. 169, note M. Roussille : la stipulation d'une lettre d'engagement qui rend automatiquement débitrice la société, en cas de cessation des fonctions de son directeur général, d'une indemnité s'élevant à une année de rémunération constitue une convention réglementée ayant des conséquences dommageables pour la société

Ⓜ Nullité pour fraude

- Ⓜ Cass. com., 5 janv. 2016, F-P+B, n° 14-18.688

Ⓜ Nullité pour violation du principe de libre révocabilité

- Ⓜ Cass. com., 26 mai 2004, n° 01-03.569 : BJS nov. 2004, n° 279, p. 1397, note B. Saintourens

2.1 RISQUE DE REMISE EN CAUSE DE LA RÉMUNÉRATION

Le cas des conventions de *management*

🕒 Nullité pour absence de cause ou contrepartie

- ❖ Lorsque, dépourvues de contrepartie réelle, les conventions de management ont pour objet de déléguer tout ou partie et à titre onéreux les fonctions de dirigeant.
- ❖ En revanche, en matière de SAS, les juges semblent plus cléments.

🕒 C'est ainsi que la Cour de cassation

- ❖ a validé une convention de management conclue par la SAS (convention dite « de mandat social »), dans la mesure où ses statuts ne faisaient pas obstacle à ce qu'elle confie sa direction à un tiers par une convention de prestation de services : **Cass. com., 24 nov. 2015, n° 14-19685 : BJS mars 2016, n° 114t0, p. 137, note P. Le Cannu ;**
- ❖ a donné raison à une cour d'appel (alors que l'annulation des conventions de management n'était pas sollicitée) qui avait relevé que les conventions portant sur des prestations de management directorial et commercial ne recouvraient pas l'ensemble des fonctions de direction générale, et a donc pu retenir que les sommes versées en exécution des contrats ne correspondaient pas à la rémunération d'un mandat social : **Cass. com., 6 déc. 2016, n° 15-11105 : BJS mars 2017, n° 116d3, p. 177, note A. Reygrobellet**

🕒 Absence de cause ou de contrepartie, preuve

- ❖ **Cass. com., 5 juin 2019, n°17-26167, BJS oct. 2019, n°120d5, p. 11, note A. Reygrobellet** : la charge de la preuve, qu'une convention de management fees est dépourvue de cause, incombe à la société bénéficiaire des prestations prétendant qu'elle fait double emploi avec le mandat du dirigeant. Cette preuve n'est pas rapportée par la seule comparaison entre, d'un côté, le montant des sommes versées pour la rémunération du mandataire social ainsi que des coûts des personnels administratifs et, d'un autre côté, le montant des redevances annuelles versées à la société prestataire

2.2 RISQUE DE RESPONSABILITÉS

Un risque de responsabilité civile

Ⓜ Responsabilité à l'égard de la société et des associés

- ❖ **Cass. com., 3 déc. 2013, n°12-19.881** : une rémunération excessive peut constituer une faute de gestion (ici, le dirigeant avait « fait supporter » à la société, au titre de ses salaires et avantages en nature, des sommes beaucoup trop importantes au regard de la faible marge qu'elle réalisait

Le fait de recevoir des rémunérations excessives, alors même qu'elles ont été décidées par d'autres, et de manière parfaitement conforme au processus de prise de décision, peut donc être constitutif d'une faute de gestion.

- ❖ Apparaît ainsi un devoir fait au dirigeant de refuser des rémunérations trop élevées pour la société lorsque celle-ci traverse une période difficile.

Ⓜ Responsabilité à l'égard des tiers

- ❖ **Cass. com., 18 sept. 2019, n°16-26.962, BJS janv. 2020, n°120j9, p. 11** : en cas de faute pénale intentionnelle (abus de biens sociaux, par ex.), cette dernière est par essence détachable de ses fonctions, même si elle est commise dans le cadre de celles-ci

2.2 RISQUE DE RESPONSABILITÉS

Qui peut agir ? Question des groupes de sociétés

Ⓜ A l'encontre d'un dirigeant de fait

- ❖ **Cass. com., 29 mars 2017, n°16-10.016** : « si l'action sociale en responsabilité ne peut être exercée que contre les dirigeants de droit d'une société par actions simplifiée, celle-ci peut agir en responsabilité contre son gérant de fait, soit directement par ses représentants légaux, soit par l'intermédiaire d'un mandataire ad hoc dont la désignation peut être demandée en justice par un actionnaire »

Ⓜ Dans les groupes

- ❖ **Cass. com., 13 mars 2019, n° 17-22.128, BJS juin 2019, n°119u7, p. 10, note A. Gaudemet** : la seule action ut singuli envisageable est celle de l'associé d'une société à l'endroit du dirigeant de celle-ci. A contrario, l'actionnaire d'une SA mère ne peut engager la responsabilité d'un dirigeant de la société fille, les conditions de l'article L. 225-252 du Code de commerce n'étant pas remplies : « les dispositions de l'article L. 225-252 du Code de commerce n'autorisent les actionnaires à exercer l'action sociale ut singuli qu'à l'encontre des dirigeants de droit de la société dont ils sont actionnaires »

2.2 RISQUE DE RESPONSABILITÉS

Un risque de responsabilité pénale

La rémunération perçue par le dirigeant est susceptible de constituer :

④ Un abus de bien social (C. com., art. L. 242-6, 3°, par ex. pour les SA)

- ❖ Lorsque la rémunération est prélevée sans autorisation de l'organe social compétent : **Cass. crim., 21 mai 1984, n° 83-93.179**
- ❖ Lorsque la rémunération est excessive : ce n'est pas l'irrégularité qui est fautive mais l'excès dans la rémunération, v. par ex., **Cass. crim., 12 déc. 1994, n° 94-80.155, BJS mai 1995, n° 150, p. 427**
- ❖ Sanctionnant l'auto-rémunération subreptice comme un abus de biens : **Cass. crim., 20 déc. 2017, n°16-83.617, Dr. sociétés 2018, comm. 36, obs. R. Salomon**, condamnant pour abus de biens le directeur général et le président du conseil d'administration qui avaient contourné les règles légales de contrôle en présentant faussement une rémunération anormale comme une convention courante et conclue à des conditions normales
- ❖ Sanctionnant pénalement les stratégies d'auto-rémunération assorties d'un contournement des règles applicables au contrôle : **Cass. crim., 22 mars 2017, n°15-84.229, Rev. sociétés 2017, p. 591, note B. Bouloc**, condamnant pour abus de biens sociaux le directeur général d'une société coopérative qui s'était octroyé une prime non prévue par les statuts, sans la soumettre à l'autorisation du conseil d'administration ; refusant de retenir une faute de la société qui aurait pu conduire à une diminution des dommages-intérêts mis à la charge du prévenu
- ❖ **Cass. crim., 25 sept. 2019, n°18-83.113, P+B+I, BJS janv. 2020, n° 120k1, p. 25, note Jean-François Barbiéri** : commet un abus de biens sociaux le dirigeant d'une SAS, dont les statuts prévoyaient qu'elle était régie par les règles applicables aux SA, qui s'est délibérément abstenu de soumettre à l'approbation préalable du conseil de surveillance son intégration dans le plan de sauvegarde pour l'emploi et l'avance qu'il avait perçue sur son indemnité de départ, dispositifs mis en place par la société et qui correspondaient à des conventions réglementées.

2.2 RISQUE DE RESPONSABILITÉS

Un risque de responsabilité pénale

Ⓜ Un abus de pouvoirs (C. com., art. L. 242-6, 4°, par ex. pour les SA)

- ❖ Lorsque le dirigeant a usé de son influence pour s'être assuré le contrôle du comité des rémunérations et obtenir, ce faisant, le dé plafonnement de sa rémunération : **Cass. crim., 16 mai 2012, n° 11-85.150, BJS juill. 2012, n° 306, p. 579, note B. Dondero**
- ❖ La société partie civile réclamant parfois la restitution de ce que l'auteur de l'abus aurait indûment perçu, la chambre criminelle applique le principe selon lequel la réparation doit s'opérer sans perte ni profit pour la victime. En conséquence, le préjudice réparable est limité à l'excès de rémunération (sous réserve encore qu'une rémunération ait été réellement due), que l'auteur de l'abus doit restituer, après sa condamnation, à la société qui avait versé davantage que ce à quoi elle était tenue.

2.2 RISQUE DE RESPONSABILITÉS

Un risque de responsabilité pénale

Ⓜ Une banqueroute (L. 654-1 et L. 654-2 C. com.)

- ❖ **Cass. crim., 18 mars 2020, n°18-86.492, P+B+I, Dr. sociétés n°5, mai 2020, comm. 72, note R. SALOMON** : Le dirigeant d'une entreprise en difficulté, qui se fait octroyer une rémunération excessive au regard des capacités financières de cette entreprise, commet le délit de banqueroute par détournement d'actif, peu important que le conseil d'administration ait avalisé une telle rémunération.

MERCI POUR VOTRE ATTENTION

Isabelle GROSSI

Maître de conférences à l'université d'Aix-Marseille



© Isabelle Grossi 19 octobre 2020