



La genèse des rémunérations Le cumul des rémunérations des dirigeants sociaux

Camille-Marie Bénard,
Maître de conférences en droit privé,
Université Toulouse 1 Capitole,
Centre de Droit des Affaires – GROG (Groupe de Recherche sur les Organisations et les Groupements)

Dans sa sagesse, Lao Tseu nous apprend que celui qui accumule des richesses a beaucoup à perdre... Le dirigeant qui accumule des rémunérations est donc prévenu. Certains sujets sont nimbés d'un voile de pudeur, parfois même chez les plus volubiles. La rémunération des dirigeants appartient à cette catégorie. Si la transparence dont le législateur s'est fait le chantre zélé a incontestablement progressé, à tout le moins dans les « grandes sociétés », la rémunération des dirigeants reste encore marquée par le sceau d'une discrétion de bon aloi. Aussi, quand la rémunération se démultiplie jusqu'à envisager un cumul des rémunérations, il y a là un nouvel objet de phantasmes (1). Il est acquis qu'un dirigeant d'entreprise peut tirer diverses formes de revenus de son activité ou de ses activités. Les vocables les plus divers s'attachent à sa situation, les plus policés évoquant un dirigeant « polyactif », les plus péjoratifs un dirigeant « cumularde » et les plus branchés, un très anglo-saxon « Vampire effect ». Le cumul de rémunérations invite immanquablement à s'interroger sur le cumul de mandats mais ne se réduit pas à cela, c'est tout l'intérêt de la question.

La matière est très encadrée, y compris au niveau fiscal et social, et les règles et procédures sont pléthoriques. Cependant, en dépit des contrôles, un dirigeant habile et bien conseillé peut effectivement cumuler nombre de rémunérations, le terme étant pris ici dans son acception la plus large. Toutefois, plus qu'habile ou bien conseillé, il doit surtout être un bourreau de travail pour cumuler de façon licite ses rémunérations. En effet, ne seront évoquées ici que les rémunérations accordées conformément à leurs règles de validité et correspondant à des prestations réelles ou supposées telles... Il faut rappeler qu'une rémunération, même non excessive, devra être remboursée si elle n'est pas octroyée conformément aux dispositions légales, réglementaires ou statutaires (2). Si la mondialisation permet aux entreprises des activités continues grâce à des succursales installées sur différents fuseaux horaires, le dirigeant personne physique est enfermé dans des journées de 24 heures et on le sait bien, qui trop embrasse mal étreint ! Ainsi, si le cumul n'est pas en lui-même illicite, sa physionomie pourra donner lieu à la sanction de divers abus.

Le sujet est d'autant plus intéressant que, contrairement aux entreprises publiques (3) dont le Professeur Sorbara (4) nous entretiendra, aucun

plafonnement n'est prévu pour la rémunération dans les sociétés privées. L'objection qui consisterait à justifier ce choix par la seule appartenance à la sphère publique s'efface devant les associations et organismes sans but lucratif qui imposent aussi un plafonnement de rémunération à leurs dirigeants (5). La rémunération du dirigeant de sociétés connaît donc une forme de liberté, à la fois quant à son montant, et quant à sa composition. De nos jours, plus que le montant, c'est la structure des rémunérations qui est analysée. Il existe bien évidemment des limites qui seront rappelées mais elles laissent encore de confortables marges de manœuvre.

Ces remarques formulées, il est temps de lever le voile sur ce que peut légitimement cumuler un dirigeant de société. Les propos qui suivront tenteront de dégager des principes communs et d'embrasser les formes sociales les plus répandues mais un avertissement est de rigueur : ce qui s'applique aisément aux grandes sociétés, sociétés par actions, membre du CAC 40, sera plus difficilement concevable pour des sociétés de dimensions modestes, bien que rien ne l'interdise. Les principes énoncés auront donc une portée générale mais il faudra les tempérer à la lumière de la dimension de l'activité.

Outre ces considérants, deux hypothèses clairement distinctes structureront la réflexion : il y a le cumul que le dirigeant peut obtenir au sein **d'une seule et même société**, présenté ci-après comme « un cumul interne » ; il y a aussi le cumul **des rémunérations obtenues en dehors de la société de référence, au sein de diverses entités sociales**, et qualifié pour les besoins de l'exposé de « cumul externe ».

I. Le cumul interne : le cumul de rémunérations au sein d'une seule société

Le cumul de rémunérations au sein d'une même société se décline entre rémunération du mandat social (A) et rémunération d'autres fonctions et services (B).

A. La rémunération du mandat social

La rémunération du mandat social exprimée au singulier mériterait bien l'usage du pluriel

1) Ph. Fenot, *Éléments de sociologie de la rémunération des dirigeants : de la légitimité de la rémunération au besoin social d'encadrement*, *Revue Lamy de droit des affaires* 2013, n° 85, p. 14 et s.

2) Ex. dans une SARL Cass. com. 15 mars 2017 n° 14-17873.

3) Décret n° 2012-915 du 26 juillet 2012, JO 27 juillet 2012.

4) J.-G. Sorbara, *Le dirigeant d'entreprise publique*

5) Sous peine de remis en cause du caractère désintéressé de la gestion : dans les grandes associations (ressources supérieures à 200 000 euros) le plafonnement est de trois fois le montant du SMIC art. 261, 7, d CGI ; dans les autres associations, tolérance administrative des 3/5 du SMIC BOI-IS-CHAMP-10-50-10-20, n°100.



Dossier La rémunération des dirigeants sociaux

6) M. Rodrigues, Le dirigeant bénévole : la question des « management fees », p. 27.

7) Art. 1849 C. civ.

8) Art. L. 221-5 C. com.

9) Art. L. 222-2 C. com. pour les SCS ; art. L. 226-7 C. com., pour les SCA.

10) Art. L. 223-18 C. com.

11) Art. 1871-J C. civ.

12) Article L. 229-7 C. com.

13) Art. L. 225-58, 2^e al. C. com.

14) Art. L. 225-51, L. 225-51-1, L. 225-56 (L. n° 2001-420 du 15 mai 2001 et L. n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 pour la sécurité financière, modifiant l'art. L. 225-51 en supprimant la référence à la représentation du conseil d'administration), L. 225-66 C. com. (art. 126 L. n° 66-537 du 24 juillet 1966).

15) Art. L. 227-6 C. com.

16) Code AFEP-MEDEF 2018, p. 2.

17) A.-L. Legout, Les différents éléments composant la rémunération des dirigeants, Journal des sociétés 2012, n°101, p. 11 et s.

18) J.-L. Médus, Le dirigeant intéressé au capital, Management package

19) Art. L. 225-37-2 et R. 225-29-1 ; art. L. 225-82-2 et R. 225-56-1 C. com.

20) Art. L. 225-42-1, 1^{er} al. C. com.

21) A. Couret, Le dirigeant prévoyant, Rémunérations différées, p. 38.

22) Pour cette raison de temporalité et de leur caractère indemnitaire, les contreparties des clauses de non-concurrence ne seront pas traitées non plus.

23) Rapport 2017 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise, la rémunération des dirigeants, le contrôle interne et la gestion des risques, Publié le 22 novembre 2017 <http://www.amf-france.org/Publications/Rapports-etudes-et-analyses/Gouvernement-d-entreprise>

24) Rapport 2017 de l'AMF.

25) Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.

tant apparaissent la diversité des situations et la diversité des rémunérations.

1. La diversité des situations et des rémunérations

Par mandat social, il faut entendre toutes les fonctions rattachées à la direction de la société étant acquis que, dans une acception classique, le dirigeant est celui qui a le pouvoir de gérer, administrer, diriger et/ou représenter la société. Il faut tout d'abord rappeler que ces fonctions peuvent être bénévoles et c'est un point commun à toutes les sociétés. L'exposé de Maître Rodrigues (6) sera éclairant sur ce point.

Au-delà de ce constat, il n'existe pas de régime général de la rémunération, seulement des convergences retrouvées au fil du droit spécial. Cette diversité se retrouve dans le titre même attribué au dirigeant, puisque selon la forme du groupement, celui-ci aura un titre différent. Dans la majorité des cas, il s'agira d'un **gérant** puisque l'on retrouve cette figure dans les sociétés civiles (7), les SNC (8), les sociétés en commandite (9), les SARL (10) et les sociétés en participation (11). Pour les **SA** et **SE** (12) ce sera des administrateurs, un président du conseil d'administration, un directeur général, ou un président du directoire, ou un directeur général unique (13) selon le mode de gouvernance choisi (14). Pour les **SAS**, il s'agira obligatoirement d'un président (15) à l'égard des tiers, avec la possibilité de nommer un directeur général délégué, et toute autre figure statutaire pour la gestion interne.

À ces variétés, le Code AFEP-MEDEF (16) ajoute des nuances en distinguant **les dirigeants mandataires sociaux exécutifs** qui sont le président directeur général, le directeur général, le ou les directeurs généraux délégués, le président et les membres du directoire et les gérants des SCA. Les autres, sans être contemplatifs sont qualifiés de **dirigeants mandataires sociaux non exécutifs** et sont le président du conseil d'administration dissocié et le président du conseil de surveillance.

Outre la diversité des titres des dirigeants, leur rémunération en elle-même, reçoit de nombreuses dénominations. Le vocabulaire fait preuve d'inventivité et dénote bien l'imprégnation anglo-saxonne de la matière car, au-delà des indemnités diverses, rémunérations conditionnelles, variables, « *ad hoc* », on trouve des « *golden hello* », « *retention plan* », « *cash incentives* », « *stock options* » et « *management fees* » qui feraient presque passer les « *golden parachutes* » pour démodés, et les jetons de présence pour des vestiges de l'archéologie juridique ! Le langage est ici un bon indicateur du caractère composite de la rémunération.

La rémunération du mandat social peut en effet être composée de différents éléments (17). Ce constat a d'ailleurs donné lieu à de nouvelles pratiques managériales, les fameux « *management package* » dont nous entretiendra Maître Médus (18). Pour obtenir une première vision synthétique des éléments cumulables, il

est possible de se référer à la liste retenue dans les SA dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé (19) : jetons de présence ; rémunération fixe et variable annuelle ; rémunération variable pluriannuelle ; attributions d'options de souscription ou d'achat d'actions ; attributions gratuites d'actions ; rémunérations exceptionnelles ; rémunérations différées ; avantages de toute nature et enfin, tout autre élément de rémunération attribuable en raison du mandat... La réunion de l'ensemble de ces éléments sera financièrement hors d'atteinte dans de nombreuses formes sociales mais reste juridiquement envisageable et peut donc servir de socle de réflexion.

Outre la différence de nature dans les éléments, il y a aussi une différence de rythme entre eux. Une réelle temporalité affecte le cumul : rémunération perçue à l'entrée en fonction avec les *golden hello*, rémunération perçue au cours et tout au long du mandat social, et rémunération perçue à l'issue du mandat social avec les retraites chapeaux ou *golden parachutes*. Les deux extrémités de cette ligne de temps appartiennent à la qualification des « *rémunérations dites différées* » (20). Le propos les délaissera volontairement en dépit de la fréquence de leur utilisation, et du fait qu'elles sont sans nul doute considérées comme un complément de la rémunération. La première et principale raison de ce délaissement est l'exposé qu'en fera le Professeur Couret (21) nous entretenant du dirigeant prévoyant ; la seconde est que le cumul de rémunération s'entend dans notre problématique comme les ressources que le dirigeant peut mobiliser ou percevoir **pendant la durée de son mandat social**, en contrepartie d'une prestation (22).

Ces exclusions posées, il convient d'envisager la liste proposée en deux catégories distinctes : les rémunérations en numéraire (2.) et les rémunérations en nature (3.).

2. Les rémunérations en numéraire

Parmi les ressources que le dirigeant peut mobiliser ou percevoir pendant la durée de son mandat social en contrepartie d'une prestation, viennent en premier lieu les rémunérations en numéraire. Celles-ci, loin d'être monolithiques, se distinguent entre rémunérations fixes, variables ou exceptionnelles, les dernières étant fonction de résultats ou de performances eux-aussi exceptionnels... Le rapport 2017 de l'AMF (23) ventile comme suit ces catégories : rémunération fixe 33 %, rémunérations variables 28 %, rémunération de long terme 36 % et rémunération exceptionnelle 3 %. Ces proportions sont assez stables d'années en années. Le Code AFEP-MEDEF recommande de respecter les principes d'équilibre entre les éléments de rémunération. Et le rapport précité (24), tout en louant les efforts considérables faits en matière de transparence et de lisibilité, déplore encore un manque de précision sur les rémunérations variables. Depuis la loi « Sapin II » du 9 décembre



Dossier La rémunération des dirigeants sociaux



2016 (25), les principes et critères de détermination, répartition et attribution des éléments de rémunération, fixes comme variables ou exceptionnels, sont soumis à l'approbation de l'assemblée générale *ex ante* et *ex post*, dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé (26). Cette remarque souligne la singularité des sociétés cotées et justifie le traitement particulier qu'en fera le Professeur Monsérié-Bon (27). La SA en reste le modèle de droit commun et, même lorsqu'elle n'est pas cotée, elle présente des spécificités qui justifient un traitement différencié.

Une fois n'est pas coutume, la SA va se distinguer en nommant une catégorie particulière de rémunérations qui appartiennent, en principe, à la catégorie des rémunérations en numéraire : les jetons de présence alloués aux administrateurs (28) comme au membre du conseil de surveillance (29). Il s'agit d'une somme fixe annuelle que l'assemblée détermine sans être liée par des dispositions statutaires ou des décisions antérieures (30). Cette dénomination est remarquable puisque le Code de commerce se contente en principe d'évoquer une très générique « rémunération » sans plus de précision.

La situation des administrateurs se distingue encore puisqu'à leur égard, la situation de cumul des rémunérations est expressément envisagée. En effet, l'article L. 225-44 du Code de commerce précise : « *Sous réserve des articles L. 225-21-1, L. 225-22, L. 225-23, L. 225-27 et L. 225-27-1, les administrateurs ne peuvent recevoir de la société aucune rémunération, permanente ou non, autre que celles prévues aux articles L. 225-45, L. 225-46, L. 225-47 et L. 225-53. Toute clause statutaire contraire est réputée non écrite et toute décision contraire est nulle.* ». Cette succession d'articles impose quelques précisions. Les premiers articles cités renvoient à la situation de l'administrateur salarié qui sera examinée ultérieurement (31), tout comme la possibilité de rémunérations exceptionnelles évoquée par l'article L. 225-46 (32). L'article L. 225-45 est celui qui traite des jetons de présence. Enfin, les articles L. 225-47 et L. 225-53 s'attachent à la situation de l'administrateur qui serait aussi président du conseil d'administration et/ou directeur général, ou directeur général délégué. Le cumul des mandats d'administrateur, de président et de directeur général est autorisé, et par là même, le cumul des rémunérations des trois fonctions l'est aussi. **Le cumul de rémunération s'articule ici avec le cumul de mandats.** La genèse de la dissociation des fonctions de PDG est bien connue avec la loi NRE du 15 mai 2001 (33), toutefois, la dissociation n'est qu'optionnelle et souvent, les fonctions sont encore réunies. Le président du conseil d'administration recevra une rémunération spéciale pour ses fonctions de président (34), en sus des jetons de présence reçus en tant qu'administrateur. Quant au directeur général, sa rémunération est fixée préalablement à l'entrée en fonction, par le CA (35). Au sein des SA dualiste, la situation est plus tranchée puisque l'appartenance au directoire est exclusive d'une appartenance au

conseil de surveillance (36). Pour les membres du directoire, la rémunération est fixée par le conseil de surveillance (37). Pour les membres du conseil de surveillance, la rémunération est identique à celle des administrateurs et fixée par l'assemblée générale (38). Le conseil de surveillance élit en son sein un président, un vice-président et détermine s'il y a lieu de les rémunérer (39). **La SA est donc le théâtre d'un cumul institutionnalisé.**

Dans les autres formes sociales, les rémunérations ne reçoivent pas de dénomination particulière et sont fixées soit librement dans les statuts pour la SAS par exemple, ou pour les différents gérants, par les associés ou les statuts comme l'a exposé le Professeur Barbiéri (40). Les fonctions de direction, si elles peuvent être collectives, ne sont pas scindées entre différents organes. Seule la SAS, eu égard à la grande liberté laissée dans l'organisation de la gérance, peut autoriser un cumul de mandat, entre celui de président, dont la nomination est obligatoire et un ou des mandats statutaires qui organisent la gérance en interne. Là encore les rémunérations pourront se cumuler pour chaque mandat social.

Il faut encore ajouter que, pour ces fonctions, les rémunérations en numéraire ne sont pas les seules possibles et qu'elles sont souvent complétées de rémunérations en nature.

3. Les rémunérations en nature

Les rémunérations en nature s'entendent de la remise d'un bien en contrepartie d'une prestation du dirigeant. Il s'agit des instruments de capital et des avantages en nature.

a. Les instruments de capital

Sous l'expression « instruments de capital », on trouve l'octroi d'options d'achat ou de souscriptions d'actions, l'attribution gratuite d'actions, ou encore des bons de souscription de parts de créateur d'entreprise. Ce sont diverses figures de l'intéressement et de la participation, et les instruments privilégiés des « *management package* ». Dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, cette part de rémunération est la plus importante, sous le qualificatif déjà utilisé de rémunération de long terme représentant 36 % du total de la rémunération (41). Dans ces sociétés, il s'agit le plus souvent d'attribution gratuite d'actions de performance. Comme leur nom l'indique, ces actions sont soumises à des conditions de performance et le nombre d'actions définitivement acquis à l'issue d'une période d'acquisition déterminée (3 ans, par exemple) dépendra de la réalisation de ces conditions. Une fois acquises, ces actions s'accompagnent souvent d'un délai de conservation, certes court mais bien réel (une année en général). De surcroît, si le dirigeant conserve les fonctions dans le cadre desquelles la rémunération est obtenue, il aura en plus l'obligation conventionnelle de conserver un pourcentage des actions jusqu'à ce qu'elles représentent un montant déterminé ou déterminable, par exemple l'équivalent d'une année de sa dernière rémunération fixe annuelle.

26) Article L. 225-37-2 et L. 225-82-2 et L. 225-100C. com. pour les pour le président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, le directeur général, les directeurs généraux délégués, ou pour le président du directoire et les autres membres du directoire ou le directeur général unique ; le décret n° 2017-340 du 16 mars 2017 précise les conditions d'application du dispositif précité.

27) M.-H. Monsérié-Bon, Le dirigeant de société cotée

28) Art. L. 225-45 C. com.

29) Art. L. 225-83 C. com. Les jetons de présence sont ainsi attribués indirectement aux présidents de ces conseils puisqu'ils doivent obligatoirement être choisis parmi les administrateurs ou les membres du conseil de surveillance : C. com. Article L. 225-47 et L. 225-81 C. com.

30) Art. L. 225-45 C. com.

31) Cf. infra n° 19.

32) Cf. infra n° 22.

33) Article L. 225-51-1 C. com.

34) Art. L. 225-47 C. com.

35) Art. L. 225-53 C. com.

36) Art. L. 225-74 C. com.

37) Art. L. 225-63 et L. 225-82-2 C. com., le cumul de rémunérations prévu pour les administrateurs à l'article L. 225-46 ou L. 225-85 pour les membres du conseil de surveillance ne se retrouve pas pour les membres du directoire.

38) Art. L. 225-83, 1^{er} al. C. com. Ils sont donc rémunérés par des jetons de présence.

39) Article L. 225-81, 1^{er} al. et L. 225-82-2 C. com.

40) J.-F. Barbiéri, Sources de la rémunération des dirigeants sociaux

41) Cf. supra n° 8.



Dossier La rémunération des dirigeants sociaux

42) Article L. 621-18-2 C. monétaire et financier ; art. 10. 2 Régl. UE 2016/522 du 17 décembre 2015.

43) Article L. 227-13 : Inaliénabilité des actions de la SAS pour une durée maximale de 10 ans.

44) Art. R. 225-33, 2^{ème} al. C. com.

45) Code Middlenext 2016, p. 38.

Pour ces dirigeants, seule l'acquisition, la cession, la vente à découvert, la souscription ou l'échange, l'acceptation ou l'exercice d'une option d'achat d'action doivent être déclarées à l'AMF (42). Cela correspond au transfert de la propriété des titres et à l'attribution définitive des titres.

Ces systèmes complexes ont cours dans les SA cotées, plus rarement dans les SA qui ne le sont pas et encore plus rarement dans les autres formes sociales. La complexité de leur mise en place et de leur gestion peut être dissuasive dans des structures modestes. Dans les autres formes sociales, la remise plus simple d'actions ou part sociales de la société est devenue fréquente et contribue à la motivation du dirigeant qui, rappelons-le n'a pas à être choisi parmi les associés. Lui remettre des titres à son entrée en fonction fera de lui un associé et ce statut primera alors sur celui de dirigeant pour la gestion des titres. Une remise conditionnelle à la fin du mandat est toujours possible et évite le conflit de statut. Il existe aussi des obligations de conservation spécifiquement prévues dans d'autres formes sociales (43).

b. Les avantages en nature

Les avantages en nature correspondent à l'hypothèse où la société prend à sa charge des dépenses personnelles du dirigeant, ce qui constitue pour lui une économie certaine, à défaut d'un gain venant accroître son patrimoine. Il s'agit aussi de la mise à disposition du dirigeant de biens ou services dont la société est prestataire, propriétaire ou locataire, gratuitement ou pour une valeur minorée. Il ne faut pas confondre ces avantages avec les dépenses professionnelles, qui elles, sont inhérentes à l'activité du dirigeant et engagées dans l'intérêt de la société (44) : frais de déplacements, de bouche, de représentation. Le remboursement de tels frais ne constitue pas une rémunération mais la régularisation, normalement sur justificatifs, d'avances de frais faites par le dirigeant. D'ailleurs, le régime fiscal et social en est très différent.

En revanche, le classement des avantages en nature au sein des rémunérations ne fait guère de doute en tant que compléments de rémunération. Et parfois, ces compléments sont très substantiels ! Cette catégorie est celle qui donne lieu aux comportements les plus fantaisistes et les plus mal perçus par l'opinion publique.

Les premières illustrations venant à l'esprit concernent le dirigeant qui utilise gratuitement un véhicule de fonction ou un équipement relevant des technologies de l'information et de la communication : téléphone portable, tablette, ordinateur. On pense encore à la remise de produits ou services de l'entreprise à tarifs préférentiels. Les avantages énumérés sont assez communs et peuvent bénéficier aussi à certains salariés de la société. Plus sophistiqués, les abonnements en salle de sport ou les coachs personnels, les spas ou forfaits esthétiques se multiplient, le bien être des dirigeants étant primordial pour la santé de la société ! Le logement de fonction entre aussi dans cette

catégorie et l'économie est alors considérable quand on connaît la part des dépenses de logement dans un budget. Un cap est franchi quand l'utilisation d'un véhicule s'accompagne des services d'un chauffeur. Mais que dire alors de l'économie réalisée quant il s'agit de la mise à disposition d'un chalet en Suisse pour toute la saison de ski ? ou encore, d'un bungalow en Thaïlande au bord d'une plage privative ? d'une loge à l'année à l'opéra de Paris ou au Met ? Certes, pour des questions de capacité budgétaire, ces exemples ne s'appliquent pas à la grande majorité des dirigeants. Mais aussi peu nombreux soient-ils à en bénéficier, la révélation de ces avantages produit toujours un grand effet sur ceux qui n'en bénéficient pas. La recommandation du Code de gouvernement d'entreprise Middlenext pour les valeurs moyennes et petites est ici particulièrement éloquent : « *Le niveau de rémunération doit être incitatif pour que le dirigeant assume les responsabilités larges qui lui sont conférées. Néanmoins, il ne doit pas être si élevé qu'il lui fasse perdre un certain sens des réalités, et notamment les réalités que vivent les autres parties prenantes de l'entreprise (salariés autant que clients)* » (45).

À ce stade, un point s'impose pour éviter le vertige de l'accumulation : le dirigeant peut parfois cumuler divers mandats sociaux au sein d'une seule et même société et il peut aussi, avec un seul mandat cumuler diverses rémunérations, différées ou non, en numéraire ou en nature. Mais ce n'est pas tout et, outre le mandat social, le dirigeant peut être rémunéré pour d'autres fonctions et services au sein d'une même société.

B. La rémunération des autres fonctions et services

Au sein de la rémunération des autres fonctions et services, deux situations doivent être examinées : le cumul avec le fruit d'une activité professionnelle exercée au sein de la société mais distincte des fonctions de direction (1.) et les rémunérations exceptionnelles (2.).

1. La rémunération d'une activité professionnelle distincte des fonctions de direction

L'exercice d'autres fonctions que les fonctions de direction évoque inévitablement le cumul avec un contrat de travail bien que le contrat de travail (a.) ne soit pas la seule expression d'une activité professionnelle distincte des fonctions de direction (b.).

a. La rémunération d'un contrat de travail

Le sujet a considérablement évolué, passant d'une interdiction de principe à une autorisation sous condition. La question du cumul valable d'un contrat de travail et d'un mandat social, pour être récurrente, n'est plus problématique. Cette affirmation mérite quelques précisions.



Dossier La rémunération des dirigeants sociaux

Tout d'abord, les principes généraux de validité du cumul sont clairement dégagés et maîtrisés. Le contrat de travail doit correspondre à un emploi effectif, détaché de la fonction d'administration et il doit exister un véritable lien de subordination envers la société. Cette dernière condition sera impossible à établir en cas de détention d'une majorité du capital social par surcroît du mandat social.

Ensuite, les textes spéciaux eux-mêmes prévoient la possibilité d'un tel cumul. Finalement, la restriction au cumul ne se rencontre plus que pour les SA monistes, de grandes dimensions, en application des articles 225-21-1 et 225-44 du Code de commerce. Selon L. 225-21-1, 1^{er} alinéa « 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 (46), concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises et si son contrat de travail correspond à un emploi effectif. ». Les seuils à ne pas dépasser sont les suivants : la société doit employer moins de 250 salariés et son chiffre d'affaires annuel ne doit pas excéder 50 millions d'euros ou son total du bilan annuel ne doit pas excéder 43 millions d'euros. Le directeur général, comme le président, peut aussi cumuler un contrat de travail, en rappelant que si le directeur général est administrateur (qualité obligatoire pour le président), les contraintes précédentes lui seront appliquées.

Hormis cette restriction de seuil dans les SA, la grande majorité des mandataires sociaux peut cumuler un contrat de travail, sauf à respecter les conditions générales sus-rappelées. D'ailleurs, le cumul peut opérer en sens inverse et le salarié peut devenir dirigeant, avec encore quelques conséquences particulières dans les SA, relativement, entre autres, à la composition des conseils (47).

Une problématique particulière se rencontrera au sein des SNC, SCS et SCA dont la gérance est confiée aux gérants associés et aux commandités. Leur qualité de commerçant apparaît incompatible avec celle de salarié. La question a été débattue et la solution dégagée pour une SNC peut être transposée aux deux autres formes. Le 14 octobre 2015 (48) la chambre sociale a jugé qu'un associé d'une SNC ne peut pas être lié à sa société par un contrat de travail, étant commerçant et répondant indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Ainsi, pour ces dirigeants là, point de cumul avec un contrat de travail.

b. La rémunération de l'activité libérale exercée en société

Il convient d'évoquer brièvement ici le cas particulier de l'exercice d'une profession libérale en société, situation très répandue. Les professions non réglementées pourront adopter la forme sociale de leur choix. Les professions

réglementées passeront le plus souvent par les SCP et les SEL (49) ou sociétés pluri-professionnelles d'exercice des professions du droit et du chiffre. Au sein des SELARL, SELAFA, SELAS, SELCA les rémunérations liées au mandat social pourront s'ajouter aux émoluments, honoraires et autres rémunérations dédiées. Autre exception notable, les restrictions au cumul de rémunération précédemment évoquées pour les administrateurs de SA (50) ne s'appliquent pas dans ce cas « Les dispositions des premier et deuxième alinéas de l'article L. 225-22, de l'article L. 225-44 et de l'article L. 225-85 du Code de commerce ne sont pas applicables aux sociétés d'exercice libéral. » (51). Les raisons en sont aisément compréhensibles afin de permettre l'accès aux revenus professionnels.

2. Les rémunérations exceptionnelles

Les rémunérations exceptionnelles sont prévues aux articles L. 225-46 et L. 225-84 du Code de commerce pour des missions ou mandats confiés à des administrateurs. Ces rémunérations ont une nature purement conventionnelle et sont soumises en tant que telles aux dispositions relatives aux conventions réglementées. Comme l'adjectif adossé à ces rémunérations l'indique, les opérations rétribuées et les résultats obtenus dépassent le cadre habituel des fonctions sociales. Il s'agira généralement de gratifier ponctuellement le dirigeant pour des services rendus ou l'obtention de biens qui procurent un avantage appréciable à la société. Globalement, l'expertise de l'administrateur dans un domaine donné pourra justifier une mission de conseiller technique lors d'une opération particulière (fusion, scission, négociation d'un contrat, par exemple) ou la réalisation d'une étude de marché. On peut citer par exemple une convention d'honoraires conclue pour rémunérer l'assistance et les conseils d'un administrateur lors d'une opération de rapprochement d'entreprises (52). NB : L'analyse du compte-courant rémunéré sous cet angle se heurte au double caractère exceptionnel et inhabituel de la rémunération, incompatible avec la perception d'un intérêt.

II. Le cumul externe : le cumul de rémunérations au sein de plusieurs sociétés indépendantes

Le cumul externe s'entend de la rémunération d'autres fonctions sociales en tant que dirigeant mais à l'extérieur de la société qui sert de référence. Pour déterminer cette dernière, l'approche sera chronologique, c'est-à-dire la première société où des fonctions sociales ont été exercées.

Deux configurations doivent être distinguées : la première concerne un cumul qui a l'apparence de l'extériorité mais n'en a pas juridiquement tous les caractères avec la situation particulière de la rémunération au sein du groupe de sociétés (A). La seconde concerne un cumul véritablement externe puisque les sociétés qui allouent les rémunérations ne sont guère liées entre elles (B).

46) Journal officiel n° L 124 du 20/05/2003 p. 0036 – 0041.

47) Notamment, cette catégorie particulière de membres du conseil ne doit pas dépasser le tiers des administrateurs en fonctions art L. 225-22 2° al C. com.

48) Cass. Soc. 14 octobre 2015 (n° 14-10960).

49) Loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales.

50) Cf. supra n° 9.

51) Article 12 Loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990.

52) CA Versailles 7 juin 2001, jurisdata n° 2001-177966



Dossier La rémunération des dirigeants sociaux

53) Cass. com. 2 avril 1996, n° 94-16380, *Bull. Joly* 1996, p. 510, § 173, obs. P. Le Cannu ; *JCP éd. G.* 1997, II, n° 22803.

54) Arrêts Molex Cass. soc. 2 juillet 2014 13-15208 à 13-15238, 13-15240 à 13-15308, 13-15310 à 13-15398 et 13-21153, Publié au bulletin. A. Couret, M.-P. Schramm, L'indemnisation par une autre société du groupe des salariés d'une filiale en difficulté, *Rev. sociétés* 2014, 709 ; G. Dedessus-le-Moustier, Affaire Molex : consécration d'une conception stricte du coemploi, *JCP G* 2014, n° 29, p. 1 443-1 444.

55) Art. L. 225-21 et L. 225-77 C. com.

56) Loi n° 2015-990, 6 août 2015 : JO 7 août 2015, p. 13537. La loi Macron : autres mesures de droit des sociétés, *Bulletin Joly Sociétés*, octobre 2015, n° 10, p. 546. B. Dondero.

57) Art. L. 225-54-1, 1^{er} al. C. com.

58) Art. L. 225-54-1, 2^e al. C. com.

59) Art. L. 225-94 C. com. Toutefois, l'exercice de la direction générale par un administrateur au sein d'une même société est décompté comme un mandat unique Art. L. 225-94-1, 1^{er} al. C. com.

60) *Idem* pour directeur général unique. Ce dernier titre est utilisé lorsqu'une seule personne exerce les fonctions dévolues au directeur dans la SA de type dualiste.

61) Art. L. 225-21, 2^e et 3^{ème} al. et L. 225-77, 2^e et 3^e al. C. com.

62) Art. L. 225-54-1, 2^e al. C. com.

63) Art. L. 225-94-1, 2^e al. C. com.

64) Article 211 de la loi du 6 août 2015 précit.

65) Art. L. 225-94-1 C.com.

66) Art. L. 225-94-1, 3^e al. C.com.

A. Le faux cumul externe : les rémunérations au sein du groupe de sociétés

Pourquoi le cumul de rémunération au sein du groupe est-il considéré comme externe ? et surtout, pourquoi l'extériorité est ici contestée et déclarée falsifiée ? Afin d'éclairer le propos, il est fondamental de rappeler l'autonomie de chaque société appartenant au groupe. Les sociétés qui composent un groupe sont juridiquement indépendantes : elles ont des personnalités morales distinctes. En revanche, le groupe n'a pas de personnalité juridique. Les textes sont muets mais la jurisprudence est catégorique sur ce point (53). Ainsi, les fonctions sociales occupées au sein d'une société du groupe sont normalement indépendantes de celles éventuellement occupées dans une autre société du groupe. Et le dirigeant qui aurait la qualité de salarié d'une société, ne sera pas salarié du groupe, sauf hypothèse où le coemploi (54) serait reconnu, ce qui demeure exceptionnel. Pourtant, bien qu'autonomes, les sociétés du groupe sont soumises à une unité de décision économique et il n'est plus à démontrer que l'existence du groupe produit des effets qui sont considérés par le droit. Par les liens qui existent entre les diverses sociétés composant le groupe, il n'est pas possible de les envisager comme totalement étrangères et extérieures les unes aux autres. Cela est particulièrement évident avec le cumul des mandats pour lequel le groupe crée à la fois contrainte et liberté.

Les SA connaissent un plafonnement du cumul des mandats. Ce plafonnement limite, de fait, le cumul de rémunération dans les SA. Les mandats d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance sont limités à cinq dans des sociétés ayant leur siège social sur le territoire français (55), ou à trois pour les grandes SA cotées depuis la loi Macron du 6 août 2015 (56). Le mandat de directeur général est limité à un pour les SA ayant leur siège social sur le territoire français (57). Par exception, un deuxième mandat est admis dans une autre société, à condition qu'elle ne soit pas cotée (58). Ce plafonnement est d'autant plus pénalisant quand on raisonne en termes de cumul des rémunérations afférentes, que le décompte des mandats est global (59). Il tient compte des mandats d'administrateur, de membre du conseil de surveillance, de directeur général et de membre du directoire (60). Rappel étant fait que les mandats dans les sociétés étrangères ne sont pas décomptés (cf. infra) et le plafond ne s'applique pas aux administrateurs personne morale. En revanche, le représentant permanent d'une personne morale se voit appliquer ce même plafond.

Des dérogations existent dans les groupes de sociétés, même si ces dérogations ont été restreintes sous le coup de la loi Macron. Ainsi, si des sociétés sont contrôlées par une autre société, les mandats d'administrateurs dans les sociétés contrôlées ne comptent que pour un, à condition que les mandats ainsi détenus ne soient pas supérieurs à cinq (61). De même, un deuxième mandat de directeur général est également

admis dans le cadre des groupes de sociétés (62). Cette dérogation cesse si les titres de la société contrôlée sont cotés (63). En effet, les règles de cumul, y compris intra-groupe ont évolué pour les grandes SA cotées (64). Pour les dirigeants mandataires sociaux exécutifs (directeur général, membre du directoire ou de directeur général unique), le cumul est limité à trois mandats confondus si ces sociétés atteignent des seuils qui permettent de les qualifier de grandes : employer au moins cinq mille salariés permanents dans la société et ses filiales, directes ou indirectes, dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés permanents dans la société et ses filiales, directes ou indirectes, dont le siège social est fixé sur le territoire français et à l'étranger (65). Ce dispositif tient compte non seulement des mandats sociaux exercés dans des sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire français mais aussi les mandats détenus dans toute autre société, si elle est cotée et qu'elle dépasse les seuils susvisés. Ces seuils diffèrent selon que l'on prend en compte la société et ses filiales lorsque toutes ont leur siège en France ou non. Il faut signaler une dérogation pour les holdings pour lesquelles on ne décompte pas les mandats exercés dans les sociétés qui sont des participations : « ne sont pas pris en compte les mandats d'administrateur ou de membre de conseil de surveillance exercés par le directeur général, les membres du directoire ou le directeur général unique des sociétés dont l'activité principale est d'acquies et de gérer des participations, au sens de l'article L. 233-2, dans les sociétés qui constituent des participations » (66). Le groupe, quelle que soit sa structure va ainsi introduire plus de souplesse dans les règles de cumul de mandats, et donc permettre d'étendre les possibilités de cumul de rémunérations.

Enfin, la possibilité de mettre en place des organes spécifiques au groupe ne doit pas être négligée comme opportunité d'une nouvelle rémunération. Par exemple, les groupes peuvent mettre en place des comités de direction réunissant l'ensemble des dirigeants des sociétés du groupe. Les attributions (le plus souvent consultatives) de ces structures sont librement définies sans toutefois contrevenir aux dispositions impératives de chaque société du groupe.

B. Le véritable cumul externe : les activités sans lien avec le groupe de sociétés

Dans cette hypothèse, le cumul est qualifié de véritablement externe car les sociétés qui allouent les rémunérations et créent les occasions de cumul, ne sont guère liées entre elles. À tout le moins, le seul lien qui existe entre elles sera leur communauté de dirigeant. Cela ne suffit pas à constituer un groupe, d'autant plus si le dirigeant ne détient aucune participation dans le capital. La professionnalisation des fonctions de direction a depuis longtemps pénétré les esprits



Dossier La rémunération des dirigeants sociaux



et, dans des cas extrêmes, on peut même évoquer des mercenaires de la gérance.

Quelles que soient leurs motivations, ces dirigeants se trouveront soumis aux strictes règles de cumul des mandats dans les SA (rappelées supra n° 23) qui, en l'occurrence, ne souffriront aucun assouplissement puisque se situant hors du périmètre d'un groupe. En revanche, les formes sociales qui enregistrent le plus de constitutions en nombre, les SAS, SARL et sociétés civiles ne connaissent pas de plafonnement au cumul des mandats. Ces formes là, comme la grande majorité des autres formes sociales n'imposent pas de confier la direction à un associé. Il y a donc un véritable champ de liberté à explorer. Une autre situation appelle l'attention dans les formes unipersonnelles. Une personne physique peut multiplier les EURL et SASU et peut aussi multiplier les gérances de ces sociétés. Toutefois, il est temps de rappeler que les fonctions de direction ne sont pas obligatoirement rémunérées (67) et que, dans le cas des sociétés unipersonnelles, l'abus de droit serait assez aisé à qualifier.

Il faut aussi redire que, si le ou les dirigeants détiennent de grands pouvoirs, ils encourent aussi de grandes responsabilités. Les prochaines communications consacrées au dirigeant trop bien payé nous en convaincront sans nul doute (68). La faute de gestion plane toujours au-dessus de la tête des dirigeants et si la simple négligence ne constitue plus une cause de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif (69), la négligence des affaires sociales pour raison de multiplication des gérances constituerait bien un comportement volontaire relevant, à n'en pas douter, d'une qualification de faute.

Le dirigeant se doit aux affaires sociales avec loyauté, discrétion et diligence. Toutes ces qualités semblent compromises au-delà d'un nombre raisonnable de gérances. L'appréciation du caractère excessif du cumul de gérances, en l'absence de plafonnement, relèvera d'une appréciation souveraine des juges du fond. Pour les éléments d'appréciation, on retiendra que les gérances exécutives marquées par leur permanence, ne sont pas à mettre sur le même plan que les fonctions sociales non exécutives pour lesquelles les dirigeants siègent par sessions, avec des périodicités espacées de plusieurs mois. Il faut aussi retenir la dimension de l'activité, en termes de moyens financiers, matériels et humains.

Enfin, il faut insister sur le fait que le caractère excessif du cumul des gérances n'induit pas forcément le caractère excessif des rémunérations cumulées. L'appréciation est indépendante et sauf à annuler une nomination, la rémunération liée à un mandat, même jugé excessif en termes de

disponibilité dans le cadre de la recherche d'une faute de gestion, n'entraînera pas l'illicéité de la rémunération. Ainsi que l'a rappelé le Professeur Barbiéri (70) « la rémunération est due au gérant même en l'absence de travail effectif ». Dans un arrêt remarquable du 21 juin 2017, la chambre commerciale a clairement rappelé ce principe, en liant l'arrêt de la rémunération à la dénonciation du mandat social « *Attendu que la société à responsabilité limitée est gérée par une ou plusieurs personnes physiques, associées ou non, dont la rémunération, fixée soit par les statuts soit par une décision collective des associés, est due tant qu'aucune décision la révoquant n'est intervenue* » (71). Le mandat social est une forme de forfait où le temps de travail n'est pas décompté (72)... Pourtant, le temps, ce grand maître, sera bien celui qui révélera le caractère raisonnable ou excessif d'un cumul de gérances.

La sanction du caractère excessif du cumul des rémunérations semble également complexe, quand les rémunérations découlent d'un cumul de mandats. Il est acquis que le fait pour un dirigeant de recevoir des rémunérations excessives peut constituer une faute de gestion susceptible d'engager sa responsabilité civile (73). Le pluriel employé ici renvoie au caractère composite de la rémunération d'un même mandat social (74). Mais une approche globale de la rémunération découlant des mandats cumulés de façon licite ne peut avoir lieu. L'autonomie des sociétés concernées, sujets de droit à part entière s'y oppose. Seul des hypothèses de fictivité ou de confusion des patrimoines pourraient permettre une globalisation de l'appréciation.

Enfin, même faramineuse, la rémunération n'est sanctionnée que si elle est excessive au regard des capacités financières de la société, de chacune des sociétés (75). Ainsi, un dirigeant prudent et très actif pourra jouir sans reproche de rémunérations cumulées... mais s'exposera à un risque réel de « burn out » !

Le cumul de rémunérations présenté peut donner le vertige mais à être bien calibré, il est tout à fait licite. La segmentation, voire la fragmentation de la rémunération peut égarer et, dans tous les cas, requiert à son tour un cumul de compétences, cette fois entre le juriste, le fiscaliste et le gestionnaire. Et du cumul, il ne faut point faire une règle générale car, s'il demeure possible en théorie, il ne s'appliquera qu'aux sociétés les plus importantes et dans la majorité des cas, le dirigeant sera au contraire sous-payé.

Ainsi, après avoir rêvé de bungalows en Thaïlande ou de chalets en Suisse, le Professeur de Bissy se chargera de nous rappeler que le dirigeant peut être aussi mal rémunéré (76).

67) M. Rodrigues, Le dirigeant bénévole : la question des « management fees », p. 27.

68) G. Dedeurwaerder, Le dirigeant trop bien payé : le contrôle fiscal des rémunérations excessives p. 20 ; R. Salomon, e dirigeant social trop bien payé : responsabilité civile et pénale, p. 24.

69) Article L. 651-2, 1^{er} al. C. com. Assouplissement apporté par la loi n° 2016-1691 dite « Sapin 2 » du 9 décembre 2016.

70) J.-F. Barbiéri, Sources de la rémunération des dirigeants sociaux, p. 8.

71) Cass. com., 21 juin 2017, n° 15-19593, F-PBI : *Journ. sociétés* oct. 2017, n° 156, p. 56, obs. Ch. Lebel ; D. 2017, p. 1301, et p. 2335, obs. A. Rabreau ; *BJS* sept. 2017, p. 541, n° 116t5, note D. Gallois-Cochet ; *JCP E* 2017, 1435, note B. Dondero ; *RTD com.* 2017, p. 637, obs. A. Lecourt ;

72) Contra un arrêt isolé T. corr. Rouen 1^{er} juillet 1977, D. 1978 p. 142.

73) Par ex. Cass. com., 3 déc. 2013, n° 12-19881, *Gaz. Pal.* 4-6 mai 2014, p. 18, obs. B. Dondero,

74) Cf. supra n° 7 et s.

75) Cf. Ducouloux-Favard, Quand y a-t-il rémunération excessive des dirigeants de société ? *Gazette du Palais* 2010, n° 35, page 11 et s.

76) A. de Bissy, Le dirigeant faiblement rémunéré... ou rémunéré en dividendes, p. 30.