



HAL
open science

Le régime juridique de la rémunération des dirigeants sociaux en droit OHADA

Roger Nevry

► **To cite this version:**

Roger Nevry. Le régime juridique de la rémunération des dirigeants sociaux en droit OHADA. Revue juridique de l'Océan Indien, 2015, 21, pp.157-185. hal-02547866

HAL Id: hal-02547866

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02547866>

Submitted on 20 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

DROIT DES AFFAIRES – DROIT OHADA

Le régime juridique de la rémunération des dirigeants sociaux en droit OHADA

Roger NEVRY

*Enseignant à l'UFR Sciences juridique, administrative et politique
Université Félix-Houphouët-Boigny, Abidjan*

Résumé :

Depuis toujours, l'argent a été et demeure un sujet tabou. Ne dit-on pas d'ailleurs que « l'argent n'aime pas le bruit ». C'est pour cette raison que l'on prend beaucoup de précautions lorsqu'il s'agit de parler de questions d'argent de manière générale, de rémunérations en entreprise de manière singulière et tout particulièrement de la rémunération des dirigeants sociaux.

Et pourtant, les scandales financiers dans la vie des entreprises de par le monde, ont conduit à la ferveur des débats actuels sur la rémunération des dirigeants sociaux.

Bien que le droit OHADA ne lui consacre pas de développements assez importants, cette question semble dévoiler au fur et à mesure de son étude des réalités pas toujours faciles à démêler.

Le présent article s'est donc attaché à répondre aux questions pertinentes qu'elle induit en démontrant que les rémunérations des dirigeants sociaux sont multifformes. Elles peuvent en effet dépendre de la forme de la société, du statut du dirigeant, du lien qui l'unit à l'entreprise (les rémunérations peuvent être accordées aux dirigeants sociaux dans le cadre de leur mandat social ou d'un contrat de travail qui les lie à l'entreprise). En fonction de l'un ou l'autre des cas, des difficultés diverses et variées apparaissent. De plus, ces rémunérations sont octroyées par des organes qui diffèrent en fonction de la forme de l'entreprise. Des risques d'excès étant à craindre.

Cet article se veut donc un cadre de réflexion sur ces problèmes dans la perspective du droit OHADA, pour arriver à la conclusion que bien encadrées, les rémunérations des dirigeants peuvent être à la fois source d'épanouissement pour ces derniers et facteur de développement pour l'entreprise qu'ils dirigent.

Summary :

Money has always been a taboo. There's a saying in French that says "money doesn't like noise". That's why people are very cautious when speaking about money in general, and even more so when talking about the top executives' salaries.

Yet, financial scandals around the world have brought about debates on those salaries.

This question is not much dealt with by the OHADA law. This article aims at showing that the top executives' remunerations are multifaceted. They depend on the status of the company or the director, as well as on the legal relationship between the two. Depending on cases, various questions and problems arise. Furthermore, those wages are granted by organs that vary depending on the status of the company, which can lead to additional abuses.

Focusing on the law of the OHADA, this article shows that if properly supervised, those wages can be a source of flourishing for the directors all the while contributing to the development of companies they manage.

La rémunération des dirigeants sociaux¹, sujet d'actualité dans bien des systèmes juridiques et économiques européens et en particulier dans le système français, apparaît au vu des développements qui lui sont consacrés en droit OHADA comme un champ d'étude relativement négligé. Et pourtant, il s'agit là d'une question quasiment stratégique du fonctionnement de toute entreprise.

La presse a souvent rendu compte de rémunérations jugées faramineuses de certains dirigeants sociaux. Là où au contraire des voix s'élèvent pour justifier l'importance de ces rémunérations par l'immense travail fourni, les lourdes responsabilités des dirigeants sociaux². Il est donc bon sur plan juridique d'examiner cette problématique de la rémunération des dirigeants sociaux afin d'avoir une idée précise du champ des possibles en la matière.

Il convient de distinguer deux types de dirigeants sociaux à savoir : ceux liés par un contrat de travail et ceux qui ne le sont pas. Dans la première hypothèse, les dirigeants cumulent leurs fonctions de salariés et de mandataires sociaux. C'est le cas pour les administrateurs de sociétés anonymes tels que le Président du Conseil d'Administration, le Directeur Général. On retrouve ce cas le plus fréquemment dans le cadre des sociétés mères, plaçant à la tête d'une filiale un dirigeant salarié³. Dans la seconde hypothèse, le dirigeant n'est tenu que par son mandat social. On retrouve alors différents types de rémunérations qui ne sont pas soumises aux règles relatives aux salaires.

Certes, la rémunération du dirigeant d'une société commerciale n'est pas obligatoire (puisque ce dernier peut exercer ses fonctions à titre gratuit). Toutefois la réalité juridique montre qu'il bénéficie d'un champ de rémunération diversifiée. Ainsi les rémunérations peuvent être fixes ou variables c'est-à-dire indexée sur le chiffre d'affaire ou les bénéfices. Elles revêtent différentes formes selon les fonctions exercées. Il y a les jetons de présence, qui se trouvent être le mode de

¹ V. *Dirigeants de sociétés commerciales*, éditions Francis Lefebvre, 2002. V. aussi Y. GUYON, *Droit des affaires*, Tome 1, 12^e édition, Paris, Economica, août 2003, p. 34.

² Les dirigeants sociaux sont les personnes qui ont le pouvoir de gérer, administrer, diriger ou représenter un groupement doté de la personnalité morale : v. *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc.

³ F. FRANÇOIS, A. MAIGRET, A. et A. MARLANGE, *Dirigeant de société. Statut juridique, social fiscal*, Eyrolles, 2003 ; J.-P. CASIMIR et M. GERMAIN, *Dirigeants de société*, LGDJ, 2007.

rémunération principale, mais également des rémunérations exceptionnelles pour les dirigeants de sociétés anonymes, par exemple, des avantages en nature comme le logement de fonction, le véhicule de fonction, les remboursements de frais, les retraites complémentaires, les indemnités de départ etc.⁴

La notion de rémunération des dirigeants sociaux en droit OHADA recouvre donc une population très hétérogène. Dès lors et au vu de la variété des sortes de rémunérations susmentionnées, plusieurs questions méritent d'être posées. Quelles sont les différentes composantes des rémunérations ? Qui fixe ou peut fixer ces rémunérations ? Qui peut mesurer le mérite ou la performance d'un patron ? Sur quels critères ? Ces rémunérations sont-elles excessives ?

Voici autant de questions qui dessinent l'intérêt du présent article qui entend se placer sous la lucarne du droit OHADA. Pour les traiter, nous tenterons d'analyser les composantes de la rémunération des dirigeants sociaux (I) et ensuite nous nous pencherons sur la question de savoir quels sont les organes chargés de la fixation de ces rémunérations (I).

I.- Les composantes de la rémunération des dirigeants sociaux

L'étude des composantes de la rémunération des dirigeants sociaux nous permet de constater qu'un dirigeant de société peut percevoir des revenus différents.

Cette multiplicité ou mieux cette diversité des rémunérations des dirigeants sociaux relève de plusieurs facteurs. En effet, la rémunération peut être fonction notamment, de la santé de l'entreprise et de son régime juridique. À cela, il faut ajouter que tous les types de rémunérations ne sont pas autorisés dans toutes les sociétés, et qu'un dirigeant ne peut pas s'octroyer n'importe quel montant. La rémunération peut également être liée à la fonction d'administration ou de direction. Elle peut être principale (comme les jetons de présence dans le cas des administrateurs de sociétés anonymes) ou accessoire. Aux rémunérations principales peuvent s'agréger d'autres éléments tels que des rémunérations exceptionnelles, des avantages en nature (véhicule ou logement), des *stocks options* ou même des actions gratuites.

En somme, la rémunération du dirigeant social est faite de différentes variables. Ainsi, celle-ci résulte de la combinaison de différentes composantes qui constitueront généralement à terme un montant plus ou moins important en fonction de la taille de l'entreprise et de ses performances.

⁴ Y. GUYON, préc., p. 347. V. également A. CHARVERIAT, « Attributions d'une retraite à un dirigeant », *RJDA*, 1992, p. 439.

Nous approcherons la question en regroupant tous ces facteurs ou toutes ces variables en deux catégories.

La rémunération sera donc vue sous l'angle de la fonction d'administration (A), avant que sa perception sous l'angle de la fonction de direction ne soit envisagée (B).

A.- La rémunération liée à la fonction d'administration

L'univers des rémunérations liées à la fonction d'administration est peuplé des rémunérations principales (1), des rémunérations exceptionnelles (2) et celles dites « accessoires »(3).

1/ Les rémunérations principales : les jetons de présence

Les fonctions de dirigeant social ne sont pas gratuites. La règle est claire pour les administrateurs des sociétés anonymes. Pour alléger quelque peu les frais généraux, l'acte uniforme a supprimé les tantièmes, mais a maintenu les jetons de présence⁵ dont il y a lieu d'examiner la nature juridique (a) et le mode de répartition (b).

a/ Nature juridique des jetons de présence

En leur qualité d'administrateur, les dirigeants sociaux peuvent percevoir, « à titre d'indemnité de fonction une somme annuelle fixe »⁶. La nature juridique de cette indemnité de fonction n'est pas précisée par l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Il s'agit en réalité des jetons de présence qui sont alloués aux administrateurs en rétribution de leur participation aux réunions du conseil d'administration.

En principe, les jetons de présence visent à récompenser l'assiduité des administrateurs aux séances du conseil d'administration. Mais, « *cette conception a été progressivement altérée au point de perdre son sens originare* »⁷. De nos jours, le mode de rémunération de répartition des jetons de présence ne tient

⁵ F. ANOUKAHA ET ALII, OHADA, *Sociétés commerciales et G.I.E.*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit uniforme africain, 2002, p. 147. V. aussi Yves GUYON, préc., p.346

⁶ Article 431 alinéa 1 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales (AUSC) : « *L'assemblée générale ordinaire peut allouer aux administrateurs, en rémunération de leurs activités, à titre d'indemnité de fonction une somme fixe annuelle qu'elle détermine souverainement.*

Les administrateurs ayant la qualité d'actionnaire peuvent prendre part au vote de l'assemblée et leurs actions sont prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.

Sauf clause contraire des statuts, le conseil d'administration répartit librement les indemnités de fonction entre ses membres.

Le conseil d'administration peut allouer aux administrateurs, membres des comités prévus par l'article 437 ci-après, une part supérieure à celle des autres administrateurs ». V. également P.-G. POUGOUE, *Encyclopédie du droit OHADA*, n° 38, p. 1860.

⁷ D. GIBIRILA, *Le dirigeant de société : statut juridique, social et fiscal*, Paris, Litec, 1995, p.108.

pratiquement pas compte des séances auxquelles les administrateurs ont assisté. En dépit de leur dénomination, ces sommes sont attribués tant aux absents qu'aux présents aux réunions du conseil. C'est la raison pour laquelle le législateur OHADA a préféré à l'appellation « jetons de présence », celle d'indemnités de fonction. C'est qu'en vérité, ces sommes correspondent moins à la présence effective des administrateurs aux séances du conseil, qu'à un forfait représentant la rémunération des administrateurs, pour le travail censé être effectivement accompli. Il n'est donc guère surprenant qu'un lexique de termes juridiques les définisse comme une « *somme fixe allouée annuellement aux administrateurs de sociétés anonymes, et de certaines compagnies, en rémunération de leurs fonctions* »⁸.

Il ne s'agit donc pas *stricto sensu* de salaire puisqu'elles ne sont pas versées en contrepartie d'une prestation de travail. Les administrateurs ne sont pas des salariés liés à la société par un contrat de travail et qui œuvrent dans la logique de subordination juridique en découlant⁹. En conséquence, les jetons de présence ne bénéficient pas du régime de protection des salaires. Précisons par ailleurs que selon les termes de l'article 430 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales « *les administrateurs ne peuvent recevoir au titre de leur fonction de façon permanente ou non aucune autre rémunération* »¹⁰. Cela dit, il n'est pas exclu qu'un administrateur ait la qualité de salarié. Dans cette hypothèse, il percevra alors en plus des jetons de présence, un salaire correspondant à son contrat de travail.

En somme, les jetons de présence représentent une indemnité forfaitaire versée aux administrateurs, en compensation du temps consacré à l'exercice du mandat social et de la responsabilité encourue dans le cadre de leurs fonctions. Ils sont, selon la jurisprudence française, indépendants des résultats d'exploitation, et sont donc perçus même en l'absence de tout bénéfice réalisé par la société¹¹. Par ailleurs, il convient de préciser que l'attribution des jetons de présence n'est pas obligatoire, même pour les administrateurs assidus aux réunions du conseil d'administration. Cela veut dire que le mandat d'administrateur peut être exercé à titre gratuit.

Quid de la répartition des jetons de présence ?

⁸ R. GUILLIEN, et J. VINCENT, *Lexique de termes juridiques*, Paris, Dalloz, 13^e édition, 2001, p. 319. V. *supra* article 431 de l'AUSC.

⁹ Cour de cassation, ch. Sociale, 23 janvier 1997, « Boyer ».

¹⁰ Article 430 de l'AUSC : « *Hors les sommes perçues dans le cadre d'un contrat de travail, les administrateurs ne peuvent recevoir, au titre de leurs fonctions, aucune autre rémunération, permanente ou non, que celles visées aux articles 431 et 432 ci-après.*

Les dispositions du présent article ne visent pas les dividendes qui sont régulièrement répartis entre les actionnaires. Toute décision prise en violation du premier alinéa du présent article est nulle ». Voir également *Encyclopédie du Droit OHADA*, préc., p. 1860.

¹¹ CA Paris, 28 sept. 1990 : *D.* 1990, IR, 268 ; *Rev. Fr. compt.* mars 1991, p. 61, note Ph. REIGNE. V. également *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p.488.

b/ Répartition des jetons de présence

Si l'on s'en tient à la lecture de l'article 431 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales, il ressort que le conseil d'administration répartit librement entre ses membres, le montant des jetons de présence fixé globalement et annuellement par l'assemblée générale. Cette règle s'applique sauf disposition contraire des statuts, qui peuvent prévoir un autre mode de répartition.

La décision de répartition prise par le conseil crée un droit à percevoir les jetons de présence. En principe, la répartition se fait par parts égales. Mais, il n'est pas exclu de procéder à un partage inégal, en tenant compte de l'activité personnelle ou même de l'influence¹² de chacun des membres du conseil. Ainsi, peuvent percevoir une part supérieure, les administrateurs investis de hautes fonctions telles que celles de président du conseil d'administration ou de directeur général les plus assidus, auquel cas les jetons de présence retrouveraient leur vraie signification.

Il suffit d'un vote à la majorité simple, sans que soit nécessaire l'accord unanime des membres du conseil d'administration ou l'assentiment de ceux recevant la part la moins élevée. Pour autant, cette possibilité de répartition inégalitaire des jetons de présence ne doit pas conduire à un abus de pouvoir des administrateurs majoritaires. S'il en est ainsi, alors la répartition en cause s'exposerait à une annulation pour cause de nullité. C'est donc à juste titre que la doctrine estime que, la répartition des jetons de présence doit s'opérer à partir d'éléments objectifs d'appréciation tels que, l'assiduité et les services rendus¹³.

Dans cet ordre d'idées, la Cour d'appel de Paris a décidé qu'un président du conseil d'administration a pu légitimement procéder lui-même à la répartition de jetons de présence proportionnellement à la durée d'exercice des fonctions de chaque administrateur ; une pareille répartition étant conforme aux usages en vigueur dans la société¹⁴.

Il convient enfin de faire remarquer que l'article 431 précité fait référence à « une somme. » Il faut donc en déduire que la créance doit être versée en argent et non pas, par exemple sous la forme d'actions. D'autres types de rémunérations qui vont maintenant retenir notre attention côtoient les jetons de présence.

¹² *Encyclopédie du droit OHADA*, préc., p. 1861. V. aussi M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires*, tome 2, 20^e édition, Paris, LGDJ, 2011.

¹³ J. HONORAT, « Possibilité d'une répartition inégale des jetons de présence entre les administrateurs », Defrénois, 1986, p.47.

¹⁴ CA Paris, 28 sept. 1990, 5^e chambre commerciale, *Société Guerbert Bonvoisin c/ Forestier*. V. aussi *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 488.

2/ Les rémunérations exceptionnelles

L'article 432 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales dispose que les membres du conseil d'administration peuvent bénéficier de « *rémunérations exceptionnelles pour les missions et mandats qui leur sont confiés* ». ¹⁵

Ces rémunérations exceptionnelles sont versées aux administrateurs dans le cadre des missions ou mandats n'entrant pas dans leur attribution, c'est-à-dire le cadre normal de leurs fonctions collégiales et ne revêtant pas un caractère permanent. Il en est ainsi d'un voyage d'études à l'étranger en vue d'une implantation, d'une étude de marché, de négociations dans la perspective d'une éventuelle prise de participation.¹⁶ Il reste que la mission confiée à l'allocataire de la rémunération doit être précise et avoir été effectivement accomplie. Sinon, les sommes perçues doivent être restituées¹⁷, sans préjudice d'une action en justice pour délit d'abus de biens sociaux.

3/ Les rémunérations accessoires

L'article 432 de l'acte uniforme prévoit en plus des rémunérations susvisées, d'autres rémunérations qui peuvent être accordées aux administrateurs par le conseil d'administration.

Ce sont entre autres : le remboursement des frais (b) et les avantages en nature (b).

a/ Le remboursement de frais

Le conseil d'administration peut « *autoriser le remboursement des frais de voyage, déplacements et dépenses engagés dans l'intérêt de l'entreprise* »¹⁸. Ce remboursement est indépendant des jetons de présence. Ainsi, dès lors que les réunions du conseil occasionnent des frais de voyage et de déplacement à la charge d'un administrateur, celui-ci peut en être remboursé. L'autorisation du conseil d'administration est requise pour ce faire. Elle n'a pas nécessairement à être renouvelée à l'occasion de chaque réunion. Encore que selon le législateur OHADA, les frais remboursés doivent avoir été engagés dans l'intérêt de

¹⁵ Article 432 de l'AUSC : « *Le conseil d'administration peut également allouer à ses membres, des rémunérations exceptionnelles pour les missions et mandats qui leurs sont confiés, ou autoriser le remboursement des frais de voyage, déplacements et dépenses engagés dans l'intérêt de la société sous réserve des dispositions des articles 438 et suivants du présent Acte uniforme. (...)* ». V. *Encyclopédie du Droit OHADA*, préc., p. 1860.

¹⁶ En revanche, une rémunération attribuée à un administrateur non salarié, en contrepartie d'une activité de conseiller commercial, n'est pas exceptionnelle et ne constitue pas une indemnisation ponctuelle corrélative à des missions bien définies, eu égard à son caractère régulier, mensuel et forfaitaire. V. dans le même sens *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 489.

¹⁷ Cour de cassation, ch. com., 23 juillet 1985, *Bull. Joly*, 1985, p. 290.

¹⁸ *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc. p. 490.

l'entreprise, sous réserve des dispositions applicables aux conventions réglementées. Autrement exprimé, l'autorisation de rembourser émanant du conseil n'est pas nécessaire lorsque les conventions portent sur des opérations courantes conclues à des conditions normales.

Par exemple, en matière de remboursement de frais de voyage, seuls doivent être pris en considération les frais de transport, de repas et d'hôtel strictement nécessaires à l'administrateur pour se déplacer de sa résidence habituelle et venir siéger au conseil. Sa participation effective au conseil d'administration répondant à l'intérêt social.

b/ Les avantages en nature

L'acte uniforme sur les sociétés commerciales ne prévoit pas expressément l'allocation des avantages en nature aux administrateurs même si la pratique consacre leur attribution. Toutefois, le conseil d'administration peut, selon l'article 482 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales, attribuer des avantages en nature au Président du conseil d'administration.

B.- La rémunération liée à la fonction de direction

La rémunération des dirigeants sociaux n'est pas liée seulement à la fonction d'administration. Elle a aussi à avoir avec la fonction de direction.

Le dirigeant social va se voir attribuer en contrepartie de sa gestion, une rémunération dont les modalités de fixation varient en fonction du type de société et du mode d'administration de cette dernière.

1/ Dans les sociétés anonymes avec conseil d'administration

La rémunération dont il s'agit ici est celle allouée au Président Directeur Général¹⁹, au Directeur Général²⁰, et à son adjoint²¹.

¹⁹ La question de la rémunération du PDG est prise en compte par les articles 466 et 467 de l'AUSC. L'article 466 dispose que : « *Le président directeur général peut être lié à la société par un contrat de travail dans les conditions prévues à l'article 426 ci-dessus* ». Quant à l'article 467, il précise que : « *Les modalités et le montant de la rémunération du président-directeur général sont fixés par le conseil d'administration.*

Le cas échéant, les avantages en nature qui lui sont attribués sont fixés de la même manière que sa rémunération.

Hors les sommes perçues et les avantages en nature accordés dans le cadre d'un contrat de travail, le président-directeur général ne peut recevoir aucune autre rémunération de la société que celle visée au présent article. (...) ».

²⁰ Ce sont les articles 489 et 490 de l'AUSC qui prévoient la rémunération du DG. Le premier dispose que « *Le directeur général peut être lié à la société par un contrat de travail dans les conditions prévues à l'article 426 ci-dessus* ». Quand au second, il dispose, en son alinéa 1^{er} : « *Les modalités et le montant de la rémunération du directeur général sont fixés par le conseil d'administration* ».

Le législateur n'apporte aucune indication sur les modalités de détermination de la rémunération de ces dirigeants sociaux. Le mutisme de l'acte uniforme laisse au conseil d'administration toute latitude pour octroyer une rémunération fixe²², variable ou les deux à la fois. La fixité consiste en une somme forfaitaire mensuelle ou annuelle, alors que la variabilité dépend des résultats, du chiffre d'affaires, du salaire d'une certaine catégorie professionnelle ou de la masse salariale assumée par la société²³.

Les régimes d'indexation de la rémunération du PDG et des salaires du personnel peuvent être identiques. Ce paramètre doit avoir été régulièrement adopté par le conseil d'administration qui prendra soin de préciser le pourcentage d'augmentation des salaires du personnel salarié de la société, afin de faire face à l'éventuelle variation de l'indice retenu.

Le choix des rémunérations proportionnelles au chiffre d'affaires ou aux bénéfices suscite des contestations et des difficultés d'appréciation²⁴. Il offre cependant l'avantage indéniable de prendre en considération l'activité de l'entreprise dont la direction est assurée par le bénéficiaire de la rémunération et dont l'essor économique dépend en partie de la compétence de l'intéressé.

2/ Dans les sociétés anonymes avec administrateur général

La société anonyme avec administrateur général est une création assez particulière du législateur africain. Elle s'inscrit dans la même logique que celle qui a guidé l'institution de la société anonyme ou de la société à responsabilité limitée unipersonnelle. Il s'agit de favoriser la création des sociétés anonymes en attirant dans les pays membres de l'OHADA les investisseurs étrangers et de simplifier leur structure de gestion²⁵.

²¹ La rémunération du DGA est prévue par les articles 473 et 474 de l'AUSC. Des termes de l'article 473, l'on retient que : « *Le directeur général adjoint peut être lié à la société par un contrat de travail dans les conditions prévues à l'article 426 ci-dessus* ». Le second quant à lui dispose que : « *Les modalités et le montant de la rémunération du directeur général adjoint sont fixés par le conseil d'administration* ».

²² Sur la rémunération fixe, v. G. DONNADIEU et P. BEAUCHET, « De l'art de fixer les objectifs », *Revue Personnel*, n° 347, janvier 1994.

²³ R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale*, Paris, Fayard, 1995.

²⁴ Les difficultés et les contestations peuvent naître par exemple en matière de bénéfices à propos de la notion même de bénéfices (bénéfice brut, bénéfice net, bénéfice fiscal...), soit de la détermination de ces bénéfices (importance des provisions, amortissements ou réserves à constituer). C'est pourquoi on préfère souvent, en pratique, la formule de la participation au chiffre d'affaires qui elle aussi n'échappe pas à cette réalité.

²⁵ P.-G. POUGOUE ET ALII, *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, Yaoundé, PUA, Collection droit uniforme, 1998, p. 215. V. M. EMIEN, « L'administration et la direction de la société anonyme de type nouveau issue de la réforme du droit des sociétés commerciales applicable dans la zone OHADA », *Penant*, n° 864, 2008, p. 261 et s.

Le choix ne peut être porté sur ce type de direction que si la société anonyme comprend un nombre d'actionnaires inférieur ou égal à trois.²⁶ Ceux-ci peuvent donc, s'ils le désirent, s'affranchir d'un conseil d'administration qui serait encombrant et désigner plutôt un administrateur général. Si celui-ci estime ses fonctions trop lourdes, il peut proposer à l'assemblée générale, la nomination d'un administrateur général adjoint.

Dans l'exercice de ses fonctions, l'administrateur général peut se voir allouer, en rémunération de ses activités, par l'Assemblée Générale Ordinaire²⁷, une somme fixe annuelle à titre d'indemnité de fonction, des rémunérations exceptionnelles pour les missions et mandats qui lui sont confiées et bénéficier des avantages en nature. L'Assemblée générale ordinaire peut autoriser également le remboursement des frais de voyage, déplacements et dépenses engagés dans l'intérêt de la société. Toutes ces rémunérations trouvent leur fondement juridique en l'article 501 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales²⁸. L'Assemblée a également la latitude de fixer le montant des rémunérations et les avantages en nature à accorder à l'administrateur général adjoint.²⁹

3/ Rémunération des gérants des SARL et des SNC

Si les fonctions sont normalement rémunérées, rien n'interdit qu'elles soient gratuites³⁰, ce qui ne va d'ailleurs pas sans problème. En effet, le gérant qui exerce ses fonctions à titre gratuit est pleinement responsable tant sur le plan civil que pénal des fautes de gestion ou des actes délictueux qu'il pourrait commettre.

De façon générale, il est souhaitable de laisser à l'assemblée des associés le soin de fixer la rémunération. Sa détermination par les statuts serait trop rigide³¹, et

²⁶ Article 494 de l'AUSC : « *Les sociétés anonymes comprenant un nombre d'actionnaires égal ou inférieur à trois ont la faculté de ne pas constituer un conseil d'administration et peuvent désigner un administrateur général qui assume, sous sa responsabilité, les fonctions d'administration et de direction de la société* ». V. aussi *Encyclopédie du Droit OHADA*, préc., p. 1847.

²⁷ *Ibid.*, p. 1848.

²⁸ Article 501 de l'AUSC : « *Les modalités et le montant de la rémunération de l'administrateur général sont fixés par l'assemblée générale ordinaire ainsi que, le cas échéant, les avantages en nature qui lui sont accordés. (...)* ».

²⁹ Article 514 de l'AUSC : « *Les modalités et le montant de la rémunération de l'administrateur général adjoint sont fixés par l'Assemblée générale ordinaire ainsi que le cas échéant, les avantages en nature qui lui sont accordés. (...)* ». V. aussi *Encyclopédie du droit OHADA*, préc. p. 1848.

³⁰ Article 325 de l'AUSC : « *Les fonctions de gérant sont gratuites ou rémunérées dans les conditions fixées dans les statuts, ou dans une décision collective des associés.*

Le gérant, lorsqu'il est associé, ne prend pas part au vote de la délibération relative à sa rémunération et ses voix ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité. Toute délibération prise en violation du présent alinéa est nulle.

Les dispositions du présent alinéa ne sont pas applicables lorsque la société ne comprend qu'un seul associé.

La fixation de la rémunération n'est pas soumise au régime des conventions réglementées aux articles 350 et suivants ci-après ». V. Y. GUYON, préc., p. 538.

³¹ *Encyclopédie du droit OHADA*, préc., p. 1830. V. également J. MESTRE et D. VELLORDOCCIO, *Lamy sociétés commerciales*, 2006, n° 3006, p. 1471.

obligerait selon l'inflation et selon l'évolution de la société, à de trop fréquentes modifications statutaires et aux formalités de publicité en résultant³².

Il serait de meilleure approche de fixer dans les statuts le principe d'une rémunération et renvoyer à l'assemblée des associés, les modalités de fixation de cette rémunération.

Notons que lorsqu'elle est effective, la rémunération prévue par les statuts ou par une décision collective ordinaire des associés peut être fixée selon l'une des trois manières suivantes : elle peut être fixe, variable c'est-à-dire proportionnelle au chiffre d'affaires ou aux bénéfices, ou encore mixte, soit, être constituée d'une base fixe à laquelle s'ajoute un pourcentage des bénéfices ou du chiffre d'affaires.

La rémunération fixe offre l'avantage de la sécurité, d'autant plus qu'elle est indexée sur le coût de la vie. Mais elle présente l'inconvénient de ne pas inciter le gérant à développer davantage l'activité de la société, par une participation aux fruits de l'expansion économique. La rémunération proportionnelle présente précisément l'avantage d'intéresser le gérant, sans pour autant l'abandonner aux aléas de la conjoncture économique. Il faut indiquer pour terminer que l'augmentation de la rétribution du gérant doit être motivée non seulement par l'exercice effectif de ses fonctions, mais aussi par l'importance des tâches accomplies. À défaut, la rémunération peut être jugée excessive et peut aboutir à l'annulation de la société pour absence *d'affectio societatis*³³.

La question du contenu de la rémunération ayant été examinée, les organes chargés de la fixation de cette rémunération retiennent maintenant notre attention.

II.- Les organes chargés de la fixation de la rémunération des dirigeants sociaux

Gouvernail de l'entreprise du fait de leur position et de leurs missions, les dirigeants sociaux perçoivent des rémunérations importantes. De par la nature de leurs fonctions, ils se doivent de participer à toutes les décisions qui engagent leur société. Et c'est là, une situation qui sert parfois de levain à des conflits d'intérêts entre ces dirigeants et les sociétés qu'ils dirigent.

La preuve, c'est qu'il n'est d'ailleurs pas rare que l'on assiste à des scandales financiers, levant le voile sur une grande disparité entre les résultats (catastrophiques) de l'entreprise et les rémunérations (pharaoniques) perçues par les dirigeants, d'où l'intérêt de s'interroger sur la question des organes chargés de

³² *Ibid.* p. 1278.

³³ CA de Nîmes, 4 oct. 1973, *Quot. Jur.* 9 jan. 1975. L'intérêt social mérite donc protection lorsqu'il vient éventuellement en conflit avec l'intérêt personnel des associés. V. dans ce sens M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Paris, Litec, 16^e édition, 2003.

la fixation de ces rémunérations. Par exemple, dans l'hypothèse de la société anonyme avec administrateur général, il n'est pas rare de se retrouver dans des situations délicates du genre : qui fixe la rémunération et signe le contrat de travail d'un administrateur général ? Autrement dit, le dirigeant social n'est-il pas souvent l'architecte de sa rémunération ?

En vérité, ce qui importe ici, c'est de savoir si la décision fixant le montant ainsi que les modalités d'attribution de la rémunération d'un dirigeant doivent être soumises à une procédure de contrôle, dite, des conventions réglementées et sur laquelle le dirigeant ne peut en principe exercer aucune influence, ou si cette décision résulte d'une délibération auquel l'intéressé peut selon les cas, participer. C'est à cette préoccupation que le législateur OHADA s'adresse en mettant en place des organes chargés de la fixation des rémunérations et en ayant à l'esprit les exigences de la *corporate governance*.³⁴

Dans le présent chapitre, nous essaierons donc de montrer en droit OHADA, de quelle manière chaque organe de la société, participe ou non, seul ou en complémentarité avec d'autres organes, à l'allocation des rémunérations des différents types de dirigeants. Nous irons de l'approche institutionnelle de la rémunération (A) à l'approche conventionnelle (B). Nous saurons alors quelle est la part d'influence de ces derniers dans la détermination desdites rémunérations.

A.- L'approche institutionnelle de la rémunération

La théorie institutionnelle repose sur le principe selon lequel la rémunération versée au dirigeant découle de la nature même des fonctions qui lui sont reconnues par la loi. Ladite rémunération serait par là même institutionnelle et les organes sociaux auront alors une compétence exclusive dans la détermination de la rémunération de ces dirigeants.

Sous ce rapport, la détermination de la rémunération des dirigeants sociaux est tantôt de la compétence exclusive de l'Assemblée Générale (1), tantôt elle relève de celle du Conseil d'Administration (2).

1/ La compétence exclusive de l'assemblée générale

L'assemblée des porteurs de parts ou d'actions a une compétence exclusive, lorsqu'il s'agit de déterminer la rémunération des dirigeants sociaux.

³⁴ V. *Encyclopédie du droit OHADA*, préc., p. 1855. Il s'agit du gouvernement d'entreprise (qui veut que les sociétés soient gérées dans l'intérêt de tous les actionnaires et pas seulement dans l'intérêt particulier des majoritaires ou des dirigeants). V. aussi A. COURET, « Le gouvernement d'entreprise, la *corporate governance* », *D.* 1995, chron. 163.

Cela va des gérants de Sociétés en Nom Collectif, Sociétés à Responsabilité Limitée (a) jusqu'à l'administrateur général ou son adjoint (c) en passant par les membres du conseil d'administration (b).

a/ Rémunération des fonctions de gérants

Nous visons ici les gérants des SNC et des SARL. La délibération d'assemblée générale qui détermine la rémunération d'un gérant non associé, ou associé minoritaire est moins suspectée de ne pas aligner les intérêts du dirigeant, sur celui des propriétaires que la délibération d'assemblée qui bénéficie à un dirigeant associé majoritaire, puisque ce dernier a la faculté de participer à, et de peser sensiblement sur la prise de décision.

Devant ce conflit d'intérêts, la jurisprudence a donc dû encadrer de manière spécifique, la compétence exclusive de l'assemblée générale des associés dans la détermination de la rémunération des gérants de SNC (i), de SARL pluripersonnelle (ii) ou encore de SARL unipersonnelle (iii).

i/ La détermination de la rémunération des gérants de Société en Nom Collectif

Le législateur OHADA a précisé, concernant la rémunération des gérants de Société en Nom Collectif, qu'elle « *est fixée par les associés à la majorité en nombre et en capital des associés* »³⁵ si le gérant n'est pas un associé de la société.

Mais, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 278 de l'acte uniforme relatif aux sociétés commerciales, « *si le gérant dont la rémunération doit être fixée est lui-même associé, la décision est prise à la majorité en nombre et en capital des autres associés* ».

C'est donc dire que quelles que soient les hypothèses, le gérant ne participe pas à la décision de sa rémunération. Aucun conflit d'intérêt ne devrait en conséquence pouvoir entacher la procédure. Il ne faut toutefois pas perdre de vue cette spécificité de la SNC qui fait de tous les associés des gérants, même s'il est vrai que les statuts pourraient en disposer autrement³⁶.

³⁵ Article 278 al. 1 de l'AUSC : « *Sauf clause contraire des statuts, la rémunération des gérants est fixée par les associés, à la majorité en nombre et en capital des associés.*

Si le gérant est lui-même associé, la décision fixant sa rémunération est prise à la majorité en nombre et en capital des autres associés (...) ». V. aussi *Encyclopédie du droit OHADA*, préc., p. 1990.

³⁶ L'article 276 de l'AUSC dispose que : « *Les statuts organisent la gérance de la société. Ils peuvent désigner un ou plusieurs gérants, associés ou non, personnes physiques ou morales, ou en prévoir la désignation dans un acte ultérieur. Si une personne morale est gérante, ses dirigeants sont soumis aux mêmes conditions et obligations et encourent les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'ils étaient gérants en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent. À défaut d'organisation de la gérance par les statuts, tous les associés sont réputés être gérants* ». V. *Encyclopédie du droit OHADA*, préc., p. 1990.

Et bien que ce cas de figure soit assez rare dans la pratique, il amène bien des questions et on est tenté de se pencher sur cette assemblée d'associé, organe social à double casquette, puisqu'en son sein, se confondent parfaitement les propriétaires, organe dont émane la norme, et les gérants, organe exécutif de la société, chargés de mettre en œuvre la politique des associés.

Comment dans ce cas, l'assemblée des associés peut-elle déterminer la rémunération de chacun des gérants, si aucun gérant n'est désigné dans les statuts ? Tous les associés ayant dans cette hypothèse la qualité de gérant, faut-il les exclure tous de la participation au vote fixant leurs rémunérations ?

Évidemment, la réponse à cette interrogation est négative, puisque les associés ont tous pouvoirs pour prévoir des dispositions statutaires permettant de faciliter le fonctionnement normal de la SNC. Les dispositions relatives aux sociétés en nom collectif sont également applicables aux sociétés en commandite simple dans la mesure où, les associés en nom collectif encore appelés associés gérants, sont dans la même situation que les commandités, seuls admis à diriger la société en commandite simple³⁷.

ii/ La détermination de la rémunération des gérants de SARL

Les fonctions de gérant normalement rémunérées peuvent également être exercées à titre gratuit, mais cette option n'est pas sans inconvénients. La rémunération du gérant est donc fixée soit par les statuts, ce qui peut s'avérer peu commode, chaque actualisation impliquant inévitablement des modifications statutaires, soit par une décision collective des associés réunis en assemblée générale³⁸.

Seuls les cas où l'assemblée générale fixe la rémunération nous intéressent ici. Et sous ce rapport, on retiendra que la décision portant détermination de la rémunération relève des pouvoirs de l'assemblée générale ordinaire ou extraordinaire des associés. Les modifications ultérieures de cette rémunération ne nécessitent alors qu'une simple décision prise aux mêmes conditions de majorité. Pour comprendre de quelle manière l'assemblée générale alloue un traitement au gérant, il faut connaître la nature de la décision fixant la rémunération du gérant.

Plusieurs questions se posent à ce sujet. S'agit-il d'une décision unilatérale de l'assemblée générale ou, au contraire d'une convention liant cet organe avec le dirigeant ? Et dans ce deuxième cas, la fixation de la rémunération du gérant est-

³⁷ Article 298 de l'AUSC : « *La société en commandite simple est gérée par tous les associés commandités, sauf clause contraire des statuts qui peuvent désigner un ou plusieurs gérants, parmi les associés commandités, ou en prévoir la désignation dans un acte ultérieur, dans les mêmes conditions et avec les mêmes pouvoirs que dans une société en nom collectif* ». V. *Encyclopédie du droit OHADA*, préc., p 1974.

³⁸ Voir *supra*. V. également *Encyclopédie du droit OHADA*, préc., p 1830 ; *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 501.

elle une décision courante prise à des conditions normales, ou au contraire faut-il la soumettre à la procédure de contrôle des conventions réglementées ?

La réponse est que la rémunération du gérant de la SARL n'est pas soumise au régime des conventions réglementées, car sa fixation relève des statuts ou de la décision collective des associés³⁹. Rappelons que la qualification institutionnelle de la rémunération repose sur l'idée que, la rémunération attribuée au gérant de SARL découle de la nature même de sa fonction reconnue par la législation. La Cour de cassation française semblait se rapprocher de cette position, dans un arrêt du 30 mai 1989 puisqu'elle considérait que « *La décision de l'assemblée des associés d'une SARL accordant dans des conditions normales au gérant des gratifications, qui font partie de sa rémunération, ne constitue pas une convention réglementée* »⁴⁰, ce qui la ferait échapper aux dispositions de l'article 350 de l'Acte Uniforme sur les sociétés commerciales, relatif aux conventions réglementées.

Par ailleurs cette question ayant été résolue, l'autre problème qu'il convient de résoudre est celui de savoir si en cas de décision collective, le gérant participe au vote ? La réponse à cette préoccupation impose une distinction entre la qualité de gérant associé et celle de gérant non associé.

En ce qui concerne le second, il faut tout de suite préciser que, n'ayant pas la qualité d'associé, il ne participe pas au vote dans la mesure où il s'agit bien d'une décision collective des associés. Pour ce qui est du premier par contre, la réponse est aisée du moment où, l'acte uniforme ne soumet pas sa rémunération au régime des conventions réglementées ; ainsi l'article 354 alinéa 2 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales qui dispose que « *l'associé concerné ne prend pas part au vote de la délibération relative à la convention et ses voix ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité* » ne lui est donc pas applicable⁴¹ ; car c'est en sa qualité d'associé et non de gérant qu'il prend part à cette délibération. Dans ce cas, la rémunération est préalablement déterminée par la collectivité des associés, et le gérant, même majoritaire, peut prendre part au vote qui détermine sa rémunération.

C'est cette solution que la Cour de cassation française a retenu dans son arrêt du 4 mars 2010, en affirmant que la détermination de la rémunération du gérant d'une SARL ne procédant pas d'une convention réglementée, le gérant peut, s'il est associé prendre part au vote. L'article 325 alinéa 3 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales ne dit pas autre chose lorsqu'il affirme que : « *la fixation de la rémunération n'est pas soumise au régime des conventions réglementées aux articles 350 et suivants ci-après* ».

³⁹ V. aussi *Encyclopédie du droit OHADA*, préc., p. 1830.

⁴⁰ Cour de cassation, ch. Com., 30 mai 1989, *Nazarian c/ SARL Massis* : *JCP* 1990, II, n° 21405 note M. MARTEAU-PETIT. V. aussi *Encyclopédie du droit OHADA*, préc., p. 1830.

⁴¹ F. ANOUKAHA, préc., p. 379. V. aussi *Encyclopédie du droit OHADA*, préc., p. 1830.

Une solution en sens contraire serait d'ailleurs surprenante, car c'est la même assemblée de porteurs de parts qui se trouve *en amont* et *en aval* de la décision. En effet, le contrôle dans la procédure des conventions réglementée intervenant *a posteriori*, par décision collective des associés, on conçoit difficilement comment il pourrait s'exercer de manière efficiente alors que la fixation de la rémunération provient de cette même collectivité des associés⁴². Soumis à la même logique, et surtout aux mêmes procédures, les compléments de rémunération qui pourraient être attribués au gérant, et devant être fixés par décision collective des associés sont fixés dans les mêmes conditions.

iii/ La détermination de la rémunération des gérants de SARL unipersonnelle

La société unipersonnelle à responsabilité limitée est une variante simplifiée de la SARL dans laquelle, l'associé unique exerce les pouvoirs dévolus à l'assemblée des associés dans les SARL classiques. C'est donc « l'associé » unique qui a le pouvoir de se prononcer, par des décisions unilatérales, sur tout ce qui relève des attributions des associés de la SARL, et notamment sur la rémunération du gérant. Celui-ci peut être l'associé unique lui-même ou un tiers. La gérance peut être dévolue à plusieurs personnes⁴³. Lorsque l'associé unique n'est pas le gérant, les dispositions générales concernant les conventions dans les SARL s'appliquent à la Société à Responsabilité Limitée Unipersonnelle (SARLU). Si l'associé unique est une personne morale (ce qui est possible), « *le gérant sera obligatoirement une personne physique non associée puisque dans la SARL, la gérance ne peut pas être confiée à une personne morale* »⁴⁴.

Dans l'hypothèse la plus fréquente où l'associé unique est lui-même gérant, il n'est pas incongru d'imaginer qu'il peut être tenté de s'attribuer une rémunération en cette qualité. De la sorte, il évitera toute confusion entre son patrimoine propre et celui de la société, ce qui lui permettra de justifier les prélèvements qu'il opère pour son compte personnel sur les biens sociaux.

Cependant, cette situation où l'associé unique de la SARL unipersonnelle fixe sa propre rémunération créera inévitablement un conflit d'intérêts puisqu'il y aura opposition directe entre l'intérêt social d'une part et ses intérêts personnels d'autre part⁴⁵. S'expose-t-il alors à une condamnation pour abus de bien sociaux ?

⁴² Voir *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 431.

⁴³ Article 323 de l'AUSC : « *La société à responsabilité limitée est gérée par une ou plusieurs personnes physiques, associées ou non.*

Elles sont nommées par les associés dans les statuts ou dans un acte postérieur. Dans le second cas, à moins qu'une clause des statuts n'exige une majorité supérieure, la décision est prise à une majorité des associés représentant plus de la moitié du capital (...) ».

⁴⁴ F. ANOUKAHA, préc., p. 402. V. dans le même sens *Encyclopédie du droit OHADA*, préc., p. 2052.

⁴⁵ *Encyclopédie du droit OHADA*, préc., p. 2051.

En France, la chambre criminelle a jugé que les peines sanctionnant les délits commis par les gérants de SARL étaient applicables aux EURL⁴⁶ ; il ressort de cette jurisprudence que le gérant d'une SARL unipersonnelle peut donc être condamné pour abus de bien sociaux. En effet, le fait que le gérant associé soit unique ne constitue nullement une garantie de bonne gestion des biens de la société. Ce dernier a la possibilité à travers cette société de s'enrichir personnellement tout en menant sa société à la faillite. La vie de la personne morale est dans ce cas menacée, mais plus grave, elle peut devenir source de préjudice pour les tiers de bonne foi (banques, fournisseurs, clients, etc...). *Quid en droit OHADA ?*

Le droit OHADA ne propose pas une solution contraire. En effet, de même qu'en droit français, obligation est faite au gérant associé unique, de veiller à bien séparer les affaires de la société de ses affaires personnelles. Dans le cas contraire, il s'expose à des poursuites pour abus de biens sociaux et on peut lui étendre également les procédures collectives.⁴⁷

b/ Rémunération des membres du conseil d'administration

Les indemnités de fonction ou plus clairement les jetons de présence résultent du partage d'une somme globale fixée chaque année par l'assemblée générale, que le conseil d'administration répartit librement entre ses membres. Cette répartition n'est pas nécessairement égalitaire, elle peut tenir compte par exemple de l'assiduité aux réunions et certains administrateurs ne sont pas rémunérés⁴⁸.

Quoi qu'il en soit, la décision d'allouer un montant au titre de jetons de présence relève de la compétence exclusive de l'assemblée générale. Cette dernière est seule compétente pour déterminer la rémunération non individuelle

⁴⁶ Cour de cassation, ch. crim., 14 juin 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 1139, note B. SAINTOURENS. V. aussi Y. GUYON, préc. p. 559.

⁴⁷ *Encyclopédie du droit OHADA*, préc., p. 2051. Voir article 189 de l'acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif (AUPC) : « *En cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens d'une personne morale, peut être déclaré personnellement en redressement judiciaire ou en liquidation des biens, tout dirigeant qui a, sans être en cessation des paiements lui-même :*

- *exercé une activité commerciale personnelle, soit par personne interposée, soit sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements ;*
- *disposé du crédit ou des biens de la personne morale comme des siens propres ;*
- *poursuivi abusivement, dans son intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale.*

La juridiction compétente peut également prononcer le redressement judiciaire ou la liquidation des biens des dirigeants à la charge desquels a été mis tout ou partie du passif d'une personne morale et qui n'acquittent pas cette dette ». V. également Trib. Régional hors classe de Dakar, n° 28 du 21 janvier 2003. Cette juridiction a ordonné l'extension de la procédure de liquidation des biens de la Sogeres à Abdoul Khafiz Fakih, dirigeant de ladite société, pour avoir posé des actes visés par l'article 189 de l'AUPC, et notamment disposé des biens et du crédit de la société.

⁴⁸ C'est le cas des administrateurs représentant les salariés dans les sociétés du secteur public ou encore des cadres supérieurs de la société mère dans les groupes de sociétés.

des administrateurs, même si aucune clause des statuts ne le prévoit expressément⁴⁹.

Cette rémunération est fixée annuellement par l'assemblée générale (ordinaire ou extraordinaire). Le montant de la somme allouée à titre de jetons de présence est la plupart du temps, fixé pour l'exercice en cours, mais rien n'empêche qu'il ne soit fixé pour des exercices à venir. En outre, l'assemblée générale peut statuer à tout moment en vue de modifier, pour l'avenir, le montant précédemment fixé. Elle peut même supprimer cette somme.

Aux termes des articles 431 et 432 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales, la somme fixée par l'assemblée générale, est répartie par la suite par le conseil d'administration⁵⁰. C'est le conseil d'administration qui est chargé de déterminer la rémunération cette fois individuelle des administrateurs. Il jouit d'une totale liberté dans l'accomplissement de cette mission d'autant plus que l'article 431 emploie l'adjectif « librement » pour qualifier son mode de répartition des jetons de présence. Il s'agit là d'une disposition qui n'est pas d'ordre public, les actionnaires pouvant en disposer autrement dans les statuts⁵¹. Cette forme de rémunération n'est pas conditionnée par la réalisation de bénéfices. Aussi, l'assemblée générale peut les octroyer, quel que soit le résultat de l'activité sociale.

En revanche, la fixation de la somme allouée à titre de jetons de présence doit impérativement être portée à l'ordre du jour de l'assemblée sous peine d'encourir un risque de nullité.

c/ Rémunération de l'administrateur général et de son adjoint

Tout comme les membres du conseil d'administration, l'administrateur général peut se voir allouer par l'assemblée générale ordinaire une indemnité de fonction, des rémunérations pour mission et mandat et des avantages en nature. En outre, l'assemblée générale peut autoriser le remboursement des frais de voyage, déplacement et dépenses engagées dans l'intérêt de la société⁵².

Quant à la rémunération de l'administrateur général adjoint, c'est également à l'assemblée générale ordinaire qu'il appartient d'en fixer les modalités et le

⁴⁹ Article 431 de l'AUSC : « *L'Assemblée générale ordinaire peut allouer aux administrateurs, en rémunération de leurs activités, à titre d'indemnité de fonction une somme fixe annuelle qu'elle détermine souverainement* ». V. *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 487.

⁵⁰ Article 431 alinéa 3 de l'AUSC : « *Sauf clause contraire des statuts, le conseil d'administration répartit librement les indemnités de fonction entre ses membres* ». V. aussi *Encyclopédie du droit OHADA*, préc., p. 1860 et 1861 ; *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 487.

⁵¹ Cela se perçoit dans la formulation de l'article 431 *in fine*, par l'expression « *Sauf clause contraire des statuts* ».

⁵² Article 501 de l'AUSC.

montant⁵³. Mais l'assemblée générale n'est pas le seul organe à détenir une compétence exclusive dans la détermination de la rémunération. Cette compétence revient également au conseil d'administration.

2/ La compétence exclusive du Conseil d'Administration

C'est le conseil d'administration qui attribue également de manière exclusive la rémunération du Président du conseil d'administration (1), du Président directeur général et du Directeur général ainsi que son adjoint (2).

a/ La détermination de la rémunération du PCA

Dans les sociétés anonymes, c'est au conseil d'administration qu'il revient de fixer la rémunération du président. Et la Cour de cassation française⁵⁴ de préciser, que le pouvoir du conseil d'administration en matière de rémunération englobe la suppression ou la modification unilatérale de la rémunération ainsi allouée⁵⁵.

Le président du conseil d'administration étant nécessairement administrateur, il perçoit en sus de cette rémunération des jetons de présence. Cette rémunération que l'on peut qualifier de « spéciale » est soit en numéraires, soit en nature soit encore un cumul des deux. Elle pourrait ainsi consister dans des numéraires en plus de la mise à disposition d'un véhicule de fonction ou d'une maison de fonction, des stocks options ou des actions gratuites⁵⁶.

Toutefois, si le conseil détient une compétence exclusive pour déterminer la rémunération du président, il n'a pas pour autant le pouvoir de ratifier a posteriori la décision d'un dirigeant, en l'espèce le président qui, sans obtenir préalablement une décision du conseil, s'est alloué une rémunération supplémentaire ; en effet, les pouvoirs légaux du conseil ne comprennent pas celui d'approuver a posteriori une rémunération décidée par le président *proprio motu*. Une telle décision peut non seulement faire l'objet d'une annulation, mais également constituer un délit d'abus de biens sociaux⁵⁷. Le dirigeant pouvant même être condamné à rembourser les rémunérations indûment perçues.

⁵³ Article 514 de l'AUSC : « *Les modalités et le montant de la rémunération de l'administrateur général adjoint sont fixés par l'Assemblée générale ordinaire ainsi que le cas échéant, les avantages en nature qui lui sont accordés (...)* ».

⁵⁴ Cour de cassation, ch. com., 24 oct. 2000, *Mme Hugon c/ Société l'impeccable et a*, Bull. Civ., IV, n° 166, p. 148, note S. FERRIES. V. aussi *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 491.

⁵⁵ Cour de cassation, ch. com., 30 nov. 2004, n° 01-13216, *Époux Y. c/ SA Garage Y.*, note D. VIDAL, BMIS Joly, 1^{er} mars 2005, n° 3, p. 391. V. aussi *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 491.

⁵⁶ *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 504. V. aussi *Encyclopédie du droit OHADA*, préc., p. 1878.

⁵⁷ Cour de cassation, ch. crim., 9 mai 1973, D. 1974, p. 271, note B. BOULOC ; Cour de cassation, ch. crim. 6 oct. 1980, *Rev. Soc.* 1981, p. 133, note B.

La Cour de cassation a ainsi eu à confirmer dans un arrêt de 2007 que la rémunération allouée au président du conseil d'administration d'une SA, notamment sous la forme d'un complément de retraite, doit faire l'objet d'une délibération du conseil d'administration sur son montant et ses modalités⁵⁸. Par ailleurs, la décision prise par deux administrateurs, mandatés par le conseil d'administration est considérée par la Cour de cassation comme illicite⁵⁹. Cette pratique étant motivée par un désir de discrétion vis-à-vis des représentants du comité d'entreprise qui siègent au conseil d'administration.

Il reste à présent à résoudre la question de savoir si le président du conseil d'administration peut prendre part au vote de la résolution qui détermine sa rémunération? Si l'on s'en tient à l'article 482 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales, rien n'interdit au président de prendre part au vote. Mieux, s'il n'existe aucune disposition contraire dans les statuts, la voix du président est prépondérante.⁶⁰ Et bien que certains dirigeants, refusent, par pudeur de prendre part au vote de la résolution fixant leurs rémunérations, il n'existe en réalité aucune disposition légale ou réglementaire, explicite ou même implicite, leur interdisant de prendre part au vote, même si l'on ne peut raisonnablement écarter un risque de conflits d'intérêts.

Ainsi, la détermination de la rémunération du président du conseil d'administration ne constitue pas une convention réglementée soumise à la procédure prévue par les articles 350 et suivants de l'acte uniforme⁶¹.

b/ La détermination de la rémunération du PDG, du DG et du DGA

Dans les sociétés anonymes à conseil d'administration, il n'existe aucune disposition légale interdisant au Président directeur général, au directeur général ou à son adjoint d'exercer leurs fonctions à titre gratuit. Néanmoins si les fonctions sont rémunérées, le conseil d'administration bénéficie d'une compétence exclusive (selon les dispositions des articles 467, 474 et 490 de l'acte uniforme sur les

⁵⁸ Cour de cassation, ch. com., 6 févr. 2007, n° 01-17877 (n° 142 FD), *Sté Gan vie*, Bull. Joly Sociétés, 2007, p. 1007. Cour de cassation, ch. com., 27 févr. 2001, n° 394 FD, *Sté Malteries franco-belge c/ Bernheim*, RIDA 6/01, n° 700. V. aussi *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 493.

⁵⁹ Cour de cassation, ch. com., 11 oct. 2005, D. 2005, p. 2743, obs. LIENHARD ; Bull. Joly Sociétés, 1^{er} avr. 2006, n° 4, p. 498, note D. VIDAL.

⁶⁰ Article 454 de l'AUSC : « *Le conseil d'administration ne délibère valablement que si la moitié au moins de ses membres est présente.*

Les décisions du conseil d'administration sont prises à la majorité des membres présents ou représentés, à moins que les statuts ne prévoient une majorité plus forte. En cas de partage des voix, la voix du président de séance est prépondérante sauf clauses contraires des statuts (...) ».

⁶¹ Encyclopédie du droit OHADA, préc., p. 1878. Article 350 alinéas 1 et 2 de l'AUSC : « *L'assemblée générale ordinaire se prononce sur les conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et l'un de ses gérants ou associés.*

À cet effet, le ou les gérants ou s'il en existe un, le commissaire aux comptes, présentent à l'assemblée Générale ordinaire annuelle ou joignent aux documents communiqués aux associés, un rapport sur les conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et l'un de ses gérants ou associés ».

sociétés commerciales), dans la détermination de la rémunération du PDG, du DG et du DGA et cela ne relève pas des conventions réglementées.

Dès lors, le conseil d'administration ne peut confier à un comité *ad hoc* le soin de fixer la rémunération du directeur général. Même si en pratique, les comités de rémunération sont constitués au sein du conseil, ils n'ont qu'un avis consultatif⁶². De même qu'il ne peut ratifier *a posteriori* une rémunération fixée par le directeur général, cette rémunération étant irrégulière, le directeur général peut se voir dans l'obligation de restituer les sommes considérées comme étant indûment perçues⁶³.

À l'identique de la rémunération du directeur général, la rémunération du directeur général adjoint est déterminée par le conseil d'administration. En cas de pluralité, il appartiendra au conseil de déterminer la rémunération qui revient à chaque directeur général délégué, il ne saurait être question de leur octroyer un montant global qu'ils se répartiraient entre eux.⁶⁴

B.- L'approche conventionnelle de la rémunération

La procédure de contrôle des conventions réglementées s'applique en réalité à deux types de conventions, les premières sont les conventions qui sont conclues entre les personnes morales et leurs dirigeants, les secondes sont les conventions conclues entre des personnes morales ayant des dirigeants communs.

En matière d'attribution de rémunération, seul le premier type de convention nous intéresse, particulièrement la rémunération qui découle d'un contrat de travail. Les dirigeants de société qui se trouvent liés avec la société par un mandat social se trouvent finalement privés d'un certain nombre d'avantages octroyés aux salariés, puisqu'ils ne bénéficient pas de la protection de la législation du travail. Pour pallier cette insuffisance, ils ont recours au cumul entre leur mandat social et le contrat de travail, et peuvent ainsi bénéficier de la protection octroyée aux salariés, mais à des conditions précises.

Nous abordons donc la question de la rémunération en cas de cumul d'un mandat social avec un contrat de travail (1) avant d'examiner celle relative au contrat de travail dans les groupes de société (2).

⁶² Cour de cassation, ch. com., 4 juill. 1995, *JCP E* 1995. II. 750, note Y. GUYON ; *Rev. Sociétés* 1995, 504, note P. LE CANNU ; *Bull. Joly* 1995.

⁶³ Cour de cassation, ch. com., 19 déc. 1987, *Bull. Joly*, 1988, p. 80.

⁶⁴ *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 490.

1/ La rémunération en cas de cumul d'un mandat social avec un contrat de travail

Envisageons d'abord le cumul du mandat social et du contrat de travail des dirigeants de Sociétés Anonymes (a), avant de nous intéresser à celui des autres dirigeants (b).

a/ Les dirigeants des sociétés anonymes

Notre étude débutera par l'analyse du cumul entre mandat social et contrat de travail des dirigeants des sociétés anonymes avec conseil d'administration (i), pour développer dans un second temps une analyse relative au cumul entre mandat social et contrat de travail des dirigeants de sociétés anonymes avec administrateur général (ii).

i) Sociétés anonymes avec conseil d'administration

Les dirigeants de sociétés anonymes à conseil d'administration, concernés par ce type de cumul sont les administrateurs (i.i), le président du conseil d'administration (i.ii), le directeur général et enfin le directeur général adjoint (i.iii).

i.i. Les administrateurs

Si les statuts ne disposent pas autrement, l'article 426 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales permet la nomination d'un salarié de la société comme administrateur « *si son contrat de travail correspond à un emploi effectif. De même, un administrateur peut conclure un contrat de travail avec la société si ce contrat correspond à un emploi effectif* ». Ces contrats de travail font l'objet d'une autorisation préalable du conseil d'administration, car il s'agit de conventions réglementées.

Le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail peut être source d'aberrations juridiques. En effet, un administrateur en sa qualité de salarié se retrouvera inmanquablement sous l'autorité hiérarchique du directeur général, alors qu'il peut, dans le même temps, en sa qualité de mandataire social voter le limogeage de ce même directeur général. Une situation juridiquement intenable qu'il convient de corriger en s'inspirant d'autres législations notamment la législation française.

Dans la législation française, le cumul est possible, mais reste néanmoins soumis à des conditions drastiques ne permettant pas à l'administrateur en fonction de conclure un contrat de travail⁶⁵, et interdisant également au salarié de cumuler son contrat de travail avec un mandat social.

⁶⁵ *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p 319.

Mais est-ce qu'un mandataire social qui a effectivement fourni, une prestation à la société, distincte de son mandat social, peut prétendre à une indemnité ? La réponse à cette question est loin d'être unanime en droit français, et a donné lieu à des décisions de justice pour le moins contradictoires. Car si la Cour de cassation a répondu par l'affirmative dans un arrêt de 1982⁶⁶, elle est revenue sur sa position quelques années plus tard⁶⁷.

Cela ne veut pas dire pour autant qu'un administrateur ne puisse changer de statut et devenir salarié, mais il sera alors dans l'obligation de démissionner de ses fonctions d'administrateur et d'attendre que sa démission soit entérinée par l'assemblée générale pour conclure son contrat de travail⁶⁸. Or si la société peut librement révoquer un mandataire social, il lui est par contre impossible de remercier un salarié sans le licencier ! Et si son licenciement n'est pas régulier, la société se trouvera dans l'obligation de lui verser une indemnité. C'est la crainte de devoir verser cette indemnité qui risque de constituer un frein au principe de libre révocation du mandataire, d'où l'interdiction pour un administrateur en fonction de devenir salarié.

En revanche, le législateur permet aux salariés qui se distinguent par leurs aptitudes, et dont l'expérience peut être utile à la société, de ne pas être otage de leur statut de salarié et de s'assurer une promotion sociale, en ayant la possibilité d'accéder à l'exercice d'un mandat social. Cependant, cette faculté est subordonnée à plusieurs conditions. Ainsi, le contrat de travail doit impérativement être antérieur au mandat social. Ensuite le contrat de travail doit correspondre à un emploi effectif, c'est-à-dire un emploi sérieux, sincère, et où le lien de subordination est réel⁶⁹, enfin le nombre des administrateurs liés par un contrat de travail ne doit pas dépasser le tiers des administrateurs en fonction⁷⁰.

En droit OHADA par contre, de la même manière qu'un salarié peut cumuler son contrat de travail avec un mandat social, un mandataire social peut également conclure un contrat de travail. La règle vaut ainsi pour les uns et les autres dans les conditions prévues par l'article 426 de l'acte uniforme relatif aux sociétés commerciales⁷¹.

⁶⁶ Cour de cassation, ch. soc., 6 mai 1982, *Mangano*, *Bull. Civ.* V n° 281.

⁶⁷ Cour de Cassation, ch. com., 16 mai 1995 n° 1066, *RJDA* 10/95 n° 1112 ; Cour de cassation, ch. Soc., 24 juin 2003 n° 1737.

⁶⁸ CA de Paris, 25 mai 2004, *BRDA* 21/04, n° 3.

⁶⁹ Cour de Cassation, ch. soc., 17 sept. 2008, n° 07-43626, *M. X. c/ Société Odorup France*, *Bulletin Joly*, 1^{er} janvier 2009, n° 1, p. 12.

⁷⁰ *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 317

⁷¹ Article 426 de l'AUSC : « Sauf clause contraire des statuts, un salarié de la société peut être nommé administrateur si son contrat de travail correspond à un emploi effectif. De même, un administrateur peut conclure un contrat de travail avec la société si ce contrat correspond à un emploi effectif. Dans ce cas, le contrat est soumis aux dispositions des articles 438 et suivants ci-après ».

i.ii Le PCA

Lorsque la société anonyme est dotée d'un conseil d'administration, le Président dudit conseil « *peut être lié à la société par un contrat de travail dans les conditions prévues à l'article 426* »⁷² de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Ce qui signifie en principe qu'il n'existe aucune incompatibilité entre la qualité de Président du conseil d'administration qui est un administrateur élu par les actionnaires et celle de salarié de la société.

Les conditions posées par l'article 426 sont celles relatives à l'effectivité de l'emploi. Ce type de contrat est une convention réglementée régie par l'article 438 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales, il est donc soumis à l'autorisation préalable du conseil d'administration. Toutefois, si son contrat de travail est antérieur à son élection au conseil d'administration, cette autorisation n'est pas nécessaire.

i.iii Le PDG, le DG et le DGA

Ils sont soumis aux mêmes règles que le PCA et les articles 466, 489 et 473 indiquent respectivement que le Président directeur général, le Directeur général et le Directeur général adjoint peuvent être liés à la société par un contrat de travail.

Le directeur général peut exercer sa fonction sans avoir recours au cumul. Il peut être actionnaire ou une personne extérieure à la société. Mais en tout état de cause, il peut cumuler sa fonction avec plusieurs autres fonctions. Tout d'abord, le directeur général peut cumuler sa fonction de directeur général avec celle de membre du conseil d'administration. Il percevra à ce titre, des jetons de présence en plus de ses émoluments de directeur général. Les règles applicables aux administrateurs sont identiques à celles relatives au directeur général membre du conseil d'administration.

Par ailleurs, le directeur général peut exercer la fonction de président du conseil d'administration. Il est possible aujourd'hui de choisir entre deux options : dissocier les fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général ou les réunir en une seule fonction, celle de Président directeur général. Dans la seconde hypothèse où le directeur général est également président du conseil d'administration, il percevra des jetons de présence en sa qualité d'administrateur, une rémunération spéciale en sa qualité de président du conseil d'administration, ainsi qu'une autre rémunération en sa qualité de directeur général.

⁷² Article 481 de l'AUSC : « *Le président du conseil d'administration peut être lié à la société par un contrat de travail dans les conditions prévues à l'article 426 ci-dessus* ».

Mais peut-il cumuler sa fonction de président directeur général avec un contrat de travail ? Aucune disposition n'interdit à un salarié d'accéder sous certaines conditions à un mandat social. Mais dans ce cas, le contrat de travail nécessairement antérieur au mandat social échappe à la procédure de contrôle des conventions réglementées. En revanche toutes modifications ultérieures du contrat de travail seront soumises à la procédure de contrôle des conventions réglementées⁷³.

S'agissant du Directeur général adjoint, qu'il soit membre du conseil d'administration ou non, aucune disposition légale ne lui interdit de cumuler son mandat social avec un contrat de travail. Cependant pour éviter certains abus, un tel cumul est soumis à une exigence : le contrat de travail après la nomination se doit de correspondre, à un emploi effectif. Les deux fonctions doivent être distinctes, sans risque de confusion, et l'intéressé doit rester soumis à un lien de subordination. Il faut donc se féliciter de la jurisprudence française constante⁷⁴ qui considère que lorsque les fonctions sociales « absorbent » les fonctions salariées ou lorsque le lien de subordination fait défaut, le contrat de travail se trouve, en l'absence de convention contraire, automatiquement suspendu, durant l'exercice du mandat social⁷⁵.

Intéressons-nous à présent aux dirigeants des sociétés anonymes avec administrateur général.

ii. Sociétés anonymes avec administrateur général

Le contrat de travail de l'administrateur général « *est soumis à l'autorisation préalable de l'assemblée générale* »⁷⁶. Pour être valable, son contrat doit correspondre à un emploi effectif. Il en est de même pour l'administrateur général adjoint⁷⁷.

Dans les sociétés anonymes avec administrateur général, celui-ci exerce ses pouvoirs sous une double limite : le respect de l'objet social d'une part et celui des pouvoirs reconnus aux assemblées d'actionnaires d'autre part. C'est pourquoi son contrat de travail doit être nécessairement soumis à l'autorisation de l'assemblée générale.

⁷³ *Encyclopédie du droit OHADA*, préc., p. 1878.

⁷⁴ Cour de cassation, ch. soc., 12 déc. 1990, *Bull. Joly*, 1991, p. 842, § 302, note P. LE CANNU.

⁷⁵ CA de Paris, 21^e ch. sect. A, 10 sept. 2003, n° 02/31298, *Hildenbrand c/ SCGPM*, note G. AUZERO.

⁷⁶ Article 499 de l'AUSC : « *L'administrateur général peut être lié à la société par un contrat de travail à la condition que celui-ci corresponde à un emploi effectif. Le contrat de travail est soumis à l'autorisation préalable de l'Assemblée générale. A défaut, le contrat de travail est nul* ».

⁷⁷ Article 513 de l'AUSC : « *L'administrateur général adjoint peut être lié à la société par un contrat de travail à la condition que celui-ci soit effectif. Le contrat de travail est soumis à l'autorisation préalable de l'Assemblée générale ordinaire. A défaut, le contrat de travail est nul* ».

Si l'acte uniforme n'avait pas apporté cette précision, l'on aurait assisté à des abus de la part de l'administrateur général. En effet, « *l'absence de conseil d'administration dispense l'administrateur général de la nécessité d'obtenir une autorisation préalable pour conclure certains contrats avec la société qu'il dirige* »⁷⁸. Ainsi, il aurait pu conclure son contrat de travail avec la société sans la moindre autorisation.

Mais une question se pose ici, c'est celle de savoir qui doit signer ce contrat ? En principe, l'administrateur étant le représentant légal de la société dans ses rapports avec les tiers, c'est à lui qu'il revient la charge de signer ce contrat ; seulement ici, il nous semble judicieux, et ce, pour éviter des conflits d'intérêts de le faire signer par l'un quelconque des actionnaires de la société.

b/ Les gérants des SNC et des SARL

Sous cette appellation générique, nous entendons regrouper uniquement les gérants des SNC (i), ainsi que ceux des SARL (ii).

i/ Gérant de la société en nom collectif

Les gérants de SNC, ayant la qualité de commerçant, ne peuvent en principe, conclure un contrat de travail, cette qualité étant incompatible avec la qualité de salarié, sauf à considérer un arrêt prudhommal de Paris⁷⁹. Bien que les textes soient muets, le cumul des fonctions de gérant non associé avec celles de salarié est admis, à condition que les fonctions salariales soient effectives et que le gérant non associé soit dans un état de subordination à l'égard de la société⁸⁰.

Il percevra un salaire au titre de sa fonction de salarié, ainsi qu'une autre rémunération en sa qualité de gérant, cette dernière rémunération pouvant être précisée aussi bien par les statuts que par une décision collective des associés prise à la majorité qu'ils déterminent. Néanmoins, la question du cumul reste sensible lorsqu'elle concerne le gérant associé. Ce dernier ayant automatiquement le statut de commerçant, il importe de savoir si cette qualité n'est pas incompatible avec le statut de salarié.

La Cour d'appel de Paris a rendu une décision en matière prud'homale⁸¹ dans laquelle elle considérait, à l'inverse de ce qui était communément admis, « *qu'aucun texte relatif aux sociétés en nom collectif n'interdisait le cumul des qualités d'associé et de salarié d'une SNC* ». En autorisant ce cumul, la Cour d'appel de Paris estime qu'il n'existe aucune raison de refuser à l'associé la qualité

⁷⁸ F. ANOUKAHA ET ALII, préc., p. 430.

⁷⁹ CA Paris, 4 nov. 2003, *BRDA* 3/2004, n° 3 ; *Dr. Soc.*, 2004, n° 217, obs. J. MONNET ; *JCP E* 2004, 1510, n° 5, civ. V, n° 239, J.J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER.

⁸⁰ *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 329.

⁸¹ CA Paris, 4 nov. 2003, *BRDA* 3/2004, n° 3 ; *Dr. Soc.*, 2004, n° 217, obs. J. MONNET ; *JCP E* 2004, 1510, n° 5, civ. V, n° 239, J.J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER.

de salarié si l'activité développée au titre de chacune de ces deux qualités est tout à fait distincte. Cette solution qui constitue une avancée sur le plan pratique gagnerait à être adoptée par le législateur ohada.

Voyons à présent le régime du cumul applicable aux gérants des SARL.

ii/ Gérant de la société à responsabilité limitée

Le gérant peut cumuler un contrat de travail et un mandat d'administrateur de SARL puisqu'aucune règle légale ne l'interdit. De plus, ce cumul peut être intéressant pour le gérant qui joint à l'avantage de la rémunération, une garantie liée aux droits sociaux reconnus aux travailleurs⁸². Deux conditions essentielles doivent cependant être remplies : le contrat de travail doit être effectif et distinct des fonctions de gérant et doit placer l'intéressé dans un état de subordination vis-à-vis de la société⁸³.

Selon la jurisprudence française, lorsque le gérant est non majoritaire, qu'il soit associé ou non, rien ne lui interdit de cumuler entre le mandat social et le contrat de travail⁸⁴, à condition de respecter les conditions générales. Cependant, le contrat de travail devra être soumis à la procédure des conventions réglementées. En revanche si le gérant est majoritaire, le cumul est exclu, le lien de subordination⁸⁵ étant impossible à établir.

2/ Le contrat de travail dans les groupes de société

Si le cumul intervient le plus souvent à l'intérieur d'une même société, il est également courant dans les groupes de sociétés. Il en est ainsi lorsqu'un salarié dans la société mère est nommé mandataire dans la filiale (a), ou encore lorsque l'objet du contrat de travail est l'exercice d'un mandat social (b).

a/ Le cumul du contrat de travail dans une société et d'un mandat social dans une autre

Il est fréquent qu'un salarié dans une société mère soit nommé mandataire dans la filiale. Il s'agit là d'une situation classique de cumul entre un contrat de travail et un mandat social, et il n'existe aucune base légale interdisant au salarié

⁸² B. SAINTOURENS, *L'entreprise en société à responsabilité limitée*, Paris, Dalloz, 1994, p. 22 et s.

⁸³ F. ANOUKAHA ET ALII, préc., p. 379 (Cour de Cassation, ch. soc., 17 sept. 2008, n° 07-43.626, *Margueritte c/ Mauhin*, JCP, 1^{er} janvier 2009, note C. PUIGELIER) : il s'agit de l'appréciation de la preuve du lien de subordination supposé avoir existé en parallèle d'un mandat social.

⁸⁴ Cour de cassation, ch. soc., 2 juin 1988 n° 2047 ; Cour de Cassation, ch. soc., 16 mai 1990, n° 86-42.681, *Assédic de l'Ain et des deux savoies c/ Verturini* : RJS 6/90 n° 535 ; Cour de cassation, ch. soc., 16 déc. 1981, n° 2428 ; Cour de Cassation, ch. soc., 13 nov. 1985, n° 83-41.075, *SARL Techneco c/ Dautrey*.

⁸⁵ Cour de cassation, ch. soc., 7 févr. 1979 : *Rev Sociétés* 1980, p. 473 ; Cour de cassation, ch. soc., 8 oct. 1980 : *D.* 1981, p. 257, NOTE REINARD ; Cour de Cassation, ch. soc., 31 mars 1982, n° 81-11.449, *Assédic Atlantique, Anjou c/ Brunner* : *Bull. civ.*, V, n° 239.

de cumuler son contrat de travail avec un mandat social, pour peu qu'il respecte les conditions générales du cumul ; des conditions dont la transgression peut entraîner la suspension temporaire du contrat de travail jusqu'à l'extinction du mandat social.

Le salarié-mandataire social percevra deux rémunérations distinctes. Une première rémunération au titre de son contrat de travail et une seconde au titre de son mandat social. La société mère peut supporter seule la charge de la rémunération de son salarié, mandataire sociale dans une de ses filiales, mais elle peut également facturer le montant des rémunérations à la filiale.

b/ L'exercice d'un mandat social au travers d'un contrat de travail

Afin d'exercer un meilleur contrôle sur sa filiale, la société peut avoir recours à une pratique, qui n'est pas rare, et qui consiste à recruter un salarié qui exercera des fonctions de mandataire social dans l'une de ses filiales⁸⁶.

Cette pratique présente des avantages aussi bien pour la société mère que pour le salarié mandataire-social. Cela permet à la société mère de mieux contrôler sa filiale puisque l'un de ses mandataires sociaux est sous son influence directe. De son côté le salarié-mandataire social accède à la protection du droit du travail, en bénéficiant, ainsi, d'une certaine stabilité. Néanmoins, du point de vue de la doctrine, cette pratique n'a pas fait l'unanimité, et a soulevé un certain nombre de polémiques, et de vives critiques.

En premier lieu, la question s'est posée de savoir si un contrat de travail pouvait avoir pour unique objet l'exercice d'un mandat social ? Et si la conclusion d'un contrat de travail entre le salarié-mandataire social, et la société mère, pouvait constituer une entrave au principe de la révocabilité *ad nutum* des mandataires sociaux ?

La Cour de cassation a tranché, et a admis la validité du « contrat de travail ayant pour objet exclusif l'exercice du mandat social dans la filiale »⁸⁷, non sans avoir assujéti la validité de ce contrat à un certain nombre de conditions. La première condition consiste en l'existence d'un lien de subordination entre la société mère et le salarié-mandataire social⁸⁸, ce qui revient à dire que la société mère doit garder à l'encontre du salarié-mandataire social des prérogatives de tout employeur à l'encontre de ses employés. À défaut d'un tel lien, la Cour de cassation a jugé que le seul fait d'être mandataire social d'une société contrôlée

⁸⁶ *Dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 366.

⁸⁷ Conseil des prudhommes de Paris, 15 sept. 2003, n° R 03/02822, *Sandager c/ Vivarte* : *Bull. Joly Sociétés*, 1^{er} Déc. 2003, n° 12, p. 1323, note B. SAINTOURENS.

⁸⁸ Cour de cassation, ch. soc., 2 oct. 1991, n° 2878 : *RJDA*, 12/91, n° 1041 ; CA Versailles, 25 nov. 1994 : *RJS* 3/95 n° 312 ; Cour de cassation, ch. soc., 4 mars 1997, n° 1056 : *RJDA*, 6/97, n° 781 ; Cour de cassation, ch. soc., 11 mars 2003, n° 742 : *RJDA*, 6/03, n° 596 ; Cour de cassation, ch. soc., 24 janv. 2007, n° 05-42.366 : *Bull. Joly*, 2007, p. 606, note P. LE CANNU.

directement ou indirectement telles une filiale ou une sous-filiale ne donne pas au mandataire social la qualité de salarié de la société mère.⁸⁹

Il faut ensuite que l'attribution de la rémunération émane de la société mère⁹⁰.

Enfin, il est aussi indispensable que l'objet du contrat de travail soit l'exercice du mandat social. Nous nous trouvons finalement face à un mandataire social, qui exerce son mandat au travers d'un contrat de travail dont l'unique objet consiste dans l'exercice du mandat social.

Il reste à se demander si la validité d'un tel contrat n'entrave pas l'application du principe de la révocation ad nutum ? En vérité, le contrat de travail conclu avec une société mère notamment pour exercer un mandat social dans une filiale n'est pas illicite, si bien que l'on peut y insérer une clause d'indemnité prévue en cas de licenciement sans faute. Il faut indiquer que l'insertion de ladite clause n'est pas de nature à entraver ou restreindre la libre révocation des mandataires sociaux.

Autrement dit, ledit mandataire est toujours sous l'emprise de la révocation ad nutum. Toutefois, il peut valablement faire valoir ses droits en matière sociale au titre de la rupture de son contrat de travail dès lors que la société mère, qui lui avait confié d'autres missions dans le cadre dudit contrat, n'était pas tenue de le licencier après la révocation du mandat surtout que son état de subordination à l'égard de la société mère était établi notamment par les directives qui à lui imposées pendant l'exercice de son mandat⁹¹.

⁸⁹ Cour de Cassation, ch. soc., 28 juin 2001, n° 3184, *RJS*, 10/01 n° 1225.

⁹⁰ Cour de cassation, ch. soc., 2 oct. 1991 n° 2878 : *RJDA* 12/91 n° 1041 ; Cour de cassation, ch. soc., 6 oct. 1993, n° 3194 : *RJS* 11/93 n° 1147.

⁹¹ CA Paris 4 juin 1997, 18^e chambre, *C. Péliissier c/ SA CFDI* : *RIDA* 11/97 n° 1354.