Tous droits réservés

DROIT COMMUN DES SOCIETES

Séance 9 : Les dirigeants sociaux (2)

I. La rémunération des dirigeants 2

A) La fixation de la rémunération 2

1) *La rémunération des administrateurs* 2

2) *La rémunération des dirigeants* 3

B) Modification ou suppression de la rémunération 3

II. La cessation des fonctions de dirigeants 4

A) Le décès du dirigeant 4

B) La démission du dirigeant 4

C) La révocation du dirigeant 5

1) *Révocation ad nutum* 5

2) *Révocation pour juste motif* 5

III. La responsabilité des dirigeants sociaux 7

A) La responsabilité civile des dirigeants 7

B) La responsabilité pénale 9

C) La responsabilité fiscale 10

I. La rémunération des dirigeants

A) La fixation de la rémunération

1) *La rémunération des administrateurs*

Définition : Il s'agit de la rémunération des membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance.

L'**article L. 225-44 al. 1 du Code de commerce** disposait que la rémunération des administrateurs passait par l'octroi de jetons de présence. Depuis la **loi PACTE du 22 mai 2019**, on ne parle plus de jetons de présence mais de rémunération. Toute clause statutaire contraire serait réputée non écrite et toute décision basée sur une clause statutaire contraire serait nulle.

Les administrateurs peuvent exercer leurs fonctions de manière bénévole, mais le plus souvent, ils sont rémunérés. C'est à l'assemblée générale des actionnaires de déterminer une somme annuelle fixe en guise de rémunération des administrateurs. La fixation du montant se fait indépendamment des décisions antérieures et des dispositions statutaires.

Outre cette rémunération principale, d'autres rémunérations peuvent également être accordées aux administrateurs :

- La rémunération exceptionnelle : C'est le cas lorsque l'administrateur a été chargé de missions particulières qui excèdent sa fonction normale (**art. L. 225-46 C. com.**).
- Les avantages en nature : Ces avantages sont extrêmement fréquents en pratique.

Exemple : L'utilisation d'un véhicule professionnel

- Options de souscription ou d'achat d'actions : Les administrateurs ont la possibilité d'acquérir, à des conditions avantageuses, des titres émis par la société (**art. L. 225-185 C. com.**).
- Le remboursement de frais.

2) *La rémunération des dirigeants*

Définition : Il s'agit de la rémunération du président du conseil d'administration, du directeur général, des directeurs généraux délégués, des membres du directoires et des gérants.

La première catégorie de rémunération est la **rémunération immédiate** : Elle vient en contrepartie de l'exercice des fonctions de direction. La détermination de la rémunération relève de la compétence exclusive du conseil d'administration ou du conseil de surveillance.

Cependant, en application du principe du *say on pay*, introduit en France par le **Code AFEP-MEDEF** le 16 juin 2013, l'assemblée générale annuelle doit être consultée sur la rémunération des dirigeants.

Est également prévu l'octroi de **rémunérations différées**. Il peut s'agir de compléments de retraite ou d'indemnités de départ. Ces pratiques sont licites sous réserve qu'elles ne fassent pas échec à la règle de la révocabilité ad nutum.

Exemple : Porte atteinte à la libre révocabilité du dirigeant social l'engagement pris par la société de verser une indemnité pour toute révocation intervenant dans un temps déterminé et pour quelque cause que ce soit (**Cass. Com., 26 mai 2004, n° 01-03.569**).

B) Modification ou suppression de la rémunération

La modification de la rémunération des dirigeants est subordonnée à une décision du conseil d'administration.

Concernant la suppression de la rémunération immédiate, la Cour de cassation estime « *qu'il appartient au conseil d'administration, s'il entend mettre fin à la rémunération de prendre une délibération sur ce point* » (**Cass. Com., 31 mai 1996**). L'arrêt portait sur la rémunération du président du conseil d'administration mais la solution est transposable au directeur général et aux directeurs généraux délégués. Cependant, l'arrêt semble imposer une renonciation explicite de la part du dirigeant à cette rémunération. Pour une confirmation de cette solution, la Cour de cassation a pu considérer que le conseil de surveillance ne peut réduire rétroactivement la

rémunération des membres du directoire sans l'accord de ceux-ci (**Cass. Com., 10 fév. 2009, n°08-12.564**).

Cette règle est également transposable aux rémunérations accessoires et notamment aux avantages matériels consentis par une société à un ancien dirigeant (mise à disposition d'une voiture, d'un bureau ...).

Concernant, les rémunérations différées, ces dernières peuvent être supprimées par le Conseil d'administration sans que l'accord du bénéficiaire ne soit requis.

II. La cessation des fonctions de dirigeants

A) Le décès du dirigeant

Le décès du dirigeant social n'apporte pas de remarques particulières, si ce n'est qu'il est possible d'anticiper cette situation en prévoyant des mécanismes visant à régler la situation postérieure au décès du dirigeant. Il est ainsi possible de conclure un contrat d'assurance décès homme clé. Cela permet notamment de pallier une baisse d'un chiffre d'affaire et de maintenir les emplois à la suite du décès d'un dirigeant. L'autre solution peut résulter dans une délégation réalisée avant le décès de l'intéressé ou encore en un mandat à effet posthume.

B) La démission du dirigeant

La démission du dirigeant social est un acte juridique unilatéral qui produit ses effets dès lors qu'elle a été portée à la connaissance de la société (**Cass. Com., 22 fév. 2005, n°03-12.902**).

La démission entraine la cessation du mandat social.

C) La révocation du dirigeant

1) Révocation ad nutum

Cette révocation s'applique notamment aux administrateurs de SA (**art. L. 225-18 C. com.**), au président du conseil d'administration de la SA (**art. L. 225-47 C. com.**), aux membres du conseil de surveillance de la SA (**art. L. 225-75 C. com.**). De plus, à défaut de précisions textuelles contraires, les dirigeants sont révoqués par ce biais.

La révocation ad nutum se traduit littéralement par la révocation sur un signe de tête. La libre révocabilité est d'ordre public et toutes clause contraire doit être annulée (**Cass. Civ., 23 mai 1944**).
Cette révocation ne nécessite ni préavis (**Cass. Com., 23 juin 1975, n° 73-10.570**), ni juste motif (**Cass. Com., 3 janv. 1985**).

Le gérant n'a en principe pas droit à des indemnités. De manière très exceptionnelle, la jurisprudence a parfois accordé des dommages et intérêts au dirigeant révoqué. Dans le même ordre d'idée, le versement d'une indemnité forfaitaire en cas de révocation doit être nul. La révocation ad nutum met également fin au contrat de travail consenti au dirigeant (**Cass., Soc., 15 mars 1983, n° 81-40.368**).

La révocation du représentant permanent de la personne morale est libre et n'est soumise à aucune formalité. Il appartient simplement à la personne morale de notifier cette révocation à la société pour la bonne information de celle-ci.

2) Révocation pour juste motif

Dans ce cadre, il est nécessaire de fournir au dirigeant un juste motif de révocation. A défaut, il ne peut être réintégré mais a droit à une indemnisation.

Le juste motif de révocation peut être une faute du dirigeant par exemple.

Pour que la faute soit admise comme motif de révocation, elle doit respecter certaines conditions :

- La faute doit avoir été commise dans le cadre d'un mandat social.

> **Exemple :** La création par le gérant d'un « état d'esprit fâcheux » auprès des associés et d'au moins un client, ne constitue pas un motif légitime de révocation (**Cass. Com., 4 mai 1993, n° 91-14.693**).

- La faute peut soit provenir d'un acte positif comme l'inobservation de dispositions légales ou statutaires, soit d'un manquement à des obligations tel que l'absence de prise de décision face à l'aggravation de la situation de la société.
- La faute doit être actuelle de sorte que des griefs trop anciens ne sauraient constituer un juste motif de révocation.

La révocation pour juste motif peut aussi intervenir indépendamment d'une faute. Il s'agit d'un juste motif fondé sur l'intérêt social.

> **Exemple :** La Cour de cassation admet qu'une divergence de point de vue sur la gestion de la politique sociale incarne un juste motif de révocation (**Cass. Com., 17 juillet 1984, n° 83-12.925**).

Cette procédure s'applique aux membres du directoire de la SA et au directeur général non président de la SA (**art. L. 225-55 et L. 225-61 C. com.**), ainsi qu'aux gérants de la SNC (**art. L. 221-12 C. com.**) et au gérant de SARL (**art. L. 223-25 du C. com.**).

De manière générale et quel que soit le type de révocation, la révocation doit respecter le principe du contradictoire (le gérant doit pouvoir présenter ses observations préalablement à la décision de révocation : **Cass. Com., 26 avril 1994 n°92-15.884**).

De plus, la révocation ne doit pas être brutale ou vexatoire (**Cass. Com., 10 février 2015, n° 13-27.967**).

A défaut, une action en responsabilité civile sur le fondement de l'**article 1240 du Code civil** est envisageable.

À retenir : **Quoi qu'il arrive, le dirigeant révoqué ne peut pas bénéficier d'une réintégration en cas de révocation ne répondant pas aux conditions précédemment énoncées.**

III. La responsabilité des dirigeants sociaux

A) La responsabilité civile des dirigeants

Peuvent être condamnés les dirigeants de droit, c'est-à-dire ceux normalement désignés par l'organe social compétent.

Il convient de distinguer l'ordre interne de l'ordre externe.

Dans l'ordre externe, le dirigeant bénéficie de l'écran de la personne morale. Ainsi une action en responsabilité fondée sur l'**article 1240 du Code civil** est envisageable mais il convient de rapporter la preuve d'une faute détachable des fonctions du dirigeant.

Définition : **Une faute détachable des fonctions se définit comme une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice des fonctions (Cass. Com., 20 mai 2003, n° 99-17.092).**

Exemple : Constitue une faute détachable le fait pour le gérant de céder deux fois la même créance à deux banquiers différents dans le but de tromper les tiers sur la solvabilité de la société (**Cass. Com., 7 juillet 2014, n° 02-17.729**). De même, une infraction pénale a pu être considérée comme une faute détachable des fonctions du dirigeant.

Dans l'ordre interne, la responsabilité est engagée par un membre de la société. Il s'agit d'une action fondée sur le droit commun de la responsabilité civile.

> **À retenir : La responsabilité civile des dirigeants sociaux est d'ordre public, par conséquent, est réputée non écrite toute clause qui subordonnerait l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée générale ou qui comporterait une renonciation par avance de l'exercice de cette action.**

Il faut apporter la preuve d'une faute qui n'a pas à être nécessairement détachable des fonctions (**Cass. Com., 9 mars 2010, n° 08-21.547**).

Ensuite, il faut démontrer l'existence d'un préjudice. On distingue sur ce point deux types d'actions :

L'action personnelle qui est une action individuelle des associés. Il faut qu'il existe un préjudice distinct de celui de la société tout en sachant que la diminution de la valeur des droits sociaux en raison de la mauvaise gestion du dirigeant n'est pas considérée comme un préjudice distinct.

L'action sociale en réparation du préjudice subi par la société :

- Cette action est dite *ut universi* lorsqu'elle est intentée par les représentants légaux de la personne morale
- Et elle est dite *ut singuli* lorsqu'elle est intentée par un associé.

> **Attention : Cette action est subsidiaire à l'action *ut universi*. Une condition est tout de même nécessaire pour que l'action sociale *ut singuli* puisse aboutir : les associés doivent détenir une certaine fraction du capital social (5% dans les sociétés de capitaux). La Cour de cassation a pu considérer comme irrecevable la demande d'actionnaires minoritaires d'une société-mère, exercée contre les dirigeants d'une filiale de celle-ci (Cass. Com., 13 mars 2019, n° 17-22.128).**

Il faut bien comprendre que dans le cadre de l'action sociale, un dirigeant ne va pas intenter une action contre sa propre personne, ainsi, si le dirigeant fautif n'a pas été révoqué et qu'un nouveau dirigeant agit contre l'ancien, l'action subsidiaire ut singuli permet d'éviter l'impunité du dirigeant fautif.

Il convient également de démontrer l'existence d'un lien de causalité entre le préjudice et la faute.

À retenir : En cas de pluralité de dirigeants sociaux, c'est seulement celui qui a commis le fait dommageable qui sera poursuivi.

L'action en responsabilité se prescrit par trois ans à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation ; toutefois, lorsque le fait est qualifié de crime, l'action se prescrit par dix ans. Les actions sont portées devant le tribunal de commerce.

À retenir : Cas particulier de la responsabilité en cas de liquidation judiciaire. Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion.

B) La responsabilité pénale

Il convient simplement de se souvenir que le dirigeant répond des infractions pénales qui concernent le chef d'entreprise.

Depuis la **loi n°2004-204 du 9 mars 2004 dite « Perben II »,** entrée en vigueur le 1er janvier 2006, la responsabilité pénale de la personne morale a été généralisée pour toutes les infractions commises à partir du 31 décembre 2005, même en l'absence de dispositions expresses (**art. 121-2 al. 1 CP**).

Le cumul de la responsabilité pénale de la personne morale et de celle de son dirigeant est possible (**art. 121-2 al. 3 CP**).

Certaines infractions pénales sont classiques dans le milieu du droit des sociétés : escroquerie, abus de faiblesse, faux et usage de faux, les infractions au droit des

sociétés comme l'abus de biens sociaux ou la distribution de dividendes fictives et les infractions au droit social telles que le travail dissimulé, le harcèlement moral et sexuel, la mise en danger de la vie d'autrui, le délit d'entrave. Enfin, certaines infractions sont relatives au droit des entreprises en difficulté, c'est notamment l'hypothèse du délit de banqueroute.

La responsabilité pénale du dirigeant peut être recherchée à titre principal ou à titre accessoire si ce dernier a agi en tant que complice.

C) La responsabilité fiscale

L'**article L. 267 du LPF** dispose que les dirigeants sont responsables des dettes fiscales de la personne morale si deux conditions cumulatives sont rapportées : L'existence de manœuvres frauduleuses et l'insolvabilité de la société.
Dans ce cas, le dirigeant risque d'être solidairement tenu des dettes sociales.