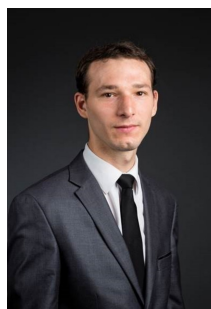
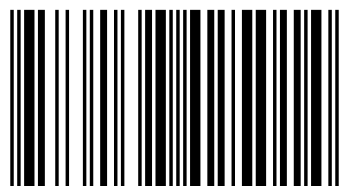


L'objet de cette étude est d'analyser l'incidence du mode de fixation de la rémunération du dirigeant de SAS sur la détermination de sa nature, contractuelle ou institutionnelle selon le mode de fixation retenu, et son contrôle éventuel par l'application de la procédure des conventions réglementées. Ainsi, après avoir défini et envisagé les différents modes possibles de fixation de la rémunération du dirigeant de SAS (1ère partie), il sera possible de déterminer les modalités qu'elle peut prendre et d'analyser la nature de celle-ci (2ème partie), afin de savoir si elle est ou non soumise à la procédure des conventions réglementées et dans l'affirmative, dans quelles hypothèses, selon quelle procédure et sous quelles sanctions (3ème partie).



Diplômé du master DJCE et doctorant en droit à l'Université de Cergy Pontoise, par ailleurs certifié en droit des sociétés et Avocat au Barreau de Paris, François Sauvageot exerce actuellement en tant que collaborateur au sein du cabinet parisien Villey Girard Grolleaud où il pratique au quotidien le droit des affaires et le droit des sociétés.



978-613-8-42501-4



François Sauvageot

La rémunération du dirigeant de SAS

FRANCOIS SAUVAGEOT

La rémunération du dirigeant de SAS

**Présenté et soutenu sous la direction de Mme le professeur Marie CAFFIN-MOI
François SAUVAGEOT étudiant en Master 2 DJCE**

Plan du mémoire

Sommaire

Remerciements	4
Introduction	5
1 ^{ère} partie : La fixation de la rémunération	8
Chapitre 1 ^{er} : La fixation a priori par un organe habilité par les statuts	8
Section 1 ^{ère} : Une fixation libre selon les modalités statutaires	8
Section 2 : La fixation par un organe habilité par les statuts	11
§I La fixation par une décision collective des associés	11
§II La fixation par un conseil d'administration	12
§III La fixation par un comité ad hoc	12
§IV La fixation par le président lui-même	13
Chapitre 2 : La fixation a posteriori à défaut de prévision statutaire	13
Section 1 ^{ère} : La fixation par une convention passée entre la société et son dirigeant	13
Section 2 : La fixation par un organe statutaire en l'absence de prévision statutaire : La compétence légale résiduelle de certains organes statutaires	15
§I La compétence résiduelle du président de la SAS	15
§II La fixation par une décision collective des associés	15
Section 3 : La question de la possibilité d'une fixation judiciaire de la rémunération du dirigeant	16
Conclusion de la 1 ^{ère} partie	18
2 ^{ème} partie : La nature de la rémunération	19
Chapitre 1 ^{er} : Les modalités possibles de la rémunération	19
Section 1 ^{ère} : La rémunération normale	19
Section 2 : La rémunération exceptionnelle	20
Chapitre 2 : Une qualification discutée	21
Section 1 ^{ère} : Une rémunération parfois contractuelle	21
§I A défaut de fixation par un organe statutaire habilité par les statuts et de toute prévision statutaire	21
§II En cas de convention passée entre la société et son dirigeant	22
Section 2 : Une rémunération parfois institutionnelle	22
§I En cas de fixation par un organe statutaire habilité par les statuts	22
§II En cas de fixation par une décision collective des associés	28
Tableaux récapitulatifs sur la nature de la rémunération	29
Conclusion de la 2 ^{ème} partie	30

3 ^{ème} partie : Le contrôle de la rémunération	31
Chapitre 1 ^{er} : Une rémunération contrôlée a posteriori	31
Section 1 ^{ère} : Une rémunération parfois soumise à contrôle : L'application éventuelle de la procédure des conventions réglementées	31
§I L'application obligatoire de la procédure des conventions réglementées.....	31
A) A défaut de fixation de la rémunération par la collectivité des associés ou par un organe habilité par les statuts	31
B) En cas de convention passée entre la société et son dirigeant	33
§II L'application facultative de la procédure des conventions réglementées.....	35
A) En cas de convention portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales	35
B) En cas de fixation par une décision collective des associés	36
C) En cas de fixation de la rémunération par un organe statutaire habilité par les statuts .	38
Tableau récapitulatif.....	40
Section 2 : La procédure des conventions réglementées : une procédure allégée	41
§I La dispense d'autorisation préalable	41
§II L'établissement et la présentation d'un rapport du commissaire aux comptes.....	42
§III L'approbation de la convention par les associés	43
§IV La question de la participation du dirigeant associé au vote approuvant sa propre rémunération.....	45
A) L'impossibilité de priver le dirigeant associé de son droit de vote	46
B) Les palliatifs et les substituts à l'impossibilité de prévoir la suppression partielle ou totale du droit de vote de l'associé dans la SAS.....	48
Chapitre 2 : Une rémunération sanctionnée a posteriori	49
Section 1 ^{ère} : Des sanctions légales limitées	49
§I Les sanction légales du défaut d'approbation ou de présentation du rapport du commissaire aux comptes	49
§II Les sanctions légales des règles de décision collective	50
Section 2 : L'efficacité et l'effectivité limitées des stipulations et sanctions statutaires.....	51
§I Les sanctions statutaires éventuelles du défaut d'autorisation préalable	52
§II La détermination statutaire des décisions non collectives relatives à la rémunération du dirigeant et à leur nullité.....	52
Conclusion de la 3 ^{ème} partie.....	55
Conclusion générale	56
Bibliographie.....	58
I. Traités, manuels et ouvrages généraux	58
II. Ouvrages spécieux, thèses et monographies.....	58

III. Etudes, articles, chroniques et fascicules parus dans des revues juridiques	59
IV. Jurisprudence.....	60

Remerciements

Je tiens à adresser mes plus vifs et mes plus sincères remerciements à toutes celles et tous ceux qui ont contribué d'une manière ou d'une autre à la rédaction de ce mémoire et sans qui ce travail n'aurait pas été possible :

Madame Marie CAFFIN-MOI : qui a accepté de diriger ce mémoire et a validé mon sujet ainsi que pour ses relectures et son soutien constant tout au long de ce travail, et sans qui ce mémoire n'aurait jamais pu voir le jour ;

Maîtres Nicolas VIGUIE et Yves SCHMIDT pour m'avoir accueilli en stage au sein de leur cabinet et ainsi permis de travailler sur ce sujet ;

Maître Louise-Marie GUILLET pour ses conseils avisés, sa patience et sa bienveillante et constante sollicitude tout au long de ce stage ;

Maître Celia HAMOUDA pour sa patience et pour m'avoir donné le sujet de ce mémoire en me confiant cette recherche.

De façon plus générale, je remercie toutes celles et tous ceux qui ont contribué, à leur manière à la rédaction de ce mémoire et à ma réflexion sur le sujet, ainsi que tous les associés, collaborateurs et assistantes du cabinet Viguië-Schmidt pour leur accueil pendant toute la durée de ce stage.

La rémunération du dirigeant de SAS

Introduction

Selon Messieurs Michel Germain et Pierre-Louis Périn, « *L'originalité du régime légal de la SAS est d'être extrêmement bref et permissif sur l'organisation et le fonctionnement de la société. C'est en cela que la SAS est une société « simplifiée », c'est-à-dire en fait déréglementée (...)* »¹. Les mêmes auteurs relèvent que « *la critique la plus fréquente formulée à l'encontre de la SAS est qu'elle est... compliquée, au rebours de ce que laisse espérer son nom.* » Ces observations sont tout aussi valables concernant la direction de la SAS (société par actions simplifiée) et la rémunération de ses dirigeants.

En effet, selon l'article L 227-5 du Code de commerce, « Les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée », ils arrêtent donc librement les modalités de direction de la société, ce qui comprend tant le mode de rémunération du dirigeant que son montant et les modalités de sa fixation.

La très grande liberté statutaire conférée par l'article L 227-5 a toutefois pour corollaire l'obligation de définir précisément dans les statuts les modes de fixation et les modalités de cette rémunération. A défaut, des difficultés peuvent apparaître, notamment s'agissant de sa fixation, de sa nature et de son contrôle éventuel, et ce d'autant plus que le mode de fixation de la rémunération n'est pas sans incidence sur la nature de celle-ci, nature de laquelle devrait logiquement dépendre son contrôle. Nous aurons l'occasion d'y revenir.

Mais auparavant, une première interrogation apparaît d'emblée et a trait à la qualité et à la fonction de dirigeant : qui a la qualité de dirigeant dans la SAS ?

S'agissant en effet des dirigeants, le seul organe de direction imposé par la loi est le président, qui est en droit le représentant légal de la société (article L 227-6 du Code de commerce). Selon l'article L 227-7 du Code de commerce, cette fonction peut être assurée par une personne morale, le président de la SAS pouvant être une personne physique ou morale. Dans ce derniers cas, les dirigeants personnes physiques de la personne morale nommé président ou dirigeant de la SAS se trouvent soumis aux mêmes conditions, obligations et responsabilités que s'ils étaient président de la SAS en leur nom propre (article L 227-7 du Code de commerce). Cette situation d'un président ou d'un dirigeant personne morale ne présente donc pas de spécificité particulière par rapport à la situation normale de direction classique.

Il est en outre fréquent que les statuts de la SAS la dotent, sur le modèle de la société anonyme, de dirigeants chargé d'assister le président dans sa mission de direction générale. Or, jusqu'en 2003, aucune disposition n'était consacrée explicitement à ces personnes, si ce n'est que plusieurs articles visaient « les dirigeants » de la SAS, laissant entendre par là que le président n'était pas le seul dirigeant concerné. La loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 a fait du directeur général et du directeur général délégué de la SAS des organes reconnus par la loi. Le législateur a ainsi autorisé les statuts à doter des mêmes pouvoirs que le président une ou plusieurs personnes (physiques ou morales) portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué (article L 227-6 du Code de commerce). Ces derniers accèdent ainsi au statut de représentants légaux de la SAS et n'ont donc plus à être titulaires d'une délégation de pouvoirs ou d'un pouvoir spécial.

¹ Michel Germain et Pierre-Louis Périn, SAS, La société par action simplifiée, éditions lextenso Joly, 5^{ème} édition

Les dirigeants forment donc un agrégat propre à chaque SAS, comprenant le président, les directeurs et directeur généraux délégués, s'il en existe, et toute autre personne désignée par les statuts pour exercer une tâche de direction de la société.

Nous entendons donc par dirigeant tout organe de direction représentant légal de la SAS prévu par la loi ou par les statuts de la société. Cette étude se limitera à la rémunération du dirigeant personne physique exclusivement dans la mesure où la procédure est la même et les problématiques soulevées sont identiques dans les deux cas, que le dirigeant soit une personne morale ou une personne physique. En effet, la rémunération du dirigeant personne morale ne présente pas de spécificité particulière du point de vue du droit des sociétés, même si la rétribution d'une personne morale pour ses « management fees » reçoit une qualification fiscale qui lui est propre, obéit à un régime particulier et se voit imposer un traitement juridique différent du point de vue fiscal de celui applicable aux personnes physiques.

Une autre difficulté concerne la définition et le champ de la rémunération : qu'entend-on par rémunération du dirigeant et que recouvre t-elle exactement, quel type de rémunération est concerné et quelles formes de rétribution peuvent être qualifiées de rémunération ?

La rémunération du dirigeant recouvre tout mode de rétribution des fonctions sociales de direction qui s'apparente à la rémunération de prestations ou de services rendus à la société dans l'exercice (effectif et actuel) de son mandat social. Nous entendons donc par rémunération tout mode de rétribution du dirigeant qui rémunère les prestations et les services actuels et effectifs rendus à la société par son dirigeant dans l'exercice de son mandat social et des fonctions sociales de direction qu'il exerce. Ne seront donc pas concernées par cette étude les rémunérations « exceptionnelles » qui s'apparentent davantage à des indemnités, plus qu'à de véritables rémunérations au sens strict. Ainsi, ne seront pas évoqués les compléments de retraite alloués au dirigeant qui se retire, les célèbres parachutes dorés (« golden parachute ») consistant en une somme conséquente attribuée par la société à son dirigeant en cas de cessation de ses fonctions (démission, arrivée du terme, révocation...) ni les « golden hello » (sommes versées au moment où le dirigeant prend ses fonctions), autant d'indemnités qui ne rémunèrent pas vraiment un service rendu à la société ou l'exercice de fonctions sociales mais qui ont davantage pour fonction d'indemniser le dirigeant ou de lui procurer des avantages supplémentaires, sans lien direct avec l'exercice (actuel et effectif) de ses fonctions sociales. En effet, ces différentes indemnités sont préalablement négociées par le dirigeant avec la société et font le plus souvent l'objet de véritables conventions qui s'apparentent davantage à des indemnités négociées qu'à d'authentiques rémunérations décidées ou octroyées par les organes statutaires de la société en rétribution de l'exercice effectif des fonctions sociales de direction.

Ces précisions étant faites, il est possible d'envisager plus précisément les questions et les problématiques soulevées et suscitées par la rémunération du dirigeant de SAS.

Une première question est ainsi de savoir à quelle procédure obéit la fixation de la rémunération du dirigeant de SAS, si elle est libre ou contrôlée, encadrée et quels sont les modes de fixation possibles de la rémunération du dirigeant de SAS, ce qui pourrait permettre de déterminer sa nature (contractuelle ou institutionnelle).

En effet, afin de savoir si la fixation de la rémunération du dirigeant est ou non contrôlée et si elle obéit à la procédure des conventions réglementées, il conviendra préalablement de s'interroger sur la nature de celle-ci ainsi que sur les formes et modalités qu'elle peut prendre.

L'objet de cette étude est en effet de montrer l'incidence du mode de fixation de la rémunération du dirigeant de SAS sur la nature de celle-ci, de laquelle devrait logiquement dépendre son contrôle éventuel.

Ainsi, après avoir défini et envisagé les différents modes possibles de fixation de la rémunération du dirigeant de SAS (1^{ère} partie), il sera possible de déterminer les modalités qu'elle peut prendre et d'analyser la nature de celle-ci (2^{ème} partie), ce qui permettra enfin de savoir si elle est ou non soumise à la procédure des conventions réglementées et dans l'affirmative, dans quelles hypothèses, selon quelle procédure et sous quelles sanctions (3^{ème} partie).

1^{ère} partie : La fixation de la rémunération

La modalités de fixation de la rémunération du dirigeant de SAS peuvent être déterminées a priori selon les modalités prévues et définies par les statuts (Chapitre 1^{er}) ou a posteriori par une convention passée entre la société et son dirigeant, par décision de l'organe de gestion (du président), par décision collective des associés ou encore par le juge (Chapitre 2).

Chapitre 1^{er} : La fixation a priori par un organe habilité par les statuts

Par principe, la fixation de la rémunération du dirigeant de SAS est libre et se fait donc selon les modalités prévues par les statuts (Section 1^{ère}), tout organe de la société pouvant être habilité ou désigné par les statuts pour y procéder (Section 2).

Section 1^{ère} : Une fixation libre selon les modalités statutaires

En application des dispositions de l'article L. 227-5 du Code de commerce, « *Les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée* ». La liberté laissée en cette matière concerne aussi bien le choix du mode de rémunération que celui de sa fixation. Le montant de la rémunération pourra figurer dans les statuts (hypothèse rare, dans la mesure où toute modification de la rémunération emporte corrélativement changement des statuts avec les formalités qui en résultent), mais il fera le plus souvent l'objet d'un acte séparé. Les statuts préciseront qui est habilité à fixer cette rémunération. Une telle compétence pourra être dévolue à la collégialité des associés statuant à l'unanimité ou à une majorité déterminée par les statuts, à tout autre organe de la société, voire même à un tiers : comité *ad hoc*, du type comité des rémunérations. Les statuts pourront utilement soumettre la décision de ce comité à l'accord préalable des associés ou, le cas échéant, d'un organe collégial de direction).²

L'article L 227-5 du Code de commerce prévoit en effet que les statuts arrêtent librement les conditions de rémunération du président et des dirigeants. Ce sont ainsi les statuts qui prévoient les conditions de la fixation de la rémunération (ou la gratuité du mandat) soit du seul président, soit du président et de chacun des autres dirigeants. Les statuts peuvent fixer librement la rémunération, établir un mode de calcul ou indiquer qu'un organe de la société déterminera le montant de cette rémunération. Cette rémunération peut être fixée par un comité spécialement habilité à cet effet. Dans ce cas, il est alors préférable de préciser, dans les statuts, la compétence du comité de rémunération. La détermination du montant de la rémunération peut encore revenir à une décision collective des associés, même si la rémunération des dirigeants ne figure pas dans la liste des décisions devant obligatoirement être prises collectivement par les associés (selon l'article L. 227-9 du Code de commerce). Les statuts précisent

² Frédéric Maquelier, Nicolas Simon de Kergunic, SAS, Société par action simplifiée, Delmas, 4^{ème} édition, n°1033, p 154 ; Alexis Constantin, Droit des sociétés, memento Dalloz, 5^{ème} édition, p 206 ; La SAS, Société par actions simplifiée, Michel Germain, Pierre-Louis Périn, Edition pratique des affaires, n°571, p 358 ; Anne Charvériat et Alain Couret, La société par actions simplifiée, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, n°1018, p 109 ; Société par actions simplifiée Hélène Azarian, juriste commercial, Lexis Nexis, fascicule 1534 : Sociétés par actions simplifiées – fonctionnement, n°19 ; Laurence Amiel-Cosme, « Rémunération des dirigeants sociaux », Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, juin 2012, n°94-95 ; Isabelle Arnaud-Grossi, Etude Joly sociétés, n°600 ; Laurent Godon, Sociétés par actions simplifiées, base Joly Etude sociétés S.ES140, n°415 ; Francis Lefebvre, Sociétés commerciales, éditions 2013, n°60 370, p 888 ; Droit des sociétés, Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence de Boissy, Lexis, Nexis, 26^{ème} édition, n°952, p 492, Paul le Cannu, Revue des sociétés 1994, p239, n°13 ; Droit des sociétés, Paul Le Cannu et Bruno Dondero, édition lextenso Montchrestien, Domat droit privé, 3^{ème} édition, n°995, p663.

alors les conditions et les formes dans lesquelles sera prise cette décision collective.

La SAS est en effet marquée par un régime extrêmement libéral qui laisse une forte marge de manœuvre à la volonté des associés quant à l'organisation de leur société. L'article L.227-9 du Code de commerce prévoit à cet égard que « *les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient.* »

Ainsi, les statuts peuvent librement déterminer les modalités de rémunération des dirigeants de la société. La fixation de la rémunération est libre, tant au regard de l'organe compétent que pour les formes de celle-ci. Marie Caffin-Moi, professeur à l'université de Cergy-Pontoise, estime à ce propos que « *n'importe quel organe, peut, au bon vouloir des associés exprimés dans les statuts, fixer la rémunération du dirigeant de SAS. Peuvent être désignés compétents pour le faire l'assemblée générale, le conseil d'administration ou le comité de rémunération si les organes existent, voire – rien ne l'interdit – le président lui-même.*»³

Les statuts ou un document annexe peuvent fixer le mode de calcul de la rémunération ou laisser à un organe de la société, voire à un tiers (par exemple un comité de rémunération) le soin de déterminer le montant de cette rémunération. Ils peuvent également prévoir que la rémunération sera fixée par une décision collective des associés prise à une majorité qu'ils précisent (qualifiée ou non).

Le domaine du pouvoir de décision est en effet défini par la loi à l'article L 227-9 du Code de commerce. L'alinéa 1^{er} exprime un principe de liberté. Cet article indique que les statuts déterminant le domaine des décisions d'associés qui doivent être prises collectivement. Il n'y a pas de délimitation prédéfinie à ces décisions collectives, c'est donc aux statuts qu'il revient de fixer la frontière.

Faute de dispositions législatives ou réglementaires plus précises sur cette question et en l'absence d'organe dont la compétence serait désignée par la loi pour fixer la rémunération du dirigeant, à l'instar de la SA, la compétence en la matière est dévolue, abandonnée, laissée à la volonté des parties exprimée dans les statuts. Ainsi, les statuts peuvent en principe librement désigner l'organe compétent, chargé de fixer la rémunération du dirigeant.

Il est ainsi habituel mais facultatif de conférer aux associés de SAS le pouvoir de fixer la rémunération des dirigeants.

L'alinéa 2 énonce une liste de décisions devant nécessairement être prises par les associés. Les dispositions de l'article L 227-9 du Code de commerce sont protégées d'une part par la nullité des décisions qui les violeraient et d'autre part par une sanction pénale.

Il résulte de cet article que, sous réserve de certaines décisions nécessitant, par détermination de la loi, qu'elles soient prises collectivement par les associés, les statuts ont toute liberté pour déterminer les décisions qui reviendront à la collectivité des associés. Toute liberté est laissée aux statuts quant à la définition des modalités selon lesquelles les décisions collectives seront prises. Cette liberté a vocation à jouer aussi bien à l'égard des compétences statutairement dévolues aux associés qu'à propos de celles qui leur sont légalement réservées.

Les associés sont donc libres de désigner dans les statuts l'organe compétent en la matière, chargé de fixer la rémunération du dirigeant, la seule restriction étant posée par l'article L 227-9 du Code de

³ Marie Caffin-Moi, Revue des sociétés 2014 « Rémunération du dirigeant de SAS », note sous Cour d'appel de Bastia, ch civ B, 24 juillet 2013, n°11/00755, « Sarl Grand sud Investissements c/SAS Société d'exploitation de l'Hôtel Casadelmar »

commerce qui précise toutefois que « *Les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient* », ce dont on peut déduire que si la rémunération du dirigeant est appréhendée, envisagée comme étant une décision collective par les statuts, ceux-ci peuvent prévoir les formes et conditions dans lesquelles elle devra être prise.

On relèvera ici encore la place éminente faite à la liberté statutaire, l'extrême liberté laissée aux associés et le rôle éminent dévolu aux statuts qui peuvent librement définir l'organisation et le mode de fonctionnement de la société, l'organisation de sa direction et l'organe dirigeant mais également les décisions qui devront être prises collectivement, ce qui signifie et laisse entendre a contrario qu'ils sont également libres de définir les décisions qui n'auront pas à être prises collectivement, voire qu'à défaut de prévision de leur part en ce sens, elles n'ont pas à être prises collectivement, les statuts pouvant librement désigner ou indiquer la compétence de n'importe quel organe statutaire pour tout type de décision, y compris donc s'agissant de la rémunération du dirigeant de la société.

Pour toutes les autres décisions que celles énoncées par l'article L 227-9 alinéa 2 du Code de commerce, aucune décision collective n'est imposée, celle-ci n'étant requise que si elles prévues par ou dans les statuts (aux termes de l'article L 227-9 alinéa 1^{er} du Code de commerce). Or, la rémunération du dirigeant n'étant pas comprise dans la liste énoncée par l'article L 227-9 alinéa 2 du Code de commerce, aucune décision collective des associés n'est requise. Les statuts peuvent donc prévoir qu'elle sera prise et fixée valablement par le président ou par le conseil d'administration ou un comité de rémunération s'il en existe un, ou par l'associé majoritaire ou de toute autre manière. Bien entendu, il peut aussi être convenu qu'elle relèvera de la compétence collective des associés.

Lorsque la société est unipersonnelle, la rémunération du président et des autres dirigeants peut être fixée par décision de l'associé unique, lequel peut être président ou un autre dirigeant .

En l'absence de toute disposition légale sur ce point, les fonctions de président et/ou de dirigeants peuvent être gratuites ou rémunérées.

Si les associés entendent que les fonctions soient gratuites, il semblerait opportun qu'ils le précisent expressément dans les statuts ou par acte séparé ; en effet, à défaut d'une telle prévision et faute d'une décision relative à la rémunération du ou des dirigeants, les tribunaux pourraient la déterminer eux-mêmes au besoin après avoir ordonné une expertise.⁴

En matière d'informations des associés, et spécialement s'agissant de la transparence sur les rémunérations des dirigeants, la SAS présente moins d'obligations que la société anonyme. Sont ainsi exclus du régime légal de la SAS le droit des associés d'obtenir communication du montant global, certifié par le commissaire aux comptes, des rémunérations versées aux cinq ou aux dix personnes les mieux rémunérées (inapplicabilité de l'article L 225-115 du Code de commerce), de même que l'obligation de rendre compte de la rémunération totale et des avantages de toute nature versés à chaque mandataire social (inapplicabilité de l'article L 225-102-1 du Code de commerce)⁵. Autrement dit, à défaut d'avoir prévu dans les statuts que ces informations, voire d'autres plus détaillées, leur seront communiquées, les associés de la SAS ne peuvent se prévaloir de ces dispositions légales.⁶

⁴ Voir par exemple, mais pour le gérant d'une SNC, un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 13 juin 1977 ; Voir également en ce sens Anne Charvériat et Alain Couret (Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Société par actions simplifiée, n°1018, p 109) pour qui cette décision est transposable au président, voire aux autres dirigeants d'une SAS, pour lesquels la situation est identique.

⁵ Laurence Amiel-Cosme, « Rémunération des dirigeants sociaux », Répertoire de droit des sociétés, n°97 Dalloz, juin 2012

⁶ Laurent Godon, Sociétés par actions simplifiées, base Joly Etude sociétés S.ES140, n°415

En effet, s'agissant de la transparence des rémunérations, sujet sensible dans la société anonyme et donnant lieu à une réglementation complexe, aucun texte ne prévoit d'obligation spécifique dans la SAS (inapplicabilité des articles L. 225-115 et L. 225-102-1 du Code de commerce). Seule une clause statutaire pourrait alors imposer une transparence, plus ou moins complète selon les règles de gouvernance souhaitées. Le commissaire aux comptes doit cependant attester « l'exactitude et la sincérité des informations relatives aux rémunérations et aux avantages de toute nature versés à chaque mandataire social », selon l'article L. 823-10 alinéa 2 du Code de commerce.

En revanche, les rémunérations versées aux dirigeants de sociétés par actions simplifiées filiales devront aussi faire l'objet d'une information dans le rapport de gestion d'une société mère ayant la forme soit d'une société anonyme soit d'une société en commandite par actions.

En outre, les statuts de la SAS peuvent prévoir et organiser une transparence et un contrôle plus poussés, soit en s'inspirant des règles légales applicables dans les sociétés anonymes, soit en dressant une liste spécifique. Ceci s'explique par le caractère fermé de la SAS et la liberté statutaire qui règne dans cette société. Les associés sont en effet libres de prévoir dans les statuts les informations qu'ils souhaitent recevoir des dirigeants et ceux-ci sont alors tenus par ces règles.

Enfin, l'article L 823-10 alinéa 2 du Code de commerce prévoit que les commissaires aux comptes doivent attester l'exactitude et la sincérité des informations relatives aux rémunérations et aux avantages de toute nature versés à chaque mandataire social.

Ainsi, tout organe habilité ou désigné par les statuts est compétent pour procéder à une telle fixation.

Section 2 : La fixation par un organe habilité par les statuts

La rémunération du dirigeant de SAS peut aussi bien être fixée par l'assemblée générale (§I), que par le conseil d'administration quand il en existe un (§II), un comité ad hoc désigné et constitué à cet effet (§III) ou par le président lui-même (§IV).

§I La fixation par une décision collective des associés

Bien entendu, il peut aussi être convenu que la fixation de la rémunération relèvera de la compétence collective des associés.

Les statuts peuvent donc prévoir que la rémunération sera fixée par une décision collective des associés prise à une majorité qu'ils précisent (qualifiée ou non).

En effet, de façon tout à fait dérogatoire au droit commun des sociétés, l'article L. 227-9 alinéa 1^{er} du Code de commerce, indique qu'il appartient aux statuts de définir les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés. Les associés peuvent donc qualifier eux-mêmes les décisions collectives et s'en réserver ainsi la compétence, ce qui contraste avec le modèle en vigueur dans les sociétés traditionnelles reposant sur une répartition légale des pouvoirs entre les différents organes sociaux. Ainsi, la SAS repose sur une toute autre logique et il est possible que les décisions qui relèvent traditionnellement dans la société anonyme de la compétence de l'assemblée des actionnaires (ordinaire ou extraordinaire) soient attribuées dans la SAS à d'autres organes en échappant ainsi à la communauté des associés.

C'est ainsi que l'alinéa 1^{er} de l'article L. 227-9 du Code de commerce confère aux associés les moyens de fixer eux-mêmes leur compétence en qualifiant certaines décisions de collectives, y compris donc celles afférentes à la rémunération du gérant. Les associés semblent donc pouvoir se réserver toutes les

décisions qui ne ressortissent pas objectivement à la représentation (compétence légale du président, voire du directeur général ou directeur général délégué selon l'article L. 227-6 du Code de commerce) ou à la gestion de la société, ce qui est bien le cas s'agissant d'une décision qui ne concerne que la rémunération du dirigeant.

Une telle compétence pourra de ce fait être dévolue à la collégialité des associés statuant à l'unanimité ou à une majorité déterminée par les statuts.

La détermination du montant de la rémunération pourra donc revenir à une décision collective des associés, même si la rémunération des dirigeants ne figure pas dans la liste des décisions devant obligatoirement être prises collectivement par les associés (articles L. 227-9 alinéa 2 du Code de commerce). Les statuts précisent alors les conditions et les formes dans lesquelles sera prise cette décision collective d'actions. Une telle compétence pourra donc être dévolue à la collégialité des associés statuant à l'unanimité ou à une majorité déterminée par les statuts.⁷

Mais les statuts peuvent également confier cette compétence au conseil d'administration habilité à cet effet dès lors qu'un tel organe est prévu par les statuts.

§II La fixation par un conseil d'administration

Une telle compétence pourra également être dévolue au conseil d'administration statuant à l'unanimité ou à une majorité déterminée par les statuts lorsque ceux-ci le prévoient.

Ainsi, la rémunération des dirigeants de SAS peut aussi être fixée par le conseil d'administration spécialement habilité à cet effet s'il en existe un et si les statuts le prévoient. Les statuts peuvent aussi prévoir que la rémunération des dirigeants de SAS sera fixée par le conseil d'administration spécialement habilité à cet effet s'il en existe un.

Mais la rémunération du dirigeant peut aussi être fixée par un comité ad hoc spécialement habilité à cet effet dès lors qu'un tel organe existe et qu'il est prévu par les statuts.

§III La fixation par un comité ad hoc

La rémunération des dirigeants de SAS peut aussi être fixée par un comité spécialement habilité à cet effet.⁸ Il est alors préférable de préciser, dans les statuts, la compétence du comité de rémunération.

⁷ La SAS, Société par actions simplifiée, Michel Germain, Pierre-Louis Périn, Edition pratique des affaires, n°571, p 358 ; Anne Charvériat et Alain Couret, La société par actions simplifiée, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, n°1018, p 109 ; Société par actions simplifiée Hélène Azarian, juriscasseur commercial, Lexis Nexis, fascicule 1534 : Sociétés par actions simplifiées – fonctionnement, n°19 ; Laurence Amiel-Cosme, « Rémunération des dirigeants sociaux », Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, juin 2012, n°94-95 ; Isabelle Arnaud-Grossi, n°600, Dirigeants sociaux, Etude Joly sociétés ; Laurent Godon, Sociétés par actions simplifiées, base Joly Etude sociétés S.ES140, n°415 ; Francis Lefebvre, Sociétés commerciales, éditions 2013, n°60 370, p 888 ; Droit des sociétés, Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence de Boissy, Lexis, Nexis, 26^{ème} édition, n°952, p 492, Paul le Cannu, Revue des sociétés 1994, p239, n°13 ; Droit des sociétés, Paul Le Cannu et Bruno Dondero, édition lextenso Montchrestien, Domat droit privé, 3^{ème} édition, n°995, p663 ; Frédéric Maquelier, Nicolas Simon de Kergunic, SAS, Société par action simplifiée, Delmas, 4^{ème} édition, n°1033, p 154 ; Alexis Constantin, Droit des sociétés, mémento Dalloz, 5^{ème} édition, p 206.

⁸ Frédéric Maquelier, Nicolas Simon de Kergunic, SAS, Société par action simplifiée, Delmas, 4^{ème} édition, n°1033, p 154.

Une telle compétence peut en effet être dévolue à tout organe de la société, voire même à un tiers : comité *ad hoc*, du type comité des rémunérations. Les statuts pourront utilement soumettre la décision de ce comité à l'accord préalable des associés ou, le cas échéant, d'un organe collégial de direction.

Mais cette compétence peut également revenir ou être confiée au président lui-même.

§IV La fixation par le président lui-même

La rémunération des dirigeants de SAS peut aussi être fixée par le président lui-même si les statuts le prévoient. Les statuts peuvent aussi prévoir que la rémunération du dirigeant sera fixée par le président lui-même, mais une telle disposition n'est pas sans risques et il serait alors préférable de respecter la procédure des conventions réglementées afin de prévenir tout risque éventuel de conflit d'intérêts.

Ainsi, « lorsque les statuts stipulent que le président fixe lui-même sa rémunération qui est ensuite communiquée aux associés lors de l'approbation des comptes annuels, cette approbation emportant « ratification » de la rémunération, la procédure des conventions réglementées devrait être respectée, une telle ratification ne permettant ni de considérer que la rémunération était effectivement fixée par les associés, ni de leur garantir, malgré le rapport du président, qu'ils disposeraient d'informations suffisantes pour approuver cette rémunération en toute connaissance de cause ».⁹

Un autre auteur s'interroge cependant sur la possibilité pour les statuts de prévoir que le président fixe lui-même sa propre rémunération et relève que « plus généralement, on peut même douter qu'un organe soit habilité à prendre des décisions le concernant directement : serait-il admissible que le président, par exemple, se nomme lui-même ? s'auto-rémunère ? »¹⁰

Mais en l'absence de prévision statutaire, la fixation de la rémunération du dirigeant de SAS peut également avoir lieu a posteriori, c'est-à-dire après la nomination ou la désignation du dirigeant.

Chapitre 2 : La fixation a posteriori à défaut de prévision statutaire

En l'absence ou à défaut de toute prévision statutaire à ce sujet, les modalités de fixation de la rémunération du dirigeant de SAS peuvent également être déterminées a posteriori, c'est-à-dire après la nomination ou la désignation du dirigeant soit par une convention passée entre la société et son dirigeant (Section 1^{ère}), soit par un organe statutaire légalement compétent (Section 2). Se pose également la question de la possibilité d'une fixation judiciaire par le juge (Section 3).

Section 1^{ère} : La fixation par une convention passée entre la société et son dirigeant

Le montant de la rémunération pourra figurer dans les statuts (hypothèse rare, dans la mesure où toute modification de la rémunération emporte corrélativement changement des statuts avec les formalités qui en résultent), mais il fera le plus souvent l'objet d'un acte séparé.

⁹ Isabelle Arnaud-Grossi, Maître de conférences à l'université Paul Cézanne (Aix-Marseille III) – HDR – Membre du Centre de droit économique, Dirigeants sociaux, Etude S.ES140 Joly sociétés, n°600.

¹⁰ Laurent Godon, Sociétés par actions simplifiées, base Joly Etude sociétés S.ES140, n°315

La rémunération peut être fixée par une simple convention passée entre la société et son dirigeant ou d'un contrat de travail ou de prestations de services (ou de toute autre convention portant prévoyant une rémunération).¹¹

Dans ce cas, la jurisprudence a précisé que la rémunération doit faire l'objet d'un contrat écrit, d'une approbation du conseil de surveillance lorsqu'il en existe un et d'une mention dans le rapport du commissaire aux comptes.¹²

Cette solution est logique et n'est pas très surprenante dans la mesure où les conventions conclues directement ou par personne interposée entre la société et son président ou ses autres dirigeants doivent être soumises au contrôle des associés de la SAS. Plus surprenante est en revanche l'exigence d'un écrit : « Idéalement, la convention aurait certes dû faire l'objet d'un écrit. Ce n'est cependant pas une obligation, particulièrement s'agissant de rapporter, à l'égard d'une société commerciale, la preuve d'un acte lié à son activité. La procédure des conventions réglementées n'est d'ailleurs pas incompatible avec le caractère non formalisé d'une convention. »¹³

Enfin, sauf disposition statutaire contraire, les dirigeants, y compris le président (exception faite du cas où il est associé unique) peuvent cumuler leurs fonctions avec un contrat de travail. Encore faut-il pour que le cumul soit valable que le contrat de travail corresponde à un emploi effectif et que les fonctions techniques exercées en qualité de salarié soient distinctes de celles découlant du mandat social et accomplies sous l'autorité et le contrôle de la société, c'est-à-dire dans un état de subordination juridique envers celle-ci. Dans le cadre de la SAS, la validité d'un tel cumul sera fortement dépendante des pouvoirs statutaires conférés aux dirigeants, y compris au président, en tant que mandataires sociaux.¹⁴ C'est ainsi que si du fait de leurs pouvoirs, ils bénéficient d'une entière liberté dans l'exercice de leurs fonctions prétendument salariales, le cumul pourrait être écarté par les juges. Toutefois, il est toujours possible de pallier l'inconvénient résultant de cette incertitude en leur octroyant une indemnité en cas de révocation, le principe d'ordre public de la révocabilité *ad nutum* contenu à l'article L. 225-47 alinéa 3 du Code de commerce étant inapplicable à la SAS.¹⁵

Mais les modalités de fixation de la rémunération du dirigeant peuvent également être fixées par un organe statutaire légalement compétent. Mais cette compétence peut également revenir à un organe statutaire légalement compétent.

¹¹ La SAS, Société par actions simplifiée, Michel Germain, Pierre-Louis Périn, Edition pratique des affaires, n°571, p 358

¹² Cour de cassation, chambre commerciale, 4 octobre 2011, n°10-20.745

¹³ Paul Le Cannu et Bruno Dondero, RTD Com.2012 p 148, « L'incidence du non respect de la procédure des conventions réglementées dans la SAS : 1^{er} arrêt »

¹⁴ Voir notamment, P. Le Cannu, *Les dirigeants de la société par actions simplifiée : Rev. sociétés 1994, p. 248*

¹⁵ En ce sens, Hélène Azarian, juriste commercial, Lexis Nexis, fascicule 1534 : Sociétés par actions simplifiées – fonctionnement ; La SAS, Société par actions simplifiée, Michel Germain, Pierre-Louis Périn, Edition pratique des affaires, n°571, p 358

Section 2 : La fixation par un organe statutaire en l'absence de prévision statutaire : La compétence légale résiduelle de certains organes statutaires

Une telle compétence résiduelle peut tout d'abord revenir au président de la société, seul organe légalement compétent (§I) ou à la collectivité des associés (§II).

§I La compétence résiduelle du président de la SAS

Bien évidemment, la liste des décisions déclarées de la compétence des associés par une clause des statuts doit être rédigée avec soin dans la mesure où le législateur n'investit aucun organe d'une compétence générale par défaut. Pour pallier un éventuel vide juridique, il est d'ailleurs vivement recommandé de prévoir l'existence d'une clause conférant à un organe déterminé (collectivité des associés, président...) les attributions qui n'auraient pas fait l'objet d'une répartition expresse entre les différents organes. En effet, les associés peuvent se contenter des compétences que la loi leur réserve sans ajouter à la liste légale, ce qui signifie que toute autre décision peut être du ressort d'un organe statutaire, d'un groupe d'associés, voire d'un tiers et, à défaut d'indication spéciale, du président, « seul organe légal investi d'une compétence résiduelle générale ».¹⁶

C'est pourquoi certains auteurs estiment que si les statuts ne se sont pas prononcés et sont restés muets sur la question, il peut être soutenu que la fixation de la rémunération relève de la compétence du président qui dispose légalement de pouvoirs étendus et auquel on peut soutenir que les associés s'en sont implicitement remis dans la mesure où « dans la SAS le président est le seul organe certain et permanent ».¹⁷

Mais une telle compétence résiduelle peut également revenir à la collectivité des associés. La rémunération sera alors fixée par une décision collective dans les formes et conditions prévues par la loi, supplée par les statuts le cas échéant.

Mais la rémunération du président de SAS peut également être fixée a posteriori (c'est-à-dire après la nomination ou la désignation du dirigeant) par une décision collective des associés dans les formes et conditions prévues par la loi, supplée par les statuts le cas échéant.

§II La fixation par une décision collective des associés

Il est habituel mais facultatif de conférer aux associés de SAS le pouvoir de fixer la rémunération des dirigeants.

Néanmoins, même à défaut de prévision statutaire en ce sens, si les statuts n'ont rien prévu et sont restés muets sur la question, il semble toujours possible pour les associés de choisir de fixer eux-mêmes la rémunération du dirigeant par une décision collective prise collectivement dans les formes et conditions prévues par l'article L 227-9 du Code de commerce supplée par les statuts le cas échéant.

Ainsi, pour le professeur Paul Le Cannu, « si une décision non collective est prise par les associés, même statuant à la majorité, la nullité ne semble pas encourue : qui peut le plus, peut le moins. Encore faudrait-il distinguer selon que la compétence a été précisée dans les statuts ou non, et selon les sanctions que

¹⁶ Mémento Francis Lefebvre, Sociétés commerciales 2013, n°60 492

¹⁷ Laurent Godon, Sociétés par actions simplifiées, base Joly Etude sociétés S.ES140, n°330

les statuts eux-mêmes prévoient ; mais ce ne serait plus alors le dernier alinéa de l'article L 227-9 du Code de commerce qui s'appliquerait. »¹⁸

Enfin, la question se pose également de savoir si en l'absence de prévision statutaire lui attribuant cette compétence, le juge pourrait néanmoins fixer une telle rémunération.

Section 3 : La question de la possibilité d'une fixation judiciaire de la rémunération du dirigeant

En principe, il n'existe pas un droit général du dirigeant à être rémunéré pour l'exercice de ses fonctions. D'une part ses attributions peuvent être si limitées qu'une rétribution n'apparaît pas nécessaire. D'autre part, le dirigeant peut se trouver rémunéré au titre d'une autre relation contractuelle avec la société (contrat de travail, contrat de consultant) ou avec une autre structure liée. Pour autant, certaines clauses des statuts, ou l'acte de nomination, peuvent prévoir le principe d'une rémunération, mais sans en fixer le montant, ce qui peut conduire à des conflits.

Si les associés refusent de fixer ou revaloriser la rémunération du dirigeant, il n'appartient en principe pas au juge de le faire. En effet le juge ne peut pas se substituer aux associés.¹⁹

Ainsi, le juge ne peut en principe se substituer aux parties pour fixer le montant de la rémunération.²⁰ Cependant, une décision rendue par la Cour d'appel de Versailles, désignant un médiateur pour permettre aux parties de trouver une solution au litige sur la rémunération d'un président non associé d'une SAS, a semblé aller dans les sens contraire.²¹ Au rebours de l'opinion actuelle de la Cour de cassation, cet arrêt de la cour d'appel de Versailles avait en effet accepté de faire droit à une demande judiciaire de rémunération dans une espèce où le président d'une SASU s'opposait au refus de l'associé unique de lui accorder une rétribution dont le principe était pourtant consacré par une clause des statuts qui prévoyait que « *la rémunération du président et celle des dirigeants est fixée par l'associé unique et qu'elle peut être fixe ou proportionnelle* ». Dans son premier arrêt rendu le 22 octobre 2009, la Cour a jugé que cette clause « *ne signifie pas que la rémunération est une simple faculté laissée à l'appréciation discrétionnaire de l'associé unique, mais pose de manière certaine le principe d'une rémunération* », là où l'on aurait plutôt pu voir une simple clause attributive de compétence²². Cet arrêt paraissait considérer que le président non associé se trouve dans la situation d'un simple prestataire de services. Selon la cour de Versailles, il appartenait donc au juge de fixer le montant de la rémunération du président en cas de conflit entre celui-ci et l'organe statutairement chargé de déterminer ce montant.

Mais, une autre décision des juges versaillais a logiquement reconnu la primauté des statuts également au sujet de la rémunération d'un président de SASU en considérant que « *la cour ne peut la modifier en se substituant à la société anonyme, associée unique légalement et statutairement compétente.* »²³

¹⁸ Paul Le Cannu, « Sociétés par actions simplifiée », Répertoire de droit des sociétés, février 2000, n°137 Dalloz

¹⁹ Cour de cassation, chambre commerciale, 14 novembre 2006 ; Mémento Francis Lefebvre, Sociétés commerciales

²⁰ Cour d'appel de Paris, 24 novembre 2009, n°08-18780

²¹ Versailles, 12^e ch., sect. 2, 22 oct. 2009, n° 08-2252, 17 juin 2010, n°08 2252, "Doublet c/SAS Neximmo 14 et 27 septembre 2012, n°11 08607 (même affaire)

²² Voir en ce sens Michel Germain et Pierre-Louis Périn, La SAS, Société par actions simplifiée, Edition pratique des affaires, n°571, p 369

²³ CA Versailles, 27 sept. 2012, n° 11/08607 : Dr. sociétés 2013, comm. n° 65, note D. Gallois-Cochet

Le pourvoi formé contre cette décision a été rejeté par la Cour de cassation dans un arrêt rendu par la chambre commerciale le 17 décembre 2013.²⁴ Il en résulte que le juge ne peut pas se substituer aux associés pour fixer la rémunération du dirigeant de SAS. Dès lors, le dirigeant qui ne parvient pas à obtenir une décision des associés ou qui se voit opposer un refus ne peut pas demander en justice la fixation ou la revalorisation de sa rémunération.

Ainsi, après avoir rappelé les modalités de fixation possibles de la rémunération du dirigeant de SAS et les organes compétents à cet effet, il convient à présent de s'interroger sur la nature de celle-ci, cette qualification pouvant avoir ultérieurement une incidence sur la soumission éventuelle de la rémunération à la procédure des conventions réglementées.

²⁴ Cour de cassation, chambre commerciale, 17 décembre 2013, n°12-27.213 (n°1230-F-D), « Doublet c/ Société Neximo 14 », RJDA avril 2014, note 354

Conclusion de la 1^{ère} partie

Le mode de rémunération du dirigeant de SAS et ses modalités de fixation peuvent être déterminés en amont, a priori par les statuts, c'est-à-dire avant même la désignation ou la nomination du dirigeant, ou a posteriori, en aval, par une convention passée entre la société et son dirigeant, par un organe statutaire légalement ou statutairement compétent de par sa compétence résiduelle légale, qu'il s'agisse du président ou de la collectivité des associés, ou éventuellement par le juge. L'extrême liberté statutaire qui règne en la matière explique la diversité des modalités de fixation de la rémunération du dirigeant de SAS ainsi que la très grande variété des formes qu'elle peut prendre.

Les modalités de fixation de la rémunération du dirigeant de SAS et les formes qu'elle peut prendre sont donc des plus variées, la liberté statutaire étant totale en la matière.

Après avoir envisagé et évoqué les modalités de fixation possibles de la rémunération du dirigeant de SAS, il convient à présent de déterminer sa nature et sa qualification juridique ainsi que les différentes formes qu'elle peut prendre.

C'est donc à sa qualification juridique et à sa nature (institutionnelle ou contractuelle) qu'il convient à présent de s'intéresser.

2^{ème} partie : La nature de la rémunération

Il convient de commencer par examiner les formes et les modalités que la rémunération du dirigeant de SAS peut prendre concrètement (Chapitre 1^{er}) avant de tenter de déterminer la nature juridique de celle-ci (Chapitre 2).

Chapitre 1^{er} : Les modalités possibles de la rémunération

Il est ainsi possible de distinguer une rémunération « normale » du dirigeant de SAS (Section 1^{ère}) d'une rémunération parfois qualifiée d' « exceptionnelle » (Section 2).

Section 1^{ère} : La rémunération normale

La loi ne prévoit aucune condition particulière à respecter pour la détermination des dirigeants de SAS, ce qui constitue une différence de régime considérable par rapport à la société anonyme, où cette question est de plus en plus encadrée par la loi. Dans le silence de la loi, tous les modes de rémunération du président et des dirigeants de SAS sont envisageables : fixe ou variable en fonction du chiffre d'affaires, des résultats ou d'un objectif donné ; quote-part du bénéfice distribuable ; salaire dans le cadre d'un contrat de travail d'une personne physique ; prise en charge de pensions complémentaires ; systèmes d'intéressement au capital, jetons de présence...²⁵

Ainsi, dans le silence de la loi, tous les modes de rémunérations sont envisageables : fixe, commissions, pourcentage sur les bénéfices ou le chiffre d'affaires, etc. Le choix dans ce domaine est guidé par la personnalité physique ou morale du dirigeant, et par ses souhaits sur les plans fiscal et social.

En effet, la liberté laissée en cette matière concerne aussi bien le choix du mode de rémunération que celui de sa fixation. Il est ainsi possible de prévoir une rémunération fixe et payable périodiquement ou proportionnelle au chiffre d'affaires ou aux bénéfices ou encore combinant les deux, des jetons de présence s'il existe un organe collégial de décision, un salaire dans le cadre d'un contrat de travail d'une personne physique, etc.

La rémunération des dirigeants, ou les conditions de sa détermination, sont donc librement arrêtées par les statuts : forfait ou somme variable en fonction de divers paramètres financiers, versement de numéraire ou d'options d'achats d'actions (stocks options), voire options d'achat d'actifs sociaux.

Les statuts peuvent librement déterminer les modalités de rémunération : rémunération fixe ou proportionnelle (aux bénéfices, au chiffre d'affaires, à la valeur ajoutée ou à tout autre critère aisément vérifiable) ou mixte. Il peut aussi être prévu que les dirigeants recevront une partie de leur rémunération sous la forme d'une attribution d'actions.

²⁵ Société par actions simplifiées, Paul Le Cannu, février 2000, Répertoire du droit des sociétés, n°80, Dalloz ; Paul Le Cannu, Revue des sociétés, 1994, page 239 ; Hélène Azarian, juriste commercial, Lexis Nexis, fascicule 1534 : Sociétés par actions simplifiées – fonctionnement, n°19 ; La SAS, Société par actions simplifiée, Michel Germain, Pierre-Louis Périn, Edition pratique des affaires, n°571, p 358 ; Droit des sociétés, Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence de Boissy, Lexi Nexis, 26^{ème} édition, n°952, p492 ; Sociétés par actions simplifiées, Joly sociétés, étude S.ES140, n°415 ; Mémento Francis Lefebvre, Sociétés commerciales, n°60 370, p 888 ; Société par actions simplifiées, Paul Le Cannu, février 2000, Répertoire du droit des sociétés, n°80, Dalloz ; Laurence Amiel-Cosme, « Rémunération des dirigeants sociaux », Répertoire de droit des sociétés, n°96, Dalloz, juin 2012 ; Frédéric Maquelier, Nicolas Simon de Kergunic, SAS, Société par action simplifiée, Delmas, 4^{ème} édition, n°1032, p 153.

Mais le dirigeant de SAS peut aussi percevoir ou cumuler sa rémunération normale avec une rémunération exceptionnelle qui peut notamment consister en l'attribution d'actions gratuites, de bons et d'options de souscription ou d'achat d'actions.

Section 2 : La rémunération exceptionnelle

Il peut aussi être prévu que les dirigeants recevront une partie de leur rémunération sous la forme d'une attribution d'options de souscription ou d'achat d'actions ("stock options"), voire d'une attribution d'actions gratuites.²⁶

Les dirigeants de SAS peuvent se voir attribuer des stocks options, que ce soit sous la forme d'options de souscription ou d'achat d'actions (article L 225-177 et suivants du Code de commerce), d'attribution d'actions gratuites (articles L 225-197-1 à L 225-197-3 du Code de commerce), ou si certaines conditions sont réunies, de bons de souscription de parts de créateurs d'entreprise (article 163 bis G du Code général des impôts).

La loi de finances du 30 décembre 2004 a en effet introduit aux articles L. 225-197-1 à L. 225-197-5 du Code de Commerce un dispositif d'attribution d'actions gratuites aux salariés et aux mandataires sociaux.²⁷ Les SAS peuvent parfaitement y recourir. L'autorisation d'attribuer des actions à émettre relève d'une décision collective des associés, une telle distribution supposant en effet de procéder à une augmentation de capital, dont la décision est réservée par l'article L. 227-9, alinéa 2, du Code de commerce à la collectivité des associés. L'autorisation d'attribuer des actions existantes relève également d'une décision d'associés²⁸. S'agissant des attributaires, le président et, le cas échéant, les directeurs généraux ou directeurs généraux délégués de SAS pourront bénéficier d'actions gratuites. Il incombe au président ou aux dirigeants désignés à cet effet par les statuts de déterminer l'identité des bénéficiaires des attributions. C'est également au président qu'il revient de fixer les conditions et, le cas échéant, les critères d'attribution des actions.

Le régime de ces options ou bons ne connaît pas de particularités dans la SAS. La procédure d'émission est celle prévue dans les statuts, et doit respecter les compétences propres à la collectivité des associés en matière d'augmentation de capital (article L 227-9 alinéa 2 du Code de commerce), ce qui n'exclut pas de pouvoir éventuellement dissocier la décision de principe, qui est nécessairement du ressort et de la compétence des associés, et la décision d'attribution et de fixation des modalités des options, qui peut être déléguée à l'organe dirigeant (c'est-à-dire à lui-même), ou à un autre organe statutaire.

Après avoir défini les différentes formes et modalités possibles ou envisageables que peut prendre la rémunération du dirigeant de SAS, il convient à présent de s'interroger sur sa nature contractuelle ou institutionnelle.

²⁶ Frédéric Maquelier, Nicolas Simon de Kergunic, SAS, Société par action simplifiée, Delmas, 4^{ème} édition, n°1032, p 153 ; Mémento Francis Lefebvre, Sociétés commerciales, n°60370, p 888, édition 2013 ; Michel Germain et Pierre-Louis Périn, La SAS, Société par actions simplifiée, Edition pratique des affaires, n°574, p 361 ; Anne Charvériat et Alain Couret, La société par actions simplifiée, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Société par actions simplifiée, n°1018, p 109

²⁷ L. fin. 2005, n° 2004-1484, 30 déc. 2004, art. 83

²⁸ Voir Mémento Lefebvre Sociétés commerciales 2013, n° 69402, admettant qu'en cas d'attribution d'actions existantes, une décision collective des associés est requise

Chapitre 2 : Une qualification discutée

La nature de la rémunération du dirigeant de SAS est tributaire et dépend essentiellement de son mode de fixation : elle peut être contractuelle dans certains cas (Section 1^{ère}) et institutionnelle dans d'autres (Section 2).

Section 1^{ère} : Une rémunération parfois contractuelle

La rémunération du dirigeant est de nature contractuelle à défaut de toute prévision statutaire et de fixation par un organe habilité par les statuts (§I) ou par une convention passée entre la société et son dirigeant (§II).

§I A défaut de fixation par un organe statutaire habilité par les statuts et de toute prévision statutaire

Dans une société aussi marquée par la liberté contractuelle, la majorité, voire la quasi-totalité des auteurs considèrent que l'attribution de la rémunération du président et des dirigeants est de nature purement contractuelle²⁹. Tel est d'ailleurs l'avis de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes (CNCC) pour laquelle la rémunération du président doit suivre la procédure d'approbation des conventions réglementées prévue à l'article L. 227-10 du Code de commerce.³⁰

Ainsi, pour ces auteurs, n'étant pas fixée de manière institutionnelle (c'est-à-dire par un organe légalement compétent), il peut être soutenu que la rémunération est de nature purement contractuelle et doit dès lors être soumise au contrôle des conventions réglementées, à moins que les associés soient collectivement habilités à déterminer directement le montant de la rémunération, ce qui rendrait superflu le respect d'une procédure de contrôle les amenant à statuer sur une rémunération d'ores et déjà fixée par eux-mêmes. Peut être est-ce d'ailleurs ainsi qu'il convient d'interpréter un arrêt de la cour d'appel de Bastia ayant confirmé le caractère contractuel de la rémunération des dirigeants mais pour considérer qu'il convenait, dès lors, « *de s'en rapporter aux statuts de la société* », ce dont il résultait que l'application de la règle statutaire, qui prévoyait une décision collective des associés prise à la majorité, avait pour effet d'évincer l'application de la procédure de l'article L. 227-10 du Code de commerce.³¹

Pourtant, cette analyse ne convainc pas. En effet, la collectivité des associés n'est pas plus légalement habilitée ni compétente que les autres organes statutaires (comité de rémunération, conseil d'administration, directeur général, directeur général délégué) ou légaux (le président) pour fixer une telle rémunération.

Dès lors, il serait plus logique de considérer cette rémunération comme institutionnelle lorsqu'elle est fixée par un organe habilité par les statuts, et comme contractuelle dans tous les autres cas, c'est-à-dire

²⁹ Voir en ce sens Isabelle Arnaud-Grossi, Maître de conférences à l'université Paul Cézanne (Aix-Marseille III) – HDR – Membre du Centre de droit économique, Dirigeants sociaux, Etude Joly sociétés, n°600 ; Mémento Francis Lefebvre, Sociétés commerciales, n°60 370; Anne Charvériat et Alain Couret, La société par actions simplifiée, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Société par actions simplifiée, n°1018, p109 ; Laurent Godon, Sociétés par actions simplifiées, base Joly Etude sociétés S.ES140, n°415 ; d'aucuns considèrent cependant que le président de la SAS occupe un poste en quelque sorte institutionnel, v. en ce sens, B. Dondero, note sous Cass. com., 4 mai 2010, n° 09-13205 : BJS juill. 2010, p. 647, n° 134 ; v. *contra*, A. Couret : Rev. sociétés 2010, p. 222.

³⁰ Bulletin CNCC n° 144, déc. 2006, p. 712 ; BRDA 2007/10, p. 5, inf. 9.

³¹ Cour d'appel de Bastia, ch civ B, 24 juillet 2013, n°11/00755, « Sarl Grand sud Investissements c/SAS Société d'exploitation de l'Hôtel Casadelmar » ; Pour une critique de cette solution et de sa motivation, Marie Caffin-Moi, revue des sociétés 2014, « Rémunération du dirigeant de SAS »

à défaut de prévision statutaire. On ne voit en effet pas pourquoi la rémunération serait davantage institutionnelle lorsqu'elle est fixée par tel organe statutairement compétent mais contractuel lorsqu'elle est fixée par tel autre...

La Cour de Cassation semble avoir retenu cette analyse et a confirmé la solution retenue par la Cour d'appel de Bastia dans un arrêt de rejet rendu le 4 novembre 2014 et publié au bulletin, suite au pourvoi formé par l'associé mécontent contre cet arrêt. Par cette décision, la Haute juridiction confirme la solution et la motivation retenues par les juges du fond : « *Mais attendu qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, qu'il résultait des statuts de la société Casadelmar que la rémunération de son président devait être fixée par une décision collective des associés prise à la majorité simple, la cour d'appel en a exactement déduit, sans avoir à faire d'autre recherche, que la société Grand Sud n'était pas fondée à se prévaloir de l'inobservation des dispositions de l'article L. 227-10 du code de commerce ; que le moyen n'est pas fondé.* »³²

Il résulte de cette décision que la rémunération du dirigeant de SAS revêt un caractère institutionnel lorsqu'elle est fixée par la collectivité des associés.

Il devrait selon nous en aller de même lorsque cette rémunération est fixée par un autre organe que la collectivité des associés habilité par les statuts (en ce compris par le président qui est l'organe statutaire résiduel désigné par la loi pour toutes les décisions qui ne sont pas réservées par celle-ci à la collectivité des associés) pour les mêmes raisons que celles indiqués ci-dessus.

Bien entendu, la rémunération du dirigeant de SAS est également de nature contractuelle lorsqu'elle est fixée par une convention passée entre la société et son dirigeant.

§II En cas de convention passée entre la société et son dirigeant

La rémunération peut découler d'un simple contrat, d'une convention passée entre la société et son dirigeant ou d'un contrat de travail ou de prestations de services (ou de toute autre convention prévoyant une rémunération ou portant sur celle-ci). Dans ce cas, il ne fait guère de doute que la rémunération est bien de nature purement et exclusivement contractuelle.

Mais il est d'autres cas dans lesquels celle-ci pourrait prendre des formes davantage institutionnelles.

Section 2 : Une rémunération parfois institutionnelle

La rémunération du dirigeant pourrait être de nature institutionnelle lorsqu'elle est fixée par un organe statutaire désigné et habilité par les statuts (§I) ou par une décision collective des associés (§II).

§I En cas de fixation par un organe statutaire habilité par les statuts

La question de savoir si la rémunération du dirigeant de SAS fixée ou prévue par un organe habilité statutairement est de nature purement et exclusivement contractuelle ou si elle relève davantage d'un processus institutionnel n'est pas dépourvue d'intérêt et ne présente pas qu'un enjeu théorique dans la mesure où cette nature (contractuelle ou institutionnelle), qui dépend pour partie de son mode de fixation (contractuel ou unilatéral), est déterminante pour savoir si celle-ci doit suivre ou non la procédure des conventions réglementées de l'article L 227-10 du Code de commerce.

Lorsque la rémunération est fixée par un organe statutaire habilité ou désigné expressément par les

³² Cass, Com, 4 nov. 2014, n°13-24889, Bull. 2014, IV, n°166

statuts, force est d'admettre et de constater que dans cette hypothèse, aucune convention n'est passée entre la société et son dirigeant. La rémunération serait alors fixée non par une convention mais au contraire par une décision collective unilatérale émanant de la collectivité des associés ou par une décision unilatérale d'un autre organe légal ou statutaire (tel qu'un comité de rémunération ou encore le président lui-même) habilité par les statuts.

Dès lors, il paraît difficile de pouvoir soutenir que la rémunération du dirigeant de SAS est de nature « purement contractuelle » dans cette hypothèse (c'est-à-dire lorsqu'elle est fixée par un organe statutaire spécialement habilité par les statuts) comme le font néanmoins la plupart des auteurs³³, a fortiori si le dirigeant n'est pas lui-même associé puisque dans ce cas il ne participe même pas à la décision (sauf si les statuts prévoient que la rémunération du dirigeant sera fixée par le dirigeant lui-même, auquel cas il pourrait être soutenu que celui-ci passe un contrat avec la société en tant que représentant légal de celle-ci).

Mais selon une autre analyse, l'on pourrait penser que la liberté statutaire n'est pas sans conséquence sur la nature des actes déterminant la rémunération.

En effet, contrairement au conseil d'administration de la société anonyme qui fixe la rémunération de son président³⁴, aucun organe de la SAS n'est légalement habilité pour fixer le montant de la rémunération du président, celle-ci étant laissée à la liberté des statuts.

C'est ainsi qu'un auteur relève que « les deux fondements de la jurisprudence qui soustrait la fixation de la rémunération des dirigeants de société anonyme au contrôle des conventions disparaissent : point d'équivalent à l'article L 225-47 du Code de commerce qui prévoit que le conseil d'administration « détermine » la rémunération du président, ni à l'article L 225-115 du Code de commerce qui donne le droit aux actionnaires d'obtenir communication du montant global, certifié exact par le commissaire aux comptes, des rémunérations versées aux personnes les mieux rémunérées. » Toutefois, le même auteur ajoute que « de là à penser que la fixation des rémunérations des dirigeants de SAS aura forcément un caractère contractuel, et devra être approuvée par les associés en vertu de l'article L 227-10 du Code de commerce, il y a un pas que l'on ne franchira pas nécessairement. En effet, les statuts peuvent retenir une organisation interne d'inspiration institutionnelle. Cependant, on peut considérer comme plus naturel le penchant contractuel, notamment lorsque le président ou les dirigeants sont des personnes morales participant à un montage global, ou lorsque le dirigeant est un manager qui passe contrat avec le ou les associés dominants. »³⁵

En revanche, lorsque la rémunération n'est pas fixée par une convention passée entre la société et son dirigeant mais par un organe statutaire habilité ou désigné expressément par les statuts, dans cette hypothèse le penchant institutionnel devrait l'emporter dès lors qu'aucune convention n'est passée entre la société et son dirigeant.

En effet, s'agissant du cas de la SARL, la jurisprudence retient une analyse identique ou similaire puisqu'elle considère, en l'absence de tout texte légal en ce sens, que la rémunération du gérant ne

³³ En ce sens Isabelle Arnaud-Grossi, Maître de conférences à l'université Paul Cézanne (Aix-Marseille III) – HDR – Membre du Centre de droit économique, *Dirigeants sociaux, Etude Joly sociétés*, n°600 ; *Mémento Francis Lefebvre, Sociétés commerciales*, n°60 370; Anne Charvériat et Alain Couret, *La société par actions simplifiée, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Société par actions simplifiée*, n°1018, p109 ; Laurent Godon, *Sociétés par actions simplifiées, base Joly Etude sociétés S.ES140*, n°415 ; La SAS, *Société par actions simplifiée*, Michel Germain, Pierre-Louis Périn, Edition pratique des affaires, n°571, p 358

³⁴ Article L 225-47 du Code de commerce

³⁵ Paul Le Cannu, *Revue des sociétés*, 1994, page 239

procède pas d'une convention : « la détermination de la rémunération du gérant d'une société à responsabilité limitée par l'assemblée des associés ne procédant pas d'une convention, le gérant peut, s'il est associé, prendre part au vote »³⁶, le gérant fût-il majoritaire.³⁷ Cet arrêt rendu par la chambre commerciale le 4 mai 2010 indique très clairement que la rémunération du gérant de SARL ne procède pas d'une convention et n'est donc pas de nature contractuelle, ce dont on pourrait inférer sa nature institutionnelle, et ce quand bien même les statuts prévoiraient expressément qu'une telle compétence reviendrait ou écherrait à la collectivité des associés, ce qui montre bien que dans cette hypothèse les statuts sont davantage appréhendés comme une institution que comme un contrat. Ce qui vaut pour la SARL devrait (a fortiori) également valoir pour la SAS, car la nature des statuts ne dépend pas de la forme sociale adoptée et ne devrait pas changer selon le choix de la forme sociale ou le type de société.

Au soutien de la thèse selon laquelle la rémunération du dirigeant serait néanmoins de nature purement et exclusivement contractuelle, y compris dans l'hypothèse d'une fixation de la rémunération par un organe statutaire habilité par les statuts, on peut relever avec la plupart des auteurs que celle-ci et ses modalités de fixation relèvent des statuts et que ceux-ci ayant été approuvés par la collectivité des associés, ils s'imposent à eux dès lors qu'ils y ont pleinement consenti et librement adhéré. Dans cette perspective et selon cette théorie (qui semble plutôt représenter l'opinion de la majorité de la doctrine et l'état actuel du droit positif), les statuts sont appréhendés comme un contrat liant les associés parties à ce contrat et ne seraient finalement que la « retranscription » du contrat de société émanant de la volonté des associés qui y sont parties et auquel ils auraient consenti.

Mais cela n'est vrai que lorsque l'associé était bel et bien partie au contrat de société dès l'origine, dès la conclusion du contrat de société, au moment de sa constitution, c'est-à-dire en tout début de vie sociale. Dans ce cas, les statuts peuvent effectivement apparaître ou être appréhendés comme un contrat passé entre tous les associés, parties à ce contrat de société qui les lie dès lors qu'ils y auraient librement consenti.

Mais, en revanche, dans le cas où l'associé ne l'était pas depuis l'origine mais ne l'est devenu qu'en cours de vie sociale en ayant par exemple acquis des actions (par un contrat de vente), dans cette hypothèse, il est plus difficile de soutenir qu'il y aurait pleinement consenti. Les statuts s'imposent toujours à lui en qualité d'associé, mais ce n'est pas ou plus le contrat de société auquel il n'est pas partie qui peut expliquer cet assujettissement, cette sujétion de l'associé aux statuts entrant en cours de vie sociale, mais bien son adhésion aux statuts appréhendés alors comme une institution à laquelle il adhère et qui lui est opposable de par sa seule qualité d'associé, puisqu'en effet, le contrat de cession ne lie que le cédant et le cessionnaire, nullement la société qui n'y est pas partie.

Or, le principe de l'effet relatif des conventions posé par l'article 1165 du Code civil qui dispose que « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* », interdit de considérer que les statuts (appréhendés ici comme un contrat de société) s'imposent à l'associé par le seul effet de la cession à laquelle la société est tiers et n'est donc pas partie.³⁸

³⁶ Cour de cassation, chambre commerciale, 4 mai 2010, n°09-13205, bulletin civil IV, n°84

³⁷ Cour de cassation, chambre commerciale, 4 octobre 2011, bulletin civil IV, n°150

³⁸ Contra, Matthieu Buchberger, « Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé », Thèse LGDJ, 2011, n°198, p 173

Certes, le contrat de société et les statuts sont opposables aux tiers et ceux-ci doivent respecter la situation juridique née de ce contrat mais, en tant que tiers, ils n'y sont pas obligés et ne sauraient donc être tenus par ce contrat et ses stipulations dès lors qu'ils n'y sont pas parties.

Si les statuts s'imposent à l'associé entrant en cours de vie sociale et lui sont opposables, ce n'est donc nullement par l'effet du contrat de société ou du contrat de cession mais seulement parce qu'il accède à la qualité d'associé et adhère aux statuts de la société qui s'imposent à lui en tant qu'institution.

En effet, le contrat de cession ne lie que le cédant et le cessionnaire, en aucun cas la société qui n'y est pas partie, et le contrat de société ne lie que l'associé cédant à la société et non le cessionnaire, sauf à soutenir, considérer qu'en entrant dans la société et en acquérant ainsi la qualité d'associé il deviendrait « automatiquement » partie au contrat de société, mais on ne voit pas bien par quel mécanisme, sauf peut être par une cession conventionnelle du contrat de société et de la qualité d'associé partie à ce contrat.

Dès lors, la seule explication possible de cette transmission du contrat de société au cessionnaire, nouvel associé entrant serait de considérer que la cession d'actions est en fait une cession conventionnelle du contrat de société, une cession de la qualité d'associé et de partie au contrat de société de l'associé sortant ou cédant au cessionnaire entrant.³⁹

Cependant, l'on sait que cette thèse ne reflète pas actuellement réellement l'état du droit positif puisque la jurisprudence applique peu ou prou le régime de la vente à la cession d'actions et plus généralement à la cession de droits sociaux⁴⁰, et c'est la raison pour laquelle la seule explication possible et le seul mécanisme pouvant expliquer la soumission de l'associé aux statuts est qu'il adhère à ceux-ci et à la société comme à une institution.

En outre et en tout état de cause, la cession conventionnelle du contrat de société, c'est-à-dire la cession de la qualité de partie ou de cocontractant à ce contrat et/ou de la qualité d'associé impliquerait, supposerait et requerrait en toute hypothèse l'accord du cocontractant « cédé » (c'est-à-dire de la partie au contrat cédé, en l'espèce la société ou les autres associés). Or, en pratique, en l'absence de clause d'agrément (statutaire), cet accord n'est pas requis et n'intervient pas dans la SAS ni dans les autres sociétés par actions, sauf à ce qu'une clause d'agrément figure expressément et soit prévue par les statuts (ce qui n'est pas toujours le cas en pratique). Ainsi, à défaut d'avoir stipulé une telle clause d'agrément statutaire, le consentement du « cédé » (de la société et des autres associés) n'est pas requis et le cessionnaire acquiert pourtant la qualité d'associé et devient titulaire des droits et obligations de

³⁹ En ce sens M Jeantin, *Droit des sociétés* Montchrestien, 3^{ème} édition, 1994, n°217, p 115 : « L'associé qui cède ses titres cède non seulement une créance qu'il possède contre la société, mais encore sa qualité d'associé ; de ce point de vue, la cession de droits sociaux n'est pas sans parenté avec le mécanisme de la cession de contrat » ; H. Le Nabasque et A. Reygrobelle, « L'inscription en compte des valeurs mobilières », *droit des sociétés*, acte pratique, novembre-décembre 2002, p 4, spécialement n°42, p11 : « En cas de cession d'une valeur mobilière, ce n'est pas seulement un droit de créance qui se transmet ; mais une véritable « position contractuelle » qui permettra au cessionnaire de faire valoir des droits non seulement contre mais également « dans » la personne morale émettrice » (Philippe Malaurie, « La cession de contrat, Cour de doctorat, Paris II, 1975-1976, Les cours de droit, p 20 et P 188 ; Paul Le Cannu, *droit des sociétés*, Montchrestien, 2^{ème} édition 2003, n°136, p67 : « La progression des recherches sur la cession de contrat peut faire penser que les droits sociaux sont des contrats négociables » ; contra Laurent Aynès, « La cession de contrat » n°291, p 207 ; Malaurie, Aynès, Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 4^{ème} édition, 2009, n°910, p 480) : « La cession de droits sociaux, actions ou parts n'est pas non plus une cession de contrat. La cession a pour objet un droit incorporel ; elle entraîne la cession de la qualité d'associé, non celle de partie contractante au contrat de sociétés. »

⁴⁰ Voir notamment Marie Caffin-Moi, « Cession de droits sociaux et droit des contrats », thèse Economica 2009, n°447 à 461 qui démontre que la cession de droits sociaux ne s'apparente ni à une cession de créance, ni à une cession de contrat mais relève principalement du régime de la vente

l'associé cédant, même en l'absence d'un tel accord de la société ou des autres associés. Plus encore, s'agissant des SA et plus généralement des sociétés par actions cotées sur un marché réglementé, force est de constater que dans ces sociétés aucun contrat n'est passé (directement) entre l'associé cédant et le cessionnaire, ce qui montre bien qu'il s'agit moins d'une cession de contrat (c'est-à-dire de la qualité de contractant au contrat de société) qui requerrait et supposerait l'accord de l'autre partie (la société et les autres associés) que d'une cession de la qualité d'associé dans une institution (la société), indépendamment de tout contrat préexistant.

Selon une toute autre analyse, un auteur a tenté de démontrer l'existence d'un contrat d'apport liant l'associé apporteur à la société qui se juxtaposerait au contrat de société lui-même⁴¹, mais l'existence d'un tel contrat, à la supposer avérée (ce qui est contesté par de nombreux auteurs), n'explique pas en quoi ni comment les statuts pourraient s'imposer à l'associé entrant en cours de vie sociale qui n'aurait effectué aucun apport initial au moment de la constitution de la société, sauf à admettre que ce contrat d'apport puisse être pareillement transmis, « cédé » de l'associé cédant au cessionnaire entrant mais l'on retombe alors sur la même problématique de la cession conventionnelle de contrat (mais cette fois du contrat d'apport et non plus du contrat de société) et l'on se heurte aux mêmes difficultés que celles évoquées précédemment. En outre, l'existence d'un contrat d'apport qui lierait l'associé individuellement à la société, à la supposer avérée, ne concerne qu'un aspect particulier de la vie sociale (l'apport de l'associé) et ne lie que l'associé apporteur et la société. Il laisse donc dans l'ombre et de côté tous les autres pans et aspects de la vie sociale régis par le contrat de société qui ne disparaît pas pour autant mais se superpose à ce contrat d'apport et lie cette fois tous les associés entre eux. La même remarque ou la même objection est cependant transposable au contrat d'apport et vaut tout autant pour le contrat d'apport que pour le contrat de société : seule une cession conventionnelle du contrat d'apport pourrait expliquer cette sujétion ou cette soumission du cessionnaire entrant aux statuts. Ainsi, qu'il s'agisse du contrat d'apport ou du contrat de société, seul le mécanisme de la cession conventionnelle de contrat pourrait expliquer que le nouvel associé, cessionnaire entrant en cours de vie sociale, puisse être obligé par des statuts auxquels il n'était pas partie initialement.

En effet, le fait que ceux-ci lui soient opposables ne signifie pas qu'il soit tenu par les clauses et stipulations de ce contrat.⁴² L'existence d'un contrat de société ou d'un contrat d'apport (auxquels l'associé ne sera pas toujours partie s'il est entré en cours de vie sociale) ni celle du contrat de cession auquel la société n'est pas partie ne peuvent expliquer que l'associé entrant en cours de vie sociale soit tenu par les stipulations des statuts et y soit soumis. C'est donc uniquement parce qu'il a choisi d'adhérer à une institution que celle-ci s'impose à lui.

En outre, l'assimilation des droits sociaux à une créance sur la société (ou une dette envers celle-ci) et l'analyse de leur cession en une cession de contrat ou une cession de créance peut se discuter. En effet, ce n'est pas parce que la loi impose à une personne le respect d'un devoir ou d'une obligation légale rattaché(e) à un statut prédéfini que cela en fait nécessairement le débiteur ou le créancier d'une autre personne. Ainsi, nul ne songe à prétendre que les époux seraient à la fois débiteurs et créanciers d'une « obligation » (encore moins d'un « devoir ») de fidélité. Ceux-ci ont simplement accepté de se soumettre à ce « devoir légal » en adhérant à une institution et à un statut légal prédéfini. Il en est de même des droits de l'associé que la loi lui octroie et des devoirs qu'elle lui impose et il en va pareillement du régime légal de la société et des statuts auxquels les associés décident librement d'adhérer. Ces

⁴¹ Matthieu Buchberger, « Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé », Thèse LGDJ, 2011

⁴² François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, Droit civil, Les obligations, précis Dalloz, 10^{ème} édition, n°485, 490, 492, 494

prétendues créances ou obligations de la société envers son associé ou de l'associé contre la société sont donc en réalité des « obligations légales » qui découlent de la loi elle-même et du statut légal d'associé, et non du contrat de société. Ces « obligations légales » découlent en effet de la loi plus que du contrat (d'apport ou de société). Ce n'est donc pas parce que la loi impose certaines obligations à l'associé (obligation de souscrire et de libérer des apports, obligation de contribuer aux pertes et obligation aux dettes sociales dans les sociétés à risque illimité) qu'il en est débiteur ni la société créancière et réciproquement, ce n'est pas parce que la loi lui confère certains droits (droit au dividende, au boni de liquidation et droit de vote notamment⁴³) qu'il en est créancier ni la société débitrice.

Ces droits et obligations sont attachés à la qualité même d'associé et découlent du statut légal d'associé. Il s'agit davantage d'un « effet légal » (du contrat de société) que la loi attache à ce contrat mais qui résulte en définitive de la loi plus que du contrat lui-même.

En tout état de cause, la qualification de créance de l'associé sur la société ou de celle-ci sur ce dernier ni celle d'obligation(s) de l'associé ne suffisent à emporter la décision et à conférer la qualification de contrat à la société ou aux statuts car on ne saurait inférer de cette qualification de créance la nature contractuelle des statuts ou de la société. En effet, il existe et le droit français connaît des « obligations légales » qui ne découlent d'aucun contrat mais de la loi ou plus précisément de la propriété et de la simple qualité de propriétaire, telles les obligations « réelles » ou les obligations « propter rem »⁴⁴ qui ne découlent d'aucun contrat mais de la seule qualité de propriétaire d'un bien.

En effet, si la société est bien un contrat passé entre les associés apporteurs, elle est plus qu'un simple contrat : elle est certes fondée, instituée par un contrat de société passé, conclu entre les différents associés mais ses règles de fonctionnement interne en cours de vie sociale la rapprochent et la font davantage ressembler à une institution qu'à un contrat. La société ne peut donc être réduite à un simple contrat (de société) car une telle présentation nous paraîtrait tout à fait réductrice et ne rendrait qu'imparfaitement et qu'incomplètement compte de la réalité de la vie sociale.

De fait, la société cumule et transcende à la fois ces deux aspects et ces deux qualifications, elle a donc une nature « hybride » ou mixte : à la fois contrat et institution, ou si l'on préfère et plus exactement, d'abord contrat puis ensuite (et surtout) institution, même si le contrat de société ne disparaît pas complètement, il est seulement occulté par l'application des règles légales qui régissent le fonctionnement de la société et les rapports entre les associés, aménagées par les statuts le cas échéant (et principalement dans le cas de la SAS). Il est toutefois susceptible de ressurgir et de réapparaître le cas échéant, notamment en cas de modification des statuts, même si là encore, le consentement unanime des associés n'est pas requis, sauf en cas d'augmentation des engagements des associés, auquel cas l'unanimité sera requise (article 1836 du Code civil).

Enfin et surtout, les statuts s'imposent aux nouveaux associés entrants sans qu'ils n'y aient à aucun moment consenti mais encore ceux-ci peuvent-ils être modifiés sans le consentement unanime de tous les associés et l'un des associés fondateurs, qui lui a toujours été partie au contrat de société, pourrait donc se voir imposer une modification des statuts (et donc du contrat de société) à laquelle il n'aurait pas consenti et qu'il aurait même pourtant expressément refusée. Curieux respect de la force obligatoire du contrat et de l'intangibilité des conventions. Curieux contrat également que celui où se retrouvent

⁴³ Voir à propos du droit de vote, Marie Caffin-Moi, « Cession de droits sociaux et droit des contrats », thèse Economica 2009, n°404, p 266, note 2

⁴⁴ Sur cette distinction délicate entre obligations réelles et obligations propter rem, voir François Terré et Philippe Simler, Les biens, Droit civil, collection précis Dalloz, 8^{ème} édition, n°775 et 878

parties ceux qui n'y ont jamais souscrit ni consenti mais qui les oblige néanmoins et dont la modification s'impose pareillement à ceux qui l'auraient pourtant expressément refusée.⁴⁵

Dès lors, on comprend que la source et la nature d'une rémunération prévue ou fixée par les statuts ou par un organe statutaire sont en définitive (et malgré les apparences) de nature bien moins contractuelles qu'institutionnelles et relèvent en définitive plutôt d'un processus d'inspiration institutionnelle que contractuelle.

La rémunération du dirigeant de SAS est également de nature institutionnelle lorsqu'elle est fixée par une décision collective des associés et qu'elle émane alors de celle-ci.

§II En cas de fixation par une décision collective des associés

La doctrine semble unanime pour admettre que l'attribution d'une rémunération au président et aux autres dirigeants sociaux de la SAS n'est pas de nature contractuelle lorsqu'elle est fixée par décision collective des associés. On concevrait mal qu'une telle décision puisse être de nature contractuelle lorsqu'elle émane de la collectivité des associés.⁴⁶

En effet, en de fixation de la rémunération du dirigeant par une décision collective des associés, force est d'admettre qu'aucune convention n'est alors passée entre la société et son dirigeant et qu'une décision émanant de la collectivité des associés s'apparente davantage à une décision unilatérale (institutionnelle) des associés qu'à un contrat passé entre ceux-ci et le dirigeant.

De fait, bien que la plupart des auteurs soutiennent que la rémunération du dirigeant de SAS est de nature purement contractuelle et doit dès lors être soumise au contrôle des conventions réglementées, ceux-ci semblent convenir qu'il en va différemment lorsque les associés sont collectivement habilités à déterminer directement le montant de la rémunération, ce qui revient à admettre la nature institutionnelle de la rémunération dans cette hypothèse.

⁴⁵ A ce sujet, voir pour un avis contraire, Matthieu Buchberger, « Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé », Thèse LGDJ, 2011, n°193, p 169-170

⁴⁶ En ce sens Isabelle Arnaud-Grossi, Maître de conférences à l'université Paul Cézanne (Aix-Marseille III) – HDR – Membre du Centre de droit économique, Dirigeants sociaux, Etude Joly sociétés, n°600 ; Mémento Francis Lefebvre, Sociétés commerciales, n°60 370 ; Anne Charvériat et Alain Couret, La société par actions simplifiée, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Société par actions simplifiée, n°1018, p109 ; Laurent Godon, Sociétés par actions simplifiées, base Joly Etude sociétés S.ES140, n°415 ; La SAS, Société par actions simplifiée, Michel Germain, Pierre-Louis Périn, Edition pratique des affaires, n°571, p 358

Tableaux récapitulatifs sur la nature de la rémunération

Prévision par les statuts / Organe fixant la rémunération	Prévision par les statuts	Absence de prévision
Collectivité des associés	Institutionnelle	Institutionnelle
Président	Institutionnelle ou contractuelle selon les auteurs	Institutionnelle ou contractuelle selon les auteurs
Tout autre organe statutaire	Institutionnelle ou contractuelle selon les auteurs	Contractuelle
Convention	Contractuelle	Contractuelle

Prévision par les statuts	Nature de la rémunération
Oui prévue par les statuts	Institutionnelle
Non pas prévue par les statuts	Contractuelle (sauf décision émanant de la collectivité des associés + éventuellement décision du président de la SAS)

Conclusion de la 2^{ème} partie

La nature et la qualification juridique de la rémunération dépendent avant tout de sa source, c'est-à-dire de son mode de fixation qui peut prendre les formes les plus variées.

En présence d'une convention passée entre la société et son dirigeant fixant la rémunération de ce dernier, la rémunération est nécessairement contractuelle. En l'absence d'une telle convention, il semblerait qu'il faille distinguer selon que la rémunération est fixée par un organe statutaire habilité par les statuts à cet effet ou non. Dans le premier cas, la source de la rémunération serait davantage institutionnelle, dans le cas contraire elle serait plutôt contractuelle, sauf lorsque la rémunération est fixée par une décision collective des associés, auquel cas la doctrine est unanime pour dire que la rémunération ne doit pas être soumise à la procédure des conventions réglementées, ce dont on peut inférer sa nature et sa source institutionnelles, et donc écarter dans cette hypothèse la qualification contractuelle, peu important à cet égard que cette compétence ait été prévue ou non par les statuts.

Le cas véritablement problématique concerne la fixation par le dirigeant lui-même de sa propre rémunération. En effet, bien que seul organe légal de la SAS possédant de par son statut et sa fonction une compétence résiduelle légale et générale pour engager la SAS, ce dont aurait pu déduire la nature institutionnelle de la rémunération dans cette hypothèse, il semble possible sinon souhaitable, et en tout cas plus moins risqué, de lui préférer la qualification contractuelle afin de la soumettre à la procédure de contrôle des conventions réglementées en vue de prévenir tout conflit d'intérêts. En outre, il peut être soutenu que dans ce dernier cas de figure, le dirigeant de la société passerait en quelque sorte un contrat avec lui-même mais pris cette fois en sa qualité de particulier, ce qui rend encore plus criant le risque de conflit d'intérêts dans cette hypothèse.

C'est donc son contrôle éventuel qu'il convient à présent d'envisager.

Ainsi, après avoir évoqué les modalités possibles de fixation de la rémunération du dirigeant de SAS, sa nature et les formes qu'elle peut prendre, il convient à présent d'envisager son éventuel contrôle a posteriori, les modalités de ce contrôle et ses sanctions légales et statutaire éventuelles.

3^{ème} partie : Le contrôle de la rémunération

La rémunération du dirigeant de SAS peut faire l'objet d'un contrôle a posteriori dans certaines hypothèses (Chapitre 1^{er}) et peut être sanctionnée en cas de méconnaissance des dispositions légales et/ou statutaires relatives à sa fixation ou à son contrôle (Chapitre 2).

Chapitre 1^{er} : Une rémunération contrôlée a posteriori

La rémunération du dirigeant de SAS est parfois soumise à un contrôle dans certaines hypothèses (Section 1^{ère}) et doit alors suivre la procédure des conventions réglementées (Section 2).

Section 1^{ère} : Une rémunération parfois soumise à contrôle : L'application éventuelle de la procédure des conventions réglementées

L'application de la procédure des conventions réglementée est obligatoire en l'absence de prévision statutaire sur cette question ainsi qu'en présence d'une convention passée entre la société et son dirigeant (§I) mais semble facultative dans toutes les autres hypothèses (§II).

§I L'application obligatoire de la procédure des conventions réglementées

La procédure des conventions réglementées est obligatoire à défaut de fixation de la rémunération par la collectivité des associés et/ou par un organe statutaire habilité par les statuts (A) et lorsqu'elle est fixée une convention passée entre la société et son dirigeant (B).

A) A défaut de fixation de la rémunération par la collectivité des associés ou par un organe habilité par les statuts

En l'absence de convention, la rémunération du dirigeant de SAS étant par principe de nature institutionnelle lorsqu'elle est fixée par un organe désigné par les statuts à cet effet, elle ne devrait pas être soumise à la procédure des « conventions » réglementées dès lors qu'elle est fixée par la collectivité des associés ou par un autre organe habilité et désigné par les statuts.

A l'inverse, en l'absence de fixation de la rémunération par la collectivité des associés ou par un organe statutaire habilité par les statuts, la rémunération du dirigeant devrait au contraire être soumise à la procédure des conventions réglementées, lorsque celle-ci est fixée par une convention ou par un organe statutaire, autre que la collectivité des associés, qui n'est pas lui-même habilité par les statuts.

La jurisprudence semble consacrer cette distinction.

Ainsi, par un arrêt rendu le 24 juillet 2013, la Cour d'appel de Bastia a écarté la procédure d'approbation des conventions au motif que « l'attribution d'une rémunération aux dirigeants de SAS est de nature purement contractuelle » et qu' « il convient dès lors de s'en rapporter aux statuts de la société », ce qui avait été fait en l'espèce puisque les statuts prévoyaient justement que la rémunération serait fixée par l'assemblée statuant à la majorité. Elle ajoute que la procédure de l'article L. 227-10 a « vocation à s'appliquer en l'absence de dispositions relatives à cette question dans les statuts de la société ».

Par un arrêt rendu le 4 novembre 2014 (publié au bulletin), la Cour de Cassation a confirmé la solution retenue par la Cour d'appel de Bastia et rejeté le pourvoi formé par l'associé mécontent contre cette décision. Par cet arrêt, la Haute juridiction confirme la solution et la motivation retenues par les juges

du fond : « *Mais attendu qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, qu'il résultait des statuts de la société Casadelmar que la rémunération de son président devait être fixée par une décision collective des associés prise à la majorité simple, la cour d'appel en a exactement déduit, sans avoir à faire d'autre recherche, que la société Grand Sud n'était pas fondée à se prévaloir de l'inobservation des dispositions de l'article L. 227-10 du code de commerce ; que le moyen n'est pas fondé.* »⁴⁷

Il résulte de cette décision que la rémunération du dirigeant de SAS ne constitue pas une convention réglementée et n'est donc pas soumise à la procédure d'approbation de l'article L. 227-10 du Code de commerce dès lors qu'elle est fixée par la collectivité des associés.

Il devrait selon nous en aller de même lorsque cette rémunération est fixée par un organe autre que la collectivité des associés habilité par les statuts, y compris par le président qui est l'organe statutaire résiduel désigné par la loi pour toutes les décisions qui ne sont pas réservées par celle-ci à la collectivité des associés, pour les raisons indiquées précédemment (cf. supra, p. 22 sur le caractère institutionnel de la rémunération fixée par un organe statutaire habilité par les statuts).

Il résulte *a contrario* de cet arrêt que la rémunération du dirigeant de SAS est obligatoirement soumise à la procédure d'approbation des conventions réglementées prévue à l'article L. 227-10 du Code de commerce lorsqu'elle n'est pas fixée par la collectivité des associés ou, à tout le moins, lorsqu'elle n'est pas fixée par un organe désigné par les statuts et habilité à cet effet.

Ainsi, il semblerait que la prévision ou le défaut de prévision contractuelle du mode de détermination de la rémunération soit effectivement de nature à entraîner l'éviction ou l'application de la procédure des conventions réglementées, « *et ce, apparemment, quelle que soit le mode de fixation effectivement retenu.* »⁴⁸

Ce dernier point n'est toutefois pas absolument certain à la lecture de l'arrêt. La décision précitée de la Cour de cassation ne concernait en effet que la rémunération du dirigeant fixée par la collectivité des associés. L'arrêt ne fait mention que de cet organe et, contrairement à l'arrêt de la Cour d'appel, il ne fait plus référence à la prévision (ou à l'absence de prévision) des statuts de la société, ce qui ne permet donc pas de savoir avec certitude si la procédure doit ou non également s'appliquer obligatoirement en cas de fixation de la rémunération par les autres organes de la SAS éventuellement désignés par les statuts pour fixer la rémunération du dirigeant (notamment le président, ou encore un organe collégial ou un comité *ad hoc* habilité par les statuts).

C'est pourquoi il semble en l'état plus prudent et recommandé de soumettre néanmoins la rémunération du dirigeant à la procédure des conventions réglementées lorsqu'elle n'est pas fixée par la collectivité des associés mais par un autre organe désigné et habilité par les statuts (en particulier lorsque ceux-ci désignent le président, par ailleurs associé majoritaire de la SAS, auquel cas le conflit d'intérêts est alors patent), et ce dans l'attente d'un éventuel éclaircissement de la jurisprudence sur cette question.

Cette solution paraît relativement logique dès lors que la nature de la rémunération et son contrôle dépendent en grande partie de son mode de fixation. Elle sera ainsi institutionnelle ou contractuelle selon que la rémunération aura ou non été fixée par un organe habilité par les statuts. En effet, la rémunération ne sera et ne pourra être soumise à la procédure des conventions réglementées que si la rémunération du dirigeant a effectivement été fixée par une convention. Or, comme nous l'avons vu et tenté de le

⁴⁷ Cass, Com, 4 nov. 2014, n°13-24889, Bull. 2014, IV, n°166

⁴⁸ Marie Caffin-Moi, revue des sociétés 2014, « Rémunération du dirigeant de SAS » ; note sous Cour d'appel de Bastia, ch civ B, 24 juillet 2013, n°11/00755, « Sarl Grand sud Investissements c/SAS Société d'exploitation de l'Hôtel Casadelmar »

démontrer, la rémunération fixée par un organe statutaire expressément habilité par les statuts serait plutôt de nature institutionnelle et ne devrait donc pas faire l'objet d'un contrôle dans la mesure où aucune convention n'est alors passée entre la société et son dirigeant. La décision est néanmoins contestable en ce qu'elle affirme que « l'attribution d'une rémunération aux dirigeants de SAS est de nature purement contractuelle » et qu' « il convient dès lors de s'en rapporter aux statuts de la société ». C'est au contraire et justement parce que la fixation de la rémunération est prévue et envisagée par les statuts et non par une convention distincte que celle-ci n'est pas de nature contractuelle mais institutionnelle, ce qui justifie que l'on n'applique pas la procédure des conventions réglementées dans cette hypothèse. En effet, lorsque la rémunération est fixée par un organe statutaire, habilité par les statuts à cet effet, il s'agit d'une décision unilatérale et non d'un contrat ou d'une « convention » soumise à contrôle, ce qui justifie pleinement l'éviction de cette procédure.

Toutefois, la majorité des auteurs considèrent néanmoins que lorsque la rémunération est fixée par un autre organe que les associés, il convient dans ce cas d'appliquer la procédure prévue à l'article L 227-10 du Code de commerce pour les conventions intervenues entre la société et les personnes qui la dirigent.⁴⁹

D'un point de vue général, il est de toute façon souhaitable, sinon préférable, et en tout cas plus prudent que la procédure de fixation de la rémunération des dirigeants soit contrôlée par les associés.

La procédure des conventions réglementées est également obligatoire lorsque la rémunération est fixée par une convention passée entre la société et son dirigeant.

B) En cas de convention passée entre la société et son dirigeant

Malgré la liberté d'organisation interne et la souplesse de fonctionnement de la SAS, le législateur n'a pas omis d'établir des limites aux pouvoirs des dirigeants en instaurant, comme dans toute société de capitaux, un dispositif de prévention des conflits d'intérêts fondé sur un contrôle des conventions dites « réglementées » conclues entre la SAS et certaines personnes déterminées.

La SAS connaît donc un contrôle des conventions passées entre la société et ses dirigeants, régis par les dispositions spécifiques des articles L 227-10 à L 227-12 du Code de commerce. Les conventions conclues directement ou par personne interposée entre la société et son président ou ses autres dirigeants doivent être soumises au contrôle des associés de la SAS.

En effet, comme dans toute société de capitaux, un contrôle des conventions passées avec la société par une personne en situation de conflit d'intérêts est institué par l'article L 227-10 du Code de commerce. Ces personnes sont : le président, l'un des dirigeants (directeur général, directeurs généraux délégués ou dirigeants statutaires), l'un des actionnaires détenant une fraction des droits de vote supérieure à 10% ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L 233-3 du Code de commerce.

⁴⁹ Voir notamment en ce sens Michel Germain, Pierre-Louis Périn, La SAS, Société par actions simplifiée, Edition pratique des affaires, n°572, p 359; Isabelle Arnaud-Grossi, Maître de conférences à l'université Paul Cézanne (Aix-Marseille III) – HDR – Membre du Centre de droit économique, Dirigeants sociaux, Etude Joly sociétés, n°600 ; Mémento Francis Lefebvre, Sociétés commerciales, n°60 370; Anne Charvériat et Alain Couret, La société par actions simplifiée, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Société par actions simplifiée, n°1018, p109 ; Laurent Godon, Sociétés par actions simplifiées, base Joly Etude sociétés S.ES140, n°415.

La difficulté est alors d'identifier les autres personnes entrant dans la catégorie de dirigeants. La notion de dirigeant vise à l'évidence les personnes investies d'un pouvoir direct de gestion.⁵⁰ En revanche, la question de savoir si la procédure de contrôle doit être respectée pour les conventions passées entre les membres des organes de surveillance ou des comités spécialisés est plus délicate, compte tenu de la liberté statutaire de définir le fonctionnement de la SAS et d'une absence de définition légale de la notion de dirigeant. Les interprétations convergent cependant pour retenir une définition large, inspirée de la situation des sociétés anonymes où les administrateurs et les membres du conseil de surveillance sont soumis au contrôle dans la mesure où « La finalité générale de la réglementation des conventions est de régler les conflits d'intérêt entre la société et les personnes qui disposent d'un pouvoir dans la société, même si ce n'est pas un pouvoir de gestion. »⁵¹

Pour le comité juridique de l'ANSA (association nationale des sociétés par actions), « il est ici possible d'interpréter plus largement la notion de dirigeant qui pourrait viser dès lors des membres d'organes de surveillance ou chargés de missions particulières. Au moins par analogie, il est prudent de se référer aux dispositions existantes pour les SA à directoire et conseil de surveillance, lesquelles prévoient que les conventions passées avec des membres de ce conseil sont soumises, par un texte spécial à cette procédure de contrôle. »⁵²

De même, selon le Conseil national des commissaires aux comptes, « on peut considérer que les dirigeants sont ceux qui exercent des pouvoirs comparables aux administrateurs d'une société anonyme, notamment ceux :

- De décider de la conduite des affaires en participant activement à la gestion
- De fixer les orientations de l'entreprise (activité, organisation, investissement, recrutement...) et de disposer des biens sociaux ;
- D'autoriser le président à engager la société. »

Il en a par exemple déduit, s'agissant d'un membre d'un comité de sélection, que « dans la mesure où les statuts n'identifient pas ce comité comme dirigeant de droit, et qu'il ne se comporte pas en dirigeant de fait, le comité de sélection ainsi défini ne nous paraît pas pouvoir être assimilé à un dirigeant » au sens de l'article L 227-10 du Code de commerce.⁵³

Il peut aussi exister d'autres fonctions, définies par les statuts et n'ayant pas d'équivalent dans les sociétés anonymes. Il faut examiner leur situation au cas par cas.

Le Conseil national des commissaires aux comptes (CNCC) s'est ainsi prononcé au sujet des membres d'un conseil de parrainage et des membres d'un comité directeur. La commission juridique du CNCC a notamment relevé les pouvoirs importants dont disposait d'une part le conseil de parrainage (nomination et révocation du président, contrôle de la direction et appréciation des budgets et des situations intercalaires), et d'autre part le comité directeur (prise de décisions d'emprunt, de cession de participation, de situation de garanties ; établissement des comptes, du rapport de gestion et des propositions d'affectation du résultat et en a déduit que les conventions conclues entre la société et les personnes faisant partie de l'un et l'autre organe devaient être relatées dans le rapport spécial du commissaire aux comptes.⁵⁴

⁵⁰ Anne Charvériat et Alain Couret, La société par actions simplifiée, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, n°1211, p 134

⁵¹ CNCC, La société par action simplifiée, Etudes juridiques, CNCC éditions, janvier 2002, n°213

⁵² ANSA n°347, communiqué n°2803

⁵³ Bulletin CNCC 1997, n°106, p 321

⁵⁴ Bulletin CNCC, n°140, & 173, SAS – conventions réglementées – notion de dirigeants – membres d'un conseil de parrainage et d'un comité directeur

Le CNCC s'est aussi prononcé sur une autre situation, celle du représentant de la personne morale président de la SAS. Ainsi, dans l'hypothèse où le dirigeant d'une SAS est concomitamment, d'une part, président d'une SAS, laquelle est elle-même présidente d'une autre société (SAS elle-aussi), et d'autre part cocontractant de celle-ci, la convention passée entre le président de la première SAS et cette dernière société est soumise à la procédure des conventions réglementées.⁵⁵

Les conventions portant sur la rémunération du président et des dirigeants de SAS doivent donc être soumises à la procédure de contrôle des conventions réglementées.

Cette procédure devra aussi être suivie lorsque la rémunération découle d'un contrat de travail ou de prestations de services.⁵⁶

Sont également visées les conventions conclues avec une personne interposée (prête-nom, société écran derrière laquelle agit le dirigeant) mais non avec une personne indirectement intéressée, contrairement au régime en vigueur dans la société anonyme.

Ne sont donc pas visées par la loi les conventions auxquelles un dirigeant est indirectement intéressé ni les conventions passées avec une entreprise dont l'un des dirigeants de la SAS serait propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général ou membre du directoire ou du conseil de surveillance de cette entreprise ; la procédure de contrôle des conventions réglementées ne s'applique donc pas à ces conventions. Il en résulte que le champ d'application du contrôle de ces conventions est beaucoup plus restreint que dans la société anonyme.

En revanche, la procédure des conventions réglementées n'est pas obligatoire mais seulement facultative dans toutes les autres hypothèses.

§II L'application facultative de la procédure des conventions réglementées

La procédure des conventions réglementées est seulement facultative en cas de fixation de la rémunération par une convention portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales entre la société et son dirigeant (A), en cas de fixation de la rémunération du dirigeant par une décision collective des associés (B) ou de fixation par un organe statutaire habilité par les statuts (C).

A) En cas de convention portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales

Sont libres, c'est-à-dire ni interdites ni soumises à l'établissement d'un rapport du commissaire aux comptes ou, s'il n'a pas été désigné de commissaire, d'un rapport du président de la société, les conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales.

Les conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales sont en effet soumises à un régime spécifique. L'article L 227-11 du Code de commerce dispose que « *L'article L. 227-10 n'est pas applicable aux conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales.* »

⁵⁵ Bulletin CNCC, n°164, & 165, p 716

⁵⁶ Michel Germain, Pierre-Louis Périn, La SAS, Société par actions simplifiée, Edition pratique des affaires, n°572, p 359

Par exception, les conventions portant sur des opérations « courantes et conclues à des conditions normales » ne sont donc soumises à aucune formalité.

Les notions de convention courante et de conditions significatives ont été explorées par la jurisprudence, qui se réfère à l'exercice habituel de l'activité ordinaire de la société aux conditions de marché. On entend par « opérations courantes et conclues à des conditions normales » les opérations effectuées par la société de manière habituelle dans le cadre de son activité.⁵⁷ Depuis la loi « Warsmann 1 » de simplification et d'amélioration de la qualité du droit du 17 mai 2011, ces conventions n'ont plus à être communiquées au commissaire aux comptes et les associés ne peuvent plus en obtenir communication.⁵⁸

La procédure des conventions réglementées est également facultative lorsque la rémunération du dirigeant est fixée par une décision collective des associés.

B) En cas de fixation par une décision collective des associés

La question se présente en effet de manière différente dans le cas où la rémunération est fixée par une décision collective des associés. Dans ce cas, on peut légitimement hésiter pour savoir si le contrôle, qui s'exerce dans le cadre d'une décision collective des associés, s'applique lorsque la décision elle-même est prise par la collégialité des associés.

En cas de fixation de la rémunération par une décision collective des associés, la majorité des auteurs semblait considérer que la procédure de contrôle des conventions réglementées ne devait pas s'appliquer dans cette hypothèse.⁵⁹ Dans la mesure où le contrôle s'exerce dans le cadre d'une décision collective des associés, on conçoit mal qu'il puisse s'appliquer lorsque la décision elle-même doit précisément émaner de la collectivité des associés. Il serait en effet peu logique d'exiger le contrôle par les associés d'une décision prise par eux.

Le contrôle des associés dans le cadre de la procédure des conventions réglementées ne semblait donc pas nécessaire dans l'hypothèse où la fixation de la rémunération relève d'une décision collective des associés et non d'une simple ratification.

Cependant, pour certains auteurs, « lorsque les statuts stipulent que le président fixe lui-même sa rémunération qui est ensuite communiquée aux associés lors de l'approbation des comptes annuels, cette approbation emportant « ratification » de la rémunération, la procédure des conventions réglementées devrait être respectée, une telle ratification ne permettant ni de considérer que la rémunération était effectivement fixée par les associés, ni de leur garantir, malgré le rapport du président, qu'ils

⁵⁷ Michel Germain, Pierre-Louis Périn, *La SAS, Société par actions simplifiée*, Edition pratique des affaires, n°636, p 401

⁵⁸ Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (*Journal Officiel 18 Mai 2011*)

⁵⁹ Voir en ce sens Isabelle Arnaud-Grossi, *Dirigeants sociaux, Etude Joly sociétés*, n°600 ; Laurence Amiel-Cosme, « Rémunération des dirigeants sociaux », *Répertoire de droit des sociétés*, n°95 ; Dalloz, juin 2012 ; Michel Germain et Pierre-Louis Périn, *La SAS, Société par actions simplifiée*, Edition pratique des affaires, n°572, p 359 ; *Mémento Francis Lefebvre, Sociétés commerciales*, n°60370 ; Laurent Godon, *Sociétés par actions simplifiées*, base Joly Etude sociétés S.ES140, n°415 ; dans le même sens mais avec des hésitations, Hélène Azarian, *jurisclasseur commercial, Lexis Nexis, fascicule 1534 : Sociétés par actions simplifiées – fonctionnement*, n°19 ; en ce sens également Bruno Dondero, *Bulletin Joly Sociétés*, juillet-août 2010, §134, p 647

disposeraient d'informations suffisantes pour approuver cette rémunération en toute connaissance de cause. »⁶⁰

Lorsque la rémunération est directement fixée par une décision collective des associés, elle ne semble pas soumise à la procédure des conventions réglementées. Cela paraît d'autant plus certain qu'une solution allant dans le même sens a été rendue par a été décidée par la Cour de cassation à propos des SARL.⁶¹ Il est vrai que dans cette hypothèse, un tel contrôle conduirait à une redondance inutile, les associés étant déjà informés et devant approuver leur propre décision. Un auteur relève d'ailleurs qu' « on pourrait cependant soutenir le même raisonnement lorsque les associés fixent une enveloppe et délèguent à un organe le soin de la répartir entre ses membres (jetons de présence).⁶²

La jurisprudence est également en ce sens puisque par un arrêt rendu le 24 juillet 2013, la Cour d'appel de Bastia a écarté la procédure d'approbation des conventions, en énonçant d'abord que « *l'attribution d'une rémunération aux dirigeants de SAS est de nature purement contractuelle* » et « *qu'il convient dès lors de s'en rapporter aux statuts de la société* », ce qui avait été fait en l'espèce, puisque les statuts prévoyaient justement que la rémunération serait fixée par l'assemblée statuant à la majorité. Elle énonce ensuite que la procédure de l'article L. 227-10 a « *vocation à s'appliquer en l'absence de dispositions relatives à cette question dans les statuts de la société* ». ⁶³

La Cour de Cassation a récemment confirmé la solution rendue par la Cour d'appel de Bastia et rejeté le pourvoi formé contre cette décision dans un arrêt rendu le 4 novembre 2014, à propos de cette même affaire, et publié au bulletin. Par cette décision, la Haute juridiction confirme la solution et la motivation retenues par les juges du fond : « *Mais attendu qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, qu'il résultait des statuts de la société Casadelmar que la rémunération de son président devait être fixée par une décision collective des associés prise à la majorité simple, la cour d'appel en a exactement déduit, sans avoir à faire d'autre recherche, que la société Grand Sud n'était pas fondée à se prévaloir de l'inobservation des dispositions de l'article L. 227-10 du code de commerce ; que le moyen n'est pas fondé.* »⁶⁴

Il résulte de cette décision que la rémunération du dirigeant de SAS ne constitue pas une convention réglementée et n'est donc pas soumise à la procédure d'approbation de l'article L. 227-10 du Code de commerce dès lors qu'elle est fixée par la collectivité des associés.

Il devrait selon nous en aller de même lorsque la rémunération est fixée par un organe habilité par les statuts autre que la collectivité des associés, y compris par le président qui est l'organe statuaire résiduel désigné par la loi pour toutes les décisions qui ne sont pas réservées par celle-ci à la collectivité des associés, pour les mêmes raisons qu'indiquées précédemment (cf. supra p. 22 sur le caractère institutionnel de la rémunération fixée par un organe statutaire habilité par les statuts).

Enfin, la procédure des conventions réglementées semble également facultative en cas de fixation de la rémunération du dirigeant par un organe statutaire habilité par les statuts.

⁶⁰ Isabelle Arnaud-Grossi, Dirigeants sociaux, Etude Joly sociétés, n°600 ; également en ce sens, H. Azarian, juriscasseur commercial, Lexis Nexis, fascicule 1534 : Sociétés par actions simplifiées – fonctionnement, n°19

⁶¹ Cour de cassation, chambre commerciale, 4 mai 2010, n°09-13205, note de Bruno Dondero, Bulletin Joly Sociétés, juillet-août 2010, §134, p 647

⁶² Michel Germain et Pierre-Louis Périn, La SAS, Société par actions simplifiée, Edition pratique des affaires, n°572, p 359

⁶³ Cour d'appel de Bastia, ch civ B, 24 juillet 2013, n°11/00755, « Sarl Grand sud Investissements c/SAS Société d'exploitation de l'Hôtel Casadelmar »

⁶⁴ Cass, Com, 4 nov. 2014, n°13-24889, Bull. 2014, IV, n°166

C) En cas de fixation de la rémunération par un organe statutaire habilité par les statuts

En cas de fixation de la rémunération par un organe statutaire habilité par les statuts à cet effet, et en l'absence de toute convention passée entre la société et son dirigeant, la décision de l'organe statutaire fixant la rémunération ne devrait pas être soumise à la procédure des conventions réglementées. En effet dans cette hypothèse, la fixation de la rémunération par un organe statutaire désigné et habilité par les statuts s'analyse davantage en une décision unilatérale plutôt qu'en une convention, dès lors celle-ci ne devrait logiquement pas être soumise à contrôle.

La jurisprudence semble plutôt en ce sens puisque par un arrêt rendu le 24 juillet 2013, la Cour d'appel de Bastia a écarté la procédure d'approbation des conventions, en énonçant d'abord que « *l'attribution d'une rémunération aux dirigeants de SAS est de nature purement contractuelle* » et « *qu'il convient dès lors de s'en rapporter aux statuts de la société* », ce qui avait été fait en l'espèce, puisque les statuts prévoient justement que la rémunération serait fixée par l'assemblée statuant à la majorité. Elle énonce ensuite que la procédure de l'article L. 227-10 a « *vocation à s'appliquer en l'absence de dispositions relatives à cette question dans les statuts de la société* ». ⁶⁵ Ainsi, il semblerait bien que la prévision ou le défaut de prévision contractuelle du mode de détermination de la rémunération puisse entraîner l'éviction ou l'application de la procédure des conventions réglementées, « *et ce, apparemment, quelle que soit la modalité de fixation effectivement utilisée.* » ⁶⁶

Par un arrêt rendu le 4 novembre 2014 et publié au bulletin, la Cour de Cassation a récemment confirmé la décision rendue par la Cour d'appel de Bastia et rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt par l'associé mécontent de la solution rendue dans cette même affaire. Aux termes de cette décision, la Haute juridiction confirme la solution et la motivation retenues par les juges du fond : « *Mais attendu qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, qu'il résultait des statuts de la société Casadelmar que la rémunération de son président devait être fixée par une décision collective des associés prise à la majorité simple, la cour d'appel en a exactement déduit, sans avoir à faire d'autre recherche, que la société Grand Sud n'était pas fondée à se prévaloir de l'inobservation des dispositions de l'article L. 227-10 du code de commerce ; que le moyen n'est pas fondé.* » ⁶⁷

Il résulte de cet arrêt que la rémunération du dirigeant de SAS ne constitue pas une convention réglementée et n'est donc pas soumise à la procédure d'approbation de l'article L. 227-10 du Code de commerce dès lors qu'elle est fixée par la collectivité des associés.

Il devrait selon nous en aller de même lorsque cette même rémunération est fixée par un autre organe habilité par les statuts, y compris par le président qui est l'organe statutaire résiduel désigné par la loi pour toutes les décisions qui ne sont pas réservées par celle-ci à la collectivité des associés, et ce pour les mêmes raisons que celles indiquées précédemment (cf. supra p. 22 sur le caractère institutionnel de la rémunération fixée par un organe statutaire habilité par les statuts).

La décision précitée de la Cour de cassation ne concernait toutefois que la rémunération du dirigeant fixée par la collectivité des associés. L'arrêt ne fait mention que de cet organe et, contrairement à l'arrêt de la Cour d'appel, il ne fait plus référence aux statuts de la société, ce qui ne permet donc pas de savoir avec certitude si cette exclusion pourrait également s'appliquer et concerner les autres organes de la

⁶⁵ Cour d'appel de Bastia, ch civ B, 24 juillet 2013, n°11/00755, « Sarl Grand sud Investissements c/SAS Société d'exploitation de l'Hôtel Casadelmar »

⁶⁶ Marie Caffin-Moi, revue des sociétés 2014, « Rémunération du dirigeant de SAS »

⁶⁷ Cass, Com, 4 nov. 2014, n°13-24889, Bull. 2014, IV, n°166

SAS éventuellement désignés par les statuts pour fixer la rémunération du dirigeant (notamment le président, ou encore un organe collégial ou un comité *ad hoc* habilité par les statuts).

C'est pourquoi il semble en l'état plus prudent et recommandé de soumettre néanmoins la rémunération du dirigeant à la procédure des conventions réglementées lorsqu'elle n'est pas fixée par la collectivité des associés mais par un autre organe désigné et habilité par les statuts (en particulier lorsque ceux-ci désignent le président, par ailleurs associé majoritaire de la SAS, auquel cas le conflit d'intérêts est alors patent), et ce dans l'attente d'une éventuelle confirmation de la jurisprudence sur cette question.

La doctrine semble également en sens. Ainsi, la plupart des auteurs pensent au contraire que si la décision n'est pas collective, elle est alors soumise au contrôle des articles L. 227-10 et suivants du code de commerce.⁶⁸ Toutefois, certains auteurs vont plus loin et considèrent que lorsque la rémunération est fixée par un autre organe que les associés, il convient alors d'appliquer dans tous les cas la procédure prévue par l'article L 227-10 du Code de commerce pour les conventions intervenues entre la société et les personnes qui la dirigent.⁶⁹

La Commission juridique du Conseil national des commissaires aux comptes semble également être de cet avis puisque qu'elle a considéré que la rémunération du président, fixée librement par lui-même, conformément aux clauses des statuts d'une SAS, devait suivre la procédure des conventions réglementées prévue par l'article L 227-10 du Code de commerce.⁷⁰ Elle a en effet considéré que la seule mention dans les statuts que « l'approbation des comptes annuels emportera ratification de cette rémunération » ne suffit pas à garantir que les associés disposeraient en toutes circonstances d'informations suffisantes sur la rémunération (montant, caractéristiques, modalités) pour l'approuver en toute connaissance. On relèvera néanmoins que dans ce cas la rémunération du dirigeant n'avait pas été décidée par la collectivité des associés, mais seulement ratifiée par eux. En outre et en toute hypothèse, il n'aurait pas été dans l'intérêt de cette commission de donner un avis contraire...

D'un point de vue général, les auteurs remarquent qu'il est tout de même souhaitable, sinon préférable et en tout cas plus prudent que la procédure de fixation de la rémunération des dirigeants soit contrôlée par les associés.⁷¹

⁶⁸ Notamment en ce sens Laurence Amiel-Cosme, « Rémunération des dirigeants sociaux », Répertoire de droit des sociétés, n°95 ; Dalloz, juin 2012 ; Isabelle Arnaud-Grossi, Maître de conférences à l'université Paul Cézanne (Aix-Marseille III) – HDR – Membre du Centre de droit économique, Dirigeants sociaux, Etude Joly sociétés, n°600

⁶⁹ En ce sens Anne Charvériat et Alain Couret, La société par actions simplifiée, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, n°1018, p 109 ; Michel Germain et Pierre-Louis Périn, La SAS, Société par actions simplifiée, Edition pratique des affaires, n°572, p 359 ; Laurent Godon, Sociétés par actions simplifiées, base Joly Etude sociétés S.ES140, n°415 ; Isabelle Arnaud-Grossi, Maître de conférences à l'université Paul Cézanne (Aix-Marseille III) – HDR – Membre du Centre de droit économique, Dirigeants sociaux, Etude Joly sociétés, n°600 ; Laurence Amiel-Cosme, « Rémunération des dirigeants sociaux », Répertoire de droit des sociétés, n°95 ; Dalloz, juin 2012 ; Mémento Francis Lefebvre, Sociétés commerciales, n°60 370

⁷⁰ Bulletin CNCC, décembre 2006, n°144, §187, p 712

⁷¹ Michel Germain et Pierre-Louis Périn, La SAS, Société par actions simplifiée, Edition pratique des affaires, n°572, p 359

Tableau récapitulatif

Soumission de la rémunération à la procédure des conventions réglementées

Modalités de fixation (organe) / prévision par les statuts	Si fixation par décision collective des associés	Si fixation par le président	Si fixation par tout autre organe statutaire
Prévision par les statuts	Non	A priori non (cela dépend de la rédaction des statuts sur ce point) mais plus prudent	A priori non (cela dépend de la rédaction des statuts sur ce point)
Absence de prévision	Non (compétence légale résiduelle)	A priori non (compétence légale résiduelle) mais plus prudent	Oui

Section 2 : La procédure des conventions réglementées : une procédure allégée

La procédure de contrôle reprend, pour l'essentiel, les règles posées pour les SA, excepté l'autorisation préalable donnée par le conseil d'administration (I). S'il existe un commissaire aux comptes dans la société, celui-ci doit présenter un rapport sur les conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et son président ou l'un de ses dirigeants (II), rapport qui doit ensuite être approuvé par la collectivité des associés (III). Se pose alors la question de savoir si le dirigeant associé peut lui-même participer au vote approuvant ce rapport et sa propre rémunération (IV).

§I La dispense d'autorisation préalable

La procédure de contrôle des conventions conclues dans la SAS est directement inspirée de celle applicable aux sociétés anonymes. Toutefois, contrairement à ces dernières, il n'existe pas dans la loi régissant les SAS de procédure d'autorisation préalable analogue à celle donnée par le Conseil d'administration ou de surveillance. Cela s'explique par le fait que les SAS peuvent ne comporter aucun organe de type conseil d'administration ou de surveillance, qui pourrait donner une telle autorisation. Le président est donc libre d'engager seul la société. Seule une clause des statuts pourrait instaurer une autorisation par les associés ou par un organe spécial.

Les statuts peuvent néanmoins prévoir de soumettre certaines catégories de conventions à un organe de surveillance de la société avant de les faire approuver par la collectivité des associés.⁷²

En effet, contrairement aux règles applicables dans les SA (dans lesquelles existe une phase d'autorisation préalable des conventions par le conseil d'administration ou de surveillance), il n'existe pas, en l'absence d'un organe intermédiaire comparable au conseil d'administration ou de surveillance, de procédure d'autorisation préalable des conventions passées entre la SAS et ses dirigeants ou associés. Sauf disposition contraire des statuts, ces conventions ne sont donc l'objet que d'un contrôle a posteriori. Il en est de même, sauf à ce que les statuts en disposent autrement, dans le cas où la SAS s'est dotée statutairement d'un organe collégial de direction. Il résulte du système ainsi mis en place que la procédure de contrôle des conventions entre la SAS et ses dirigeants ou associés est très proche de celle qui existe dans les SARL dotées d'un commissaire aux comptes.⁷³

Il est cependant relativement fréquent que les statuts de la société instaurent ou prévoient un tel contrôle préalable. La conclusion d'une convention entre la société et ses dirigeants est alors soumise à l'autorisation préalable d'un organe, qui peut être un conseil d'administration, de direction ou de surveillance de la SAS, ou encore un comité ad hoc, ou, s'il n'en existe pas, les associés eux-mêmes.

Mais, en l'absence de prévision statutaire prévoyant une autorisation préalable, la procédure des conventions réglementées commence par l'établissement et la présentation d'un rapport du commissaire aux comptes aux associés sur les conventions intervenues entre la société et son dirigeant.

⁷² Dossiers pratiques Francis Lefebvre, conventions réglementées, n°595, p 64

⁷³ Voir l'article L 223-19 alinéa 1^{er} du Code de commerce

§II L'établissement et la présentation d'un rapport du commissaire aux comptes

S'il existe un commissaire aux comptes dans la société, celui-ci doit présenter un rapport sur les conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et notamment son président ou l'un de ses dirigeants.

L'article L 227-10 du Code de commerce dispose en effet que « *Le commissaire aux comptes ou, s'il n'en a pas été désigné, le président de la société présente aux associés un rapport sur les conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et son président, l'un de ses dirigeants, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3.* »

Cependant, aucun délai n'est prévu par la loi pour aviser le commissaire aux comptes de la conclusion des conventions, c'est pourquoi les statuts imposent généralement leur communication dans le mois de leur conclusion, comme c'est là règle dans les sociétés anonymes.

L'obligation pour le commissaire aux comptes de présenter un rapport sur les conventions réglementées suppose, bien entendu, qu'il ait été informé de l'existence desdites conventions. Or, à la différence de la SA, dans la SAS la loi ne fait peser, directement, aucune obligation d'information du commissaire aux comptes par le ou les dirigeants intéressés.⁷⁴

Mais il est généralement reconnu que les dirigeants (en pratique le plus souvent le président) ont l'obligation de communiquer régulièrement les conventions dont ils ont connaissance au commissaire aux comptes.⁷⁵

Certains auteurs pensent même qu'il existe une sorte « d'obligation naturelle » à la charge des dirigeants intéressés : ceux-ci devraient informer le commissaire aux comptes sans pouvoir soutenir que c'est à ce dernier, du fait de ses investigations, de découvrir de lui-même les conventions en cause.⁷⁶ Certains pensent également que le président de la SAS, ou le dirigeant désigné par les statuts, pourrait trouver dans sa mission l'obligation de procéder à cette information.⁷⁷

Naturellement, il est souhaitable que les statuts de la société organisent cette obligation d'information, en la calquant sur celle existant dans la SA. En effet, à défaut de prévisions statutaire en ce sens, il est unanimement admis qu'il n'appartient pas au commissaire aux comptes de rechercher les conventions qui auraient dû lui être communiquées, c'est pourquoi la compagnie nationale des commissaires aux comptes (CNCC) recommande au commissaire de convenir avec les dirigeants, dans sa lettre de mission, des modalités relatives à l'application de la procédure des conventions réglementées au sein de l'entité.⁷⁸

⁷⁴ Anne Charvériat et Alain Couret, La société par actions simplifiée, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, n°1215, p 136 ; Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Conventions réglementées, p 64, n°597

⁷⁵ Voir en ce sens Michel Germain et Pierre-Louis Périn, La SAS, Société par actions simplifiée, Edition pratique des affaires, n°639, p 402 ; Paul Le Cannu, « Informations sur les conventions réglementées dans la SAS », *RTD Com* 2005, page 779 ; T.Granier, « Le commissaire aux comptes dans la SAS », *Bulletin Joly sociétés*, 2008, page 252 §57, qui recommande de prévoir cette transmission dans les statuts et, à défaut, recommande, que le commissaire aux comptes organise cette transmission avec les dirigeants, le cas échéant dans sa lettre de mission, dans le même sens également, *Mémento Francis Lefebvre – Audit et commissariat aux comptes*, 2007-2008, n°52912

⁷⁶ En ce sens Paul Le Cannu, « Les dirigeants de la société par actions simplifiées », revue des sociétés, 1994, p 239, n°9) ; Anne Charvériat et Alain Couret, La société par actions simplifiée, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, n°1215, p 136

⁷⁷ Egalement en ce sens Anne Charvériat et Alain Couret, La société par actions simplifiée, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, n°1215, p 136

⁷⁸ Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Conventions réglementées, p 64, n°597

Aucune disposition ne précise le contenu de la mention à faire figurer sur le registre, mais il semble nécessaire d'indiquer la nature et l'objet de la convention ainsi que les modalités essentielles, notamment financières (montant de la rémunération du dirigeant et modalité de paiement).⁷⁹

Selon une réponse ministérielle du 5 avril 2005, le commissaire aux comptes n'a pas à être informé des conventions antérieures dont l'exécution s'est poursuivie au cours de l'exercice.⁸⁰

Les articles R. 225-31 et R 225-58 du Code de commerce qui précisent le contenu du rapport du commissaire aux comptes ne s'applique pas à la SAS, dans la mesure où ils relèvent d'une disposition d'application d'un article expressément exclu du régime de la SAS. Cependant, rien n'interdit aux statuts de s'inspirer de la définition qu'il donne du contenu du rapport du commissaire aux comptes.⁸¹

Par ailleurs, un dispositif allégé est institué dans la SASU. L'article L 227-10 alinéa du Code de commerce prévoit que « Par dérogation aux dispositions du premier alinéa, lorsque la société ne comprend qu'un seul associé, il est seulement fait mention au registre des décisions des conventions intervenues directement ou par personnes interposées entre la société et son dirigeant. »

Contrairement aux règles applicables à la SAS pluripersonnelle, ces conventions n'ont donc pas à faire l'objet d'un rapport du commissaire aux comptes ou, s'il n'en a pas été désigné, du président ; il en est seulement fait mention au registre des décisions. Les autres règles s'appliquent sans distinction aux SAS pluripersonnelles et unipersonnelles. L'idée est en effet que l'associé unique, lorsqu'il est lui-même dirigeant, n'a pas besoin d'être informé, dans les formes que prend habituellement le rapport spécial du commissaire aux comptes. La procédure de contrôle est de ce fait allégée.

Ne sont pas non plus soumises à l'établissement d'un rapport du commissaire aux comptes ou, s'il n'a pas été désigné de commissaire, d'un rapport du président de la société, les conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales.

La convention intervenue entre le dirigeant et la société doit ensuite être approuvée par les associés.

§III L'approbation de la convention par les associés

L'article L 227-10 du Code de commerce dispose que « Les associés statuent sur ce rapport », ce qui paraît imposer qu'ils participent collectivement à cette décision. Cette approbation a lieu généralement à l'occasion de l'examen du contrôle des comptes, sauf si d'autres modalités ont été statutairement définies.⁸²

En l'absence de plus amples précisions légales à ce sujet, les statuts déterminent librement les conditions dans lesquelles la décision collective des associés sur les conventions réglementées est prise, et peuvent utilement préciser les modalités de présentation de son rapport par le commissaire aux comptes (par correspondance ou en assemblée générale) et l'organisation de la consultation des associés (délai dans

⁷⁹ Mémento Francis Lefebvre, Sociétés commerciales 2013, n°60432, p 898 ; Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Conventions réglementées, p 65, n°605

⁸⁰ *Rép. min. Carayon*, n° 56015 : *JOAN Q 5 avr. 2005*, p. 3542

⁸¹ En ce sens Hélène Azarian, juriste commercial, Lexis Nexis, fascicule 1534 : Sociétés par actions simplifiées – fonctionnement

⁸² Voir en ce sens Anne Charvériat et Alain Couret, La société par actions simplifiée, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, n°1215, p 137

lequel la décision doit être prise, le mode de scrutin, la participation au vote ou non du dirigeant intéressé, le nombre de voix requis pour l'approbation, etc...).⁸³

Le régime est quelque peu différent selon que la SAS comprend un seul ou plusieurs associés. Concernant la SASU, le texte ne prévoit pas l'obligation pour l'associé (dirigeant) de statuer sur les conventions. Selon l'article L. 227-10, alinéa 4, du Code de commerce, "*par dérogation aux dispositions du premier alinéa, lorsque la société ne comprend qu'un seul associé, il est seulement fait mention au registre des décisions des conventions intervenues directement ou par personnes interposées entre la société et son dirigeant*". Il résulte des termes de cet alinéa que les conventions en cause n'ont pas à faire l'objet d'un rapport du commissaire aux comptes ou, s'il n'en a pas été désigné, du président ; il en est seulement fait mention au registre des décisions. D'apparence simple, le dispositif mis en place n'en réserve pas moins certaines difficultés d'interprétation.

La première a trait à la question de savoir si l'associé doit ou non approuver la convention. La question, qui revêt une importance particulière dans le cas où l'associé unique n'est pas le dirigeant, est discutée. Pour certains, les termes « par dérogation aux dispositions du premier alinéa (...) "écartent uniquement" l'intervention du commissaire aux comptes ; le régime d'approbation par l'associé unique (qu'il soit ou non dirigeant) demeure, en vertu des alinéas 2 et 3 ». ⁸⁴ Pour d'autres, l'approbation de l'associé unique est nécessaire seulement s'il n'est pas le dirigeant de la SASU. ⁸⁵ Enfin, selon une troisième opinion, il n'y aurait pas lieu à approbation, que l'associé unique soit ou non dirigeant. ⁸⁶

Aucune de ces positions ne paraît préférable. En effet, s'il semble incongru d'imposer à l'associé unique d'approuver la convention qu'il aurait lui-même passée en sa qualité de dirigeant, il paraît singulier de ne pas soumettre à son approbation la convention que le dirigeant non associé aurait conclue avec la société. ⁸⁷ Reste alors que l'on voit mal comment soumettre au contrôle de l'associé unique la convention intervenue, alors même qu'il est dérogé à l'exigence du rapport du commissaire aux comptes, sur lequel (à suivre la procédure décrite à l'alinéa 2 de l'article L. 227-10) l'associé unique devrait statuer. On le conçoit, la question est embarrassante et ne donne pas lieu à réponse précise. On relèvera toutefois, en marge de ces opinions, la position adoptée par le Comité juridique de l'ANSA, pour qui la signature que l'associé doit apposer sur le registre des décisions où figure la mention de la convention intervenue implique son accord avec celle-ci ; si l'associé veut manifester son désaccord ou émettre des réserves, il doit l'indiquer expressément par une mention sur ce registre. ⁸⁸ Les conventions ne figurant pas dans le

⁸³ Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Conventions réglementées, p 64, n°596

⁸⁴ D. Vidal, Le deuxième souffle législatif de la société par actions simplifiée Commentaire de l'article 3 de la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche : Dr. sociétés 1999, chron. 15, p. 5, n° 15

⁸⁵ D. Randoux, Une forme sociale ordinaire : la société par actions simplifiée SAS : JCP E 1999, p. 1812, spéc. p. 1818, n° 29. - D. Stucki, Statuts de société par actions simplifiée unipersonnelle : JCP E 1999, p. 1568. - V. Médail et P. Vergnole, La société par actions simplifiée unipersonnelle : difficulté de mise en oeuvre du contrôle des conventions réglementées : JCP E 2000, p. 786

⁸⁶ V. notamment, Ch. Goyet, *Les conventions entre le dirigeant et la SAS : LPA 15 sept. 2000, p. 56, spécialement note n° 8* lequel développant une argumentation particulièrement fondée termine par la réflexion de bon sens suivante : « Est-il utile d'ajouter que si l'alinéa 4 de l'article L. 262-11 devait être compris comme dispensant les SASU du seul rapport du commissaire aux comptes, on ne voit guère comment son alinéa 2 pourrait décider que l'associé unique "statue(nt) sur (un) rapport dès lors... inexistant" ». - V. également, J. Paillusseau, *op. cit.*, p. 122, n° 263).

⁸⁷ Voir en ce sens Hélène Azarian, jurisclesseur commercial, Lexis Nexis, fascicule 1534 : Sociétés par actions simplifiées – fonctionnement, n°49.

⁸⁸ Comité juridique de l'ANSA, 10 mai 2000, n° 563. - V. également P.-L. Périn, *SAS : Nouvelles remarques sur le contrôle des conventions entre la société et ses dirigeants* : Bull. Joly Sociétés 1999, p. 1143, spéc. p. 1152, n° 22 et 23, lequel préconise que les conventions en cause soient notifiées, dans le mois suivant leur conclusion, par le président ou le dirigeant concerné à l'associé unique, en vue de recevoir son approbation : l'approbation résultant de la mention des conventions concernées au registre des décisions de l'associé unique.

registre mettraient alors en cause la responsabilité des dirigeants, soit qu'elles n'aient pas été portées à la connaissance de l'associé unique, soit que celui-ci ait refusé de les approuver.

Dès lors, une telle approbation n'est-elle pas nécessaire, la simple mention au registre valant approbation, comme pour la société européenne unipersonnelle. Le régime propre aux SAS unipersonnelles (SASU) se distingue par l'absence de rapport du commissaire aux comptes et par les modalités de l'approbation par l'associé unique. Les autres règles s'appliquent sans distinction aux SAS pluripersonnelles et unipersonnelles. L'idée est que l'associé unique, lorsqu'il est lui-même dirigeant, n'a pas besoin d'être informé, dans les formes que prend habituellement le rapport spécial du commissaire aux comptes. Il paraîtrait en effet quelque peu incongru d'imposer à l'associé unique d'approuver la convention qu'il aurait lui-même passée en qualité de dirigeant.⁸⁹ La procédure de contrôle est de ce fait allégée.

Manifestement, cet assouplissement a donc été pensé pour le cas où l'associé unique est simultanément le dirigeant de la société et qu'il est sans intérêt de lui faire approuver d'un côté ce qu'il a conclu de l'autre. En revanche, un contrôle plus étroit serait utile lorsque le dirigeant intéressé par la convention est un tiers. Dans ce cas, l'associé serait bien inspiré d'anticiper la difficulté et de se réserver un mode de contrôle spécifique par une clause des statuts instaurant par exemple une autorisation préalable ou une ratification a posteriori de la convention par la une décision collective émanant de la collectivité des associés.⁹⁰

Selon l'article L 227-10 du Code de commerce, « Les conventions non approuvées, produisent néanmoins leurs effets, à charge pour la personne intéressée et éventuellement pour le président et les autres dirigeants d'en supporter les conséquences dommageables pour la société. »

Le défaut d'approbation par les associés est donc sans conséquence pour la convention : celle-ci produit néanmoins ses effets, à charge pour le dirigeant intéressé et pour les autres dirigeants d'en supporter les conséquences dommageables pour la société, selon l'article L 227-10 du Code de Commerce.

Enfin, la question se pose de savoir si le dirigeant associé peut prendre part et participer au vote approuvant le rapport et sa propre rémunération ou s'il est possible de le priver de son droit de vote.

§IV La question de la participation du dirigeant associé au vote approuvant sa propre rémunération

Le principe en la matière posé par la jurisprudence est qu'il est impossible de priver le dirigeant associé de son droit de vote (A) mais il existe des palliatifs et il est possible de prévoir des substituts à cette interdiction (B).

⁸⁹ Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Conventions réglementées, p 66, n°605 ; Hélène Azarian, juriste commercial, Lexis Nexis, fascicule 1534 : Sociétés par actions simplifiées – fonctionnement, n°49.

⁹⁰ Voir en ce sens la position adoptée par le comité juridique de l'ANSA dans sa communication n°3064 de février-mars 2001, pour qui « la signature que l'associé doit apposer sur le registre des décisions où figure la mention de la convention intervenue implique son accord avec celle-ci ; si l'associé veut manifester son désaccord ou émettre des réserves, il doit l'indiquer expressément par une mention sur ce registre » ; Laurent Godon base Joly sociétés, étude S.ES140 ; Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Conventions réglementées, p 66, n°605 ; Hélène Azarian, juriste commercial, Lexis Nexis, fascicule 1534 : Sociétés par actions simplifiées – fonctionnement, n°49.

A) L'impossibilité de priver le dirigeant associé de son droit de vote

A la différence de la SA, aucune disposition légale ne prévoit expressément que le dirigeant intéressé ne prendra pas part au vote s'il est associé. En effet, l'application à la SAS de l'article L 225-40 alinéa 4 du Code de commerce qui dispose que l'actionnaire d'une société anonyme, intéressé par une convention conclue avec la société, ne peut prendre part au vote de l'assemblée statuant sur cette convention, est exclue expressément par l'article L 227-1 alinéa 3 du Code de commerce.

La question se pose alors est de savoir si, statutairement, une telle exclusion peut être prévue.

Depuis l'arrêt « d'Hem » de la Cour de cassation du 23 octobre 2007⁹¹, on peut douter que les statuts eux-mêmes puissent corriger cette situation de conflit d'intérêts en supprimant le droit de vote de cet associé partie à la convention contrôlée.

Par cet arrêt rendu en matière d'exclusion, la Cour de cassation a dénié aux statuts de SAS la possibilité de priver un associé, fût-il dirigeant, du droit de voter et de participer ou de prendre part aux décisions collectives des associés. La Cour, statuant au visa des articles 1844 alinéa 1^{er} du Code civil et de l'article L 227-16 du Code de commerce, a clairement rappelé son interprétation de l'article 1844 : « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et les statuts en peuvent déroger à ces dispositions que dans les cas prévus par la loi. »

La Cour d'appel s'était pourtant fondé sur des motifs tout à fait pertinents, tels que la gestion des conflits d'intérêts, la protection des minoritaires, la liberté contractuelle qui règne dans la SAS, le consentement unanime de tous les associés à ladite clause, ou encore la liberté de prévoir dans les statuts les conditions d'adoption des décisions collectives. La Cour de cassation les balaye tous en énonçant « qu'en statuant ainsi, la Cour d'appel a violé les textes susvisés. »

Cette décision s'inscrit dans le prolongement de l'arrêt « Château d'Yquem » du 9 février 1999 où la Cour de cassation avait déjà décidé que « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter » et que « les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions. »⁹²

Il est donc impossible de prévoir la suppression du droit de vote d'un associé, fût-il dirigeant (majoritaire le cas échéant), en dehors des cas prévus par la loi. Cela s'applique à toutes les décisions collectives d'associés, y compris donc, à celles qui concernent la rémunération du dirigeant ou l'approbation des conventions intervenues entre la société et son dirigeant (par hypothèse associé).

Certains auteurs regrettent cette absence d'exclusion.⁹³ Ainsi Hélène Azarian relève l'illogisme consistant à ne pas pouvoir priver du droit de vote l'associé bénéficiaire d'une convention réglementée : « on ne pouvait s'empêcher de relever l'illogisme auquel la première solution devait aboutir lorsqu'elle était appliquée, par exemple, au cas du contrôle des conventions réglementées, sauf à conseiller alors à l'associé personnellement intéressé, dès lors que son intérêt personnel est susceptible d'entrer en opposition avec celui de la société, de s'abstenir volontairement de prendre part au vote. »⁹⁴

Pour Messieurs Michel Germain et Pierre-Louis Périn, « il existe des cas où la suppression limitée du droit de vote aurait paru néanmoins nécessaire et justifiée », tout particulièrement dans les situations de

⁹¹ Cass. com., 23 oct. 2007, n° 06-16.537, d'Hem c/ Lacquay

⁹² Cass. com., 9 févr. 1999, Sté en commandite par actions du Château d'Yquem c/ Mme de Chizelle : JurisData n° 1999-000568

⁹³ Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Conventions réglementées, p 65, n°599

⁹⁴ Hélène Azarian, juriscasseur commercial, Lexis Nexis, fascicule 1534 : Sociétés par actions simplifiées – fonctionnement, n°48

conflit d'intérêts comme c'est le cas pour la rémunération de l'associé dirigeant : le dirigeant intéressé ne devrait pas prendre part au vote, ce qui protège les autres associés, et spécialement les minoritaires. A défaut le dirigeant associé majoritaire aurait toujours toute latitude, sous réserve d'un éventuel abus de majorité, pour faire pencher la balance en sa faveur, fixer et décider lui-même de sa propre rémunération, en dépit du conflit d'intérêts.⁹⁵

Ainsi, pour la plupart des auteurs, non seulement la solution est illogique et regrettable, mais en outre elle ne semble pas justifiée. Certes, l'arrêt a été rendu au visa de l'article 1844 du Code civil mais l'alinéa 1^{er} de cet article dispose (seulement) que « Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. »

Or, par un arrêt « De Gaste » rendu par la chambre commerciale le 4 janvier 1994⁹⁶, la Cour de cassation a décidé que si, selon l'article 1844 alinéa 4 du Code civil, il peut être dérogé à l'alinéa 3 du même article (1844) relatif au droit de vote, aucune dérogation n'est prévue concernant le droit des associés, et donc des nus-proprétaires des parts, de participer aux décisions collectives, tel que ce droit est prévu par l'alinéa 1^{er} dudit article. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a opéré pour la première fois une distinction très nette entre le droit pour l'associé de voter et celui de participer à une décision collective. Cette solution a par la suite été confirmée par deux autres arrêts de la chambre commerciale du 22 février 2005 et du 2 décembre 2008⁹⁷ dans lesquels la Cour de cassation a rappelé que les statuts peuvent déroger à la règle selon laquelle le droit de vote appartient au nu-proprétaire, à condition qu'il ne soit pas dérogé au droit du nu-proprétaire de participer aux décisions collectives. Depuis cet arrêt, il est donc possible de priver un nu-proprétaire de son droit de vote sans toutefois pouvoir le priver de son droit de participer aux décisions collectives, seul droit de l'associé désormais considéré comme fondamental et indérogeable, ce qui n'est en revanche plus le cas du droit de vote dans ce cas figure depuis ces arrêts. Cependant, le nu-proprétaire étant toujours considéré comme l'associé en titre, on ne voit pas ce qui justifie cette différence de régime entre l'associé dirigeant de SAS qu'on ne peut pas priver de son droit de vote et l'associé nu-proprétaire de ses actions qui lui peut être privé de ce droit. Cette solution est donc illogique à plus d'un titre.

En outre, l'article L 227-9 du Code de commerce prévoit que « les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient. » Cette règle spéciale dérogeant à la règle générale prévue par l'article 1844 du Code civil aurait pu permettre, sinon d'y déroger, du moins d'organiser les conditions d'application de ce texte, eu égard à la situation de conflit d'intérêts manifeste.

Selon d'autres auteurs, l'exclusion du droit de vote devrait également être permise par analogie aux règles applicables en matière de SA.⁹⁸

Enfin, cette impossibilité de pouvoir priver le dirigeant associé de son droit de vote rend la procédure des conventions réglementées inutile dans l'hypothèse où il serait majoritaire, ce qui est souvent le cas.

Il existe néanmoins des palliatifs et des substituts à cette interdiction.

⁹⁵ La SAS, Société par actions simplifiée, Michel Germain, Pierre-Louis Périn, Edition pratique des affaires, 4^{ème} édition, n°451, p 261

⁹⁶ Cour de cassation, chambre commerciale, 4 Janvier 1994, Bulletin civile, IV, n°10

⁹⁷ Cour de cassation, chambre commerciale, 22 février 2005, n°03-17421 ; Cour de cassation, chambre commerciale, 2 décembre 2008, n°08-13185

⁹⁸ Voir en ce sens Michel Germain et Pierre-Louis Périn, JCI Sociétés, fascicule 155-2, n°119 ; A Charvériat et A Couret : SAS Edition Francis Lefebvre 2001, n°1215

B) Les palliatifs et les substituts à l'impossibilité de prévoir la suppression partielle ou totale du droit de vote de l'associé dans la SAS

Si le droit de voter a un caractère absolu, du moins l'article L 227-9 du Code de commerce donne un fondement légal à son adaptation dans chaque SAS. Selon cet article, « les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient. » Il résulte de cet article que les conditions d'adoption des décisions collectives sont prévues par les statuts. Il appartient donc aux statuts de régler les droits de vote attribués à chaque associé, en vue d'équilibrer les pouvoirs de chacun.

On peut en déduire qu'il est possible d'aménager ou de réduire fortement le droit de vote d'un associé. Ainsi, l'associé peut exprimer un suffrage, mais sans influencer en pratique sur le sens de la décision. Dans le même ordre d'idées, une clause de plafonnement peut s'appliquer aux décisions par lesquelles les associés statuent sur le rapport du commissaire aux comptes présentant les conventions réglementées (article L 227-10 du Code de commerce) : l'associé intéressé par la convention peut voir ses droits plafonnés en tout état de cause à un certain pourcentage déterminé, par exemple 10%. Il est également possible d'imaginer des coefficients réducteurs du nombre de suffrage exprimés par un associé, sur certaines, voire même sur toutes les décisions collectives. Toutes ces clauses restent évidemment soumises à l'appréciation du juge. Il est ainsi possible d'aménager, voire de réduire fortement le droit de vote d'un associé, sans toutefois pouvoir aller jusqu'à le supprimer.⁹⁹

Cependant, la prudence est de mise, car il n'est pas évident de tracer une délimitation claire entre la libre détermination des conditions d'adoption des décisions collectives, prévues par l'article L 227-9 du Code de commerce, et le caractère absolu d'ordre public du droit de participer aux décisions collectives, résultant quant à lui de l'article 1844 du Code civil.

Il reste enfin à envisager la situation des SAS dont les statuts en vigueur contiennent des clauses supprimant le droit de vote, en dehors des cas prévus par la loi. La clause d'exclusion toute entière doit-elle être réputée non écrite ou seulement la partie de la clause privant le dirigeant de son droit de vote ? La Cour de cassation a répondu à cette question dans deux arrêts rendus par la chambre commerciale le 9 juillet 2013.¹⁰⁰ Celle-ci énonce qu'une clause statutaire d'exclusion prévue dans une SAS qui confie à l'assemblée générale des associés le pouvoir d'exclure l'un des leurs ne peut interdire à l'intéressé de prendre part au vote et elle ajoute que la clause d'exclusion est réputée non écrite au visa des articles 1844 alinéa 1^{er} et 4 et 1844-10 alinéa 2 du Code civil. Il est cependant difficile de transposer cette solution à l'hypothèse d'une clause des statuts prévoyant par exemple que la rémunération sera fixée par une décision collective des associés tout en privant le dirigeant associé de son droit de vote. Faut-il dans ce cas réputer non écrite la clause toute entière ou seulement la partie de la clause le privant de son droit de vote ? Si l'on suit et si l'on applique cette jurisprudence à la lettre, il faudrait réputer non écrite la clause toute entière, et non pas seulement la partie de celle-ci privant le dirigeant de son droit de vote. Mais la question se poserait alors de savoir qui, dans cette hypothèse, quel organe serait habilité pour fixer la rémunération du dirigeant à la place des associés ? La réponse, qui est pour le moins surprenante pourrait bien être : les associés eux-mêmes ou sinon, à défaut, le dirigeant de la société de par sa compétence légale résiduelle, puisqu'en effet les auteurs s'accordent à penser et semblent admettre que les associés peuvent toujours et sont toujours compétents pour fixer la rémunération du dirigeant par une décision collective, peu important à cet égard que cette compétence leur ait été ou non

⁹⁹ En ce sens, Michel Germain et Pierre-Louis Périn, *La SAS, Société par actions simplifiée*, Edition pratique des affaires, n°453, p 266

¹⁰⁰ Jean-Jacques Ansault, *revue des sociétés* 2014, note sous Cassation chambre commerciale 9 juillet 2013

dévolue par les statuts... Simplement, leur compétence ne serait donc plus statutaire dans cette hypothèse mais « seulement » légale ou résiduelle... tout comme celle du dirigeant. Où l'on voit qu'une simple nullité partielle de la clause aurait amplement suffi et aurait abouti exactement à la même solution, ce qui pourrait finalement donner raison aux auteurs qui avaient pensé que « La société ne pouvant pas prendre ses décisions dans ces conditions, il faut que la décision soit votée par tous les associés. On fera donc comme si la clause statutaire n'existait pas. »¹⁰¹

Enfin les actions de préférence sans droit de vote ou aménageant le droit de vote peuvent permettre de le restreindre ou de le supprimer. L'article L 228-11 du Code de commerce permet en effet que des actions de préférence puissent d'être assorties d'aucun droit de vote. Le droit de vote peut être supprimé à titre définitif ou pour une durée déterminée ou déterminable.

Les procédures de fixation et de contrôle de la rémunération du dirigeant de SAS peut être sanctionnée et faire l'objet de sanctions légales et/ou statutaires en cas méconnaissance des dispositions légales et/ou statutaires relatives à sa fixation ou à son contrôle.

Chapitre 2 : Une rémunération sanctionnée a posteriori

Les règles légales et statutaires relatives à la fixation de la rémunération du dirigeant de SAS ainsi qu'à son contrôle font l'objet de sanctions légales mais limitées (Section 1^{ère}) et le cas échéant de sanctions statutaires mais dont l'efficacité et l'effectivité semblent également trop limitées (Section 2).

Section 1^{ère} : Des sanctions légales limitées

Les sanctions légales en la matière sont limitées et semblent insuffisantes, qu'il s'agisse de la sanction du défaut d'approbation ou de présentation du rapport du commissaire aux comptes (§I) ou de la sanction des décisions qui n'auraient pas été prises collectivement alors qu'elles auraient dû l'être ou qui auraient été prises par un autre organe que celui légalement ou statutairement compétent (§II).

§I Les sanction légales du défaut d'approbation ou de présentation du rapport du commissaire aux comptes

L'article L 227-10 alinéa 3 du Code de commerce dispose que « Les conventions non approuvées, produisent néanmoins leurs effets, à charge pour la personne intéressée et éventuellement pour le président et les autres dirigeants d'en supporter les conséquences dommageables pour la société. »

Le défaut ou le refus d'approbation par les associés est donc sans conséquence pour la convention : celle-ci produit néanmoins ses effets, à charge pour le dirigeant intéressé et pour les autres dirigeants d'en supporter les conséquences dommageables pour la société, selon l'article L 227-10 du Code de Commerce.

Quelque soit la décision d'approbation ou de désapprobation, la convention produit ses effets et aucun risque de nullité ne la menace. Les termes de l'alinéa 3 de l'article L 227-10 du Code de commerce renvoient en effet seulement à une condamnation en responsabilité civile, voire pénale, de la personne intéressée par la convention en cas de défaut d'approbation a posteriori par les associés. L'absence d'un système d'autorisation préalable comparable à celui en vigueur dans la société anonyme explique cette impossibilité d'annulation de la convention non approuvée. Seule la responsabilité de la personne

¹⁰¹ Michel Germain et Pierre-Louis Périn, La SAS, Société par actions simplifiée, Edition pratique des affaires, 4^{ème} édition, n°453, p 267.

intéressée pourra dès lors être engagée en cas de faute, y compris semble-t-il malgré une décision d'approbation puisqu'en vertu de l'article L 225-253 du Code de commerce applicable à la SAS, « aucune décision de l'assemblée générale ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité » (contre les dirigeants). Ainsi, un associé majoritaire ne pourrait se mettre à l'abri d'éventuelles poursuites en ratifiant la convention conclue avec la société.¹⁰²

Le défaut de rapport sur les conventions soumises à contrôle, comme le défaut de consultation des associés, entraîne les mêmes sanctions que le refus d'approbation (Cour de cassation, chambre commerciale, 4 novembre 1991).

En outre, la jurisprudence a précisé que le défaut de rapport du commissaire aux comptes sur les conventions soumises à contrôle, comme le défaut de consultation des associés entraînait la même sanction que le refus d'approbation.¹⁰³

La sanction des décisions qui n'ont pas été prises collectivement alors qu'elles auraient dû l'être semblent également insuffisante et trop limitée.

§II Les sanctions légales des règles de décision collective

Pour le professeur Paul Le Cannu, « C'est à ce propos que l'on mesure le mieux les incertitudes engendrées par le nouvel alinéa 4 de l'article L 227-9 du Code de commerce qui dispose que « *Les décisions prises en violation des dispositions du présent article peuvent être annulées à la demande de tout intéressé.* »

Selon lui, « la nullité du dernier alinéa de l'article L 227-9 du Code de commerce est certainement susceptible de s'appliquer lorsqu'une décision qui doit être collective en vertu de ce texte n'a pas été prise par les associés, mais par un organe particulier, ou par certains d'entre eux. En revanche, si une décision non collective est prise par les associés, même statuant à la majorité, la nullité ne semble pas encourue : qui peut le plus, peut le moins. Encore faudrait-il distinguer selon que la compétence a été précisée dans les statuts ou non, et selon les sanctions que les statuts eux-mêmes prévoient ; mais ce ne serait plus alors le dernier alinéa de l'article L 227-9 du Code de commerce qui s'appliquerait. Plus délicate est l'hypothèse où l'on conteste le caractère collectif d'une décision en raison de la manière dont elle a été prise. Or ce type de discussion peut surgir dans la SAS, si les statuts ne sont pas précis, alors qu'aucune disposition légale ne régit le quorum et la représentation, ni l'information préalable des associés. Le caractère collectif inclut-il la collégialité ? Ce n'est pas évident, mais cela peut être soumis à débat. »¹⁰⁴

Le domaine de compétence des associés se trouve ainsi théoriquement garanti : toute décision collective en vertu de la loi (article L. 227-9 alinéa 2 du Code de commerce), ou même des statuts (article L. 227-9 alinéa 1^{er} du Code de commerce), qui serait prise par un autre organe social (ou par les associés de façon non collective) encourt donc la nullité sur le fondement de l'article L 227-9 alinéa 4, conformément au régime des nullités fondé sur l'existence d'une disposition légale impérative, en

¹⁰² Cour d'appel Paris, 1^{er} mars 2011, n° 10/24266 : Bulletin Joly Sociétés, juin 2011, p. 484, n° 229, note P.-L. Périn ; RTD com. 2012, p. 146, n° 5, note P. Le Cannu et B. Dondero ; Les petites affiches, 1^{er} juillet 2011, p. 3, note D. Gibrila : « L'absence d'approbation du protocole litigieux ne suffit pas à le rendre nul » ; Laurent Godon, Sociétés par actions simplifiées, base Joly sociétés, étude S.ES140, n°520

¹⁰³ Cour de cassation, chambre commerciale, 5 novembre 1991 ; Mémento Francis Lefebvre, Sociétés commerciales 2013, n°60 433

¹⁰⁴ Paul Le Cannu, « Sociétés par actions simplifiée », Répertoire de droit des sociétés, février 2000, n°137 Dalloz

l'occurrence l'article L. 227-9 du Code de commerce. La compétence des associés se trouve ainsi théoriquement protégée contre l'intrusion d'un autre organe social, de direction par exemple.

Mais la question qui se pose alors est de savoir ce qu'est et ce que recouvre précisément la notion de décision collective. La réponse n'est pas forcément évidente.

En effet, selon le professeur Paul Le Cannu, deux conceptions sont possibles : « Soit l'on considère que la notion de décision collective présente un contenu objectif, qui échappe, au moins en partie, au pouvoir de qualification reconnu aux associés, et l'on peut alors faire juger de la validité de telle ou telle clause statutaire. Soit on admet que l'article L 227-9 du Code de commerce permet aux associés de déterminer librement quelles sont les décisions collectives, et cela leur permet, par voie de conséquence, de prendre ensemble les décisions qu'ils affirment être collectives et de ne pas respecter le droit de participation de tel associé ou catégorie d'associés dans les décisions à qui ils refusent le caractère collectif. »¹⁰⁵

En prolongement, une lecture littérale de l'article L. 227-9 conduit à penser que la nullité pourrait également être invoquée en cas de violation des « formes et conditions » d'adoption des décisions d'associés (mode de consultation, règles de convocation, quorum, majorité, etc.), à condition tout de même que ces précisions soient contenues dans les statuts eux-mêmes et pas dans un autre acte, tel un règlement intérieur, un pacte d'associés ou une décision d'un organe social. Dans la mise en œuvre de la nullité attachée à l'article L. 227-9, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation puisqu'il est dit que les décisions litigieuses « peuvent » être annulées. Il s'agit donc d'une nullité seulement facultative pour le juge.

En définitive, seules certaines stipulations statutaires (celles ayant trait aux décisions collectives et aux formes ou conditions de leur adoption) peuvent donc bénéficier de la sanction de la nullité au cas où leur contenu librement défini ne serait pas respecté. Cette sanction puise son fondement dans le corps même de l'article L. 227-9 du Code de commerce qui prévoit l'annulation des décisions qui seraient prises en violation « du présent article » dans son intégralité.

Au-delà du régime de la SAS, l'article L. 235-1 du Code de commerce qui sanctionne par la nullité (facultative) la violation de toute disposition impérative du livre II de ce code peut également s'appliquer à la SAS et ainsi justifier l'annulation de certaines décisions. Il en serait ainsi des conventions interdites au sens de l'article L. 225-43 du Code de commerce ou des décisions prises à défaut de désignation obligatoire d'un commissaire aux comptes (article L. 820-3-1 du Code de commerce). Mais la nullité est toujours facultative.

Si les sanctions légales semblent donc relativement limitées, les sanctions statutaires ne sont pas plus efficaces.

Section 2 : L'efficacité et l'effectivité limitées des stipulations et sanctions statutaires

L'efficacité des sanctions statutaires semble également trop limitée, qu'il s'agisse de la sanction éventuelle du défaut d'autorisation préalable (§I) ou des décisions qui n'ont pas été prises collectivement alors qu'elles auraient dû l'être selon les statuts (§II).

¹⁰⁵ Paul Le Cannu, « Sociétés par actions simplifiée », Répertoire de droit des sociétés, février 2000, n°139 Dalloz

§I Les sanctions statutaires éventuelles du défaut d'autorisation préalable

Il est relativement fréquent que les statuts de la société instaurent et prévoient un contrôle préalable. La conclusion d'une convention entre la société et ses dirigeants est alors soumise à l'autorisation préalable d'un organe, qui peut être un conseil d'administration, de direction ou de surveillance de la SAS, ou encore un comité ad hoc, ou, s'il n'en existe pas, les associés eux-mêmes.

Cependant, ce régime reste purement statutaire, cette exigence d'une autorisation préalable émanant des seuls statuts, et non de la loi, elle ne peut aboutir le cas échéant à la nullité de la convention non autorisée.¹⁰⁶ En effet, il n'y a pas de disposition légale fondant une faculté d'annulation pour défaut d'autorisation préalable, contrairement aux sociétés anonymes où l'article L 225-42 du Code de commerce ouvre cette possibilité. Il est cependant douteux que les dirigeants intéressés puissent jouir impunément d'une convention conclue en violation d'une procédure d'autorisation statutaire. Les recours à leur égard vont de la mise en jeu de leur responsabilité pour violation des statuts, à l'inopposabilité ou à l'action en annulation en cas de fraude, sans préjudice de l'action pénale pour abus de biens sociaux.

Une telle autorisation ne peut être sanctionnée par une nullité, l'article L 235-1 du Code de commerce ne permettant pas d'annuler une convention pour violation des statuts, et les textes propres à la SAS ne créent pas de sanctions dans ce domaine.

Cette analyse est imposée par la position de la Cour de cassation qui rappelle que la violation des statuts d'une société n'est pas sanctionnée par la nullité.¹⁰⁷

L'efficacité des autres dispositions et prévisions statutaires sanctionnant les décisions qui n'ont pas été prises collectivement alors qu'elles auraient dû l'être selon les statuts est également limitée.

Les autres dispositions, prévisions ou sanctions statutaires ne sont cependant pas plus sanctionnées plus efficacement.

§II La détermination statutaire des décisions non collectives relatives à la rémunération du dirigeant et à leur nullité

Au-delà du domaine des décisions collectives d'associés, la question se pose de savoir plus généralement si les statuts pourraient expressément assortir de la sanction de la nullité les décisions relatives à la rémunération du dirigeant prises en violation des stipulations statutaires afin d'en garantir l'efficacité. De telles clauses présenteraient en effet un réel intérêt dans la SAS dont l'organisation et le fonctionnement reposent très largement sur la liberté contractuelle et les prévisions statutaires. La force obligatoire des statuts en serait considérablement renforcée, ce qui permettrait de garantir, par exemple, le domaine de compétence d'un organe social fixant la rémunération du dirigeant, ou le caractère impératif de la procédure de fixation de la rémunération, ou encore le processus d'adoption des décisions émanant d'un organe de direction (par exemple des règles d'autorisation préalable, de quorum, de majorité concernant la rémunération du dirigeant).

¹⁰⁶ Paul Le Cannu, Répertoire de droit des sociétés, n°158, février 2000, Dalloz 2014 ; Sociétés par actions simplifiées, base Joly sociétés, étude S.ES140, n°365 ; Michel Germain et Pierre-Louis Périn, La SAS, Société par actions simplifiée, Edition pratique des affaires, n°632, p 397.

¹⁰⁷ Cour de cassation, chambre commerciale, 18 mai 2010, n°09-14855

Toutefois, la possibilité d'une annulation d'actes ou de décisions prises en violation de règles statutaires pourrait apparaître en contradiction avec les termes de l'article L. 235-1 du Code de commerce qui dispose en son second alinéa que « la nullité d'actes ou de délibérations [ne modifiant pas les statuts] ne peut résulter *que de* la violation d'une disposition impérative du présent livre ou des lois qui régissent les contrats. »

Le régime des nullités est ainsi strictement encadré et ne peut donc être mis en œuvre qu'en cas de violation d'une disposition légale impérative et non d'une simple stipulation statutaire. Le texte ne laisse donc *a priori* pas de place à des cas de nullité « purement statutaires », c'est-à-dire prévus par les seuls statuts en dehors de tout rattachement à un texte légal. Or, faute de disposition légale impérative sur laquelle prendre appui, la nullité de la clause purement conventionnelle pourrait en effet s'avérer impossible.

En outre, un auteur avait déjà relevé qu'« il n'est pas encore entré dans les règles du droit des sociétés de confier aux statuts le pouvoir de déterminer des cas de nullité, voire d'en préciser le régime. La raison majeure en vient de l'effet des nullités à l'égard des tiers, même si l'article L 235-12 du Code de commerce protège les tiers de bonne foi. Plus largement, c'est l'application combinée des articles L 235-1 et L 235-12 du Code de commerce qui se trouvent en jeu, alors que cette section de la loi du 24 juillet 1966 est conçue sur la base du principe « pas de nullité sans texte ».¹⁰⁸

La chambre commerciale de la Cour de cassation s'est prononcé en ce sens dans un arrêt en date du 18 mai 2010 qui a décidé que « *sous réserve des cas dans lesquels il a été fait usage de la faculté, ouverte par une disposition impérative, d'aménager conventionnellement la règle posée par celle-ci, le non-respect des stipulations contenues dans les statuts ou dans le règlement intérieur n'est pas sanctionné par la nullité.* »

Le premier enseignement de cet arrêt est que la violation des statuts ou du règlement intérieur ne constitue pas en elle-même une cause de nullité des actes et délibérations sociales. Par le rejet de la demande en nullité, la Cour de cassation dénie aux associés le droit d'ériger au sein des statuts des causes de nullité autonomes destinées à assurer le respect de clauses purement statutaires et s'en tient à une position stricte mais conforme à la lettre de l'article L. 235-1, alinéa 2, du Code de commerce qui exige la violation d'une « disposition légale impérative ». En somme, du point de vue du régime des nullités, la notion de « disposition impérative des statuts » n'existe pas.

L'arrêt du 18 mai 2010 précise néanmoins les cas dans lesquels une telle violation d'une clause statutaire peut constituer une cause de nullité en réservant tout de même le cas où la loi impérative ouvre elle-même la possibilité d'aménager conventionnellement la règle qu'elle pose. « L'interprétation de cette règle jurisprudentielle ne tombe pas immédiatement sous le sens. S'agissant de rechercher quelle doit être la sanction de la violation de la règle conventionnelle, le premier élément de la recherche doit être de déterminer à quelle règle impérative de l'organisation du fonctionnement sociétaire se rattache la règle violée. La logique voudrait que la nullité soit retenue s'il apparaît que le non respect de la règle conventionnelle constitue une violation de la règle impérative, conformément à l'article L 235-1 du Code de commerce ; la nullité pourrait encore être retenue si la violation de la règle conventionnelle correspond au défaut de l'une des conditions de validité des contrats en général. »¹⁰⁹

¹⁰⁸ Paul Le Cannu, Répertoire de droit des sociétés, n°158, février 2000, Dalloz 2014

¹⁰⁹ Droit des sociétés, Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence de Boissy, Lexis, Nexis, 26^{ème} édition, n°454, p 252, 253 et 254

Mais « il faut comprendre que dans ce cas la règle statutaire découle de la loi impérative elle-même qui accorde aux associés une faculté de pourvoir à la mise en œuvre de la loi. En quelque sorte, la clause statutaire fait « corps » avec la loi, se fond avec elle et, par contagion, en retire son caractère impératif. Occasionnellement, certaines règles statutaires peuvent donc revêtir un caractère impératif sur autorisation de la loi qui s'en remet alors aux statuts pour des besoins d'aménagement ». ¹¹⁰ Tel est par exemple le cas de l'article L 227-9 du Code de commerce.

Un auteur relève qu' « il est cependant probable que cette réserve apportée par la Cour ne soit pas en mesure de modifier l'approche restrictive du régime des nullités, même dans une SAS à l'architecture pourtant conventionnelle. Pour s'en tenir à l'exemple des clauses rédigées sur le fondement de l'article L. 227-5 (« les statuts déterminent les conditions dans lesquelles la société est dirigée »), il est douteux que celles-ci puissent être appréhendées comme de simples clauses « d'aménagement conventionnel » (d'une disposition impérative) dont le non-respect serait sanctionné par la nullité. L'article L. 227-5 contient-il d'ailleurs une disposition impérative ? Loin de fixer un cadre impératif qu'il reviendrait aux statuts de compléter sur certains points, le texte abandonne purement et simplement à la liberté statutaire le soin d'édifier *ex nihilo* un système de direction propre à chaque SAS. On est loin d'un simple aménagement conventionnel d'une règle légale impérative. » ¹¹¹

Enfin, le même auteur observe « qu'au bout du compte, ce sont donc les formes de sociétés régies par un ordre public sociétaire plus important, comme les sociétés anonymes ou la SARL, qui tirent un certain profit de la solution énoncée par la Cour de cassation en offrant la sécurité liée à la sanction de normes légales impératives. Dès lors, il est assez singulier d'observer que la liberté contractuelle qui constitue le principal attrait de la SAS « se révèle (finalement) assez pénalisante. » ¹¹² C'est donc en ce sens et par comparaison au plus grand nombre de règles impératives existant dans les autres formes sociales que cette solution peut être regrettable.

Néanmoins, à défaut de pouvoir anéantir les décisions prises en violation des statuts, des sanctions alternatives demeurent cependant envisageables : responsabilité civile de l'auteur de la violation statutaire, révocation du dirigeant ou exclusion de l'associé fautif, clauses pénales insérées dans les statuts...

¹¹⁰ Laurent Godon, Sociétés par actions simplifiées, base Joly sociétés, étude S.ES140, n°365

¹¹¹ Ibid

¹¹² H. Le Nabasque, note sous Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14855 : BJS juill. 2010, p. 651, n° 135

Conclusion de la 3^{ème} partie

Le contrôle de la rémunération du dirigeant de SAS et sa soumission éventuelle à la procédure des conventions réglementées dépendent en grande partie de sa nature et de sa qualification juridique. En effet, en présence d'un contrat ou d'une convention passée entre la société et son dirigeant et à défaut de fixation par un organe statutaire habilité par les statuts, celle-ci est nécessairement soumise à la procédure de contrôle. En revanche, en cas de fixation par un organe statutaire, habilité par les statuts, et à défaut de toute convention passée entre la société et son dirigeant, la source de la rémunération n'étant plus contractuelle mais davantage ou plutôt institutionnelle, la rémunération devrait logiquement échapper à ce contrôle. Néanmoins, la doctrine majoritaire pencherait plutôt pour la solution inverse (sauf lorsque la rémunération du dirigeant est fixée par une décision collective des associés, auquel cas le contrôle a en quelque sorte déjà eu lieu), il est donc plus prudent de conseiller au dirigeant d'appliquer la procédure des conventions réglementées, y compris dans l'hypothèse d'une fixation statutaire, surtout lorsque c'est le président lui-même qui est chargé de fixer sa propre rémunération puisque c'est dans cette hypothèse que le risque de conflit d'intérêts est le plus grand et le plus criant. Toutefois, la doctrine est également unanime pour considérer que ce contrôle n'a pas lieu de s'appliquer lorsque la rémunération est fixée par une décision collective des associés, puisque dans cette hypothèse, les associés s'étant déjà prononcés, le contrôle a en quelque sorte déjà eu lieu, mais cette fois préalablement à la fixation de la rémunération et non plus a posteriori comme dans les autres hypothèses. Juridiquement, cette exclusion pourrait s'expliquer là encore par le processus de fixation et la source institutionnelle de la rémunération.

D'un point de vue général, il est toujours souhaitable que la procédure de fixation de la rémunération des dirigeants soit contrôlée par les associés. Ce contrôle s'exerce en pratique fort différemment, selon le type de relations existant entre associé(s) et dirigeant(s). Pour un associé unique ou minoritaire, également dirigeant de la SAS, les procédures légales prévues pourront être largement suffisantes, voire superflues. Mais pour un associé majoritaire, également dirigeant de la SAS, il peut être jugé utile, voire nécessaire, de compléter la procédure légale par un contrôle statutaire.

Cependant, il apparaît également qu'en l'état du droit positif et de la jurisprudence de la Cour de cassation, cette procédure peut sembler relativement inefficace et son application peut paraître assez vaine dans la mesure où les sanctions en cas de méconnaissance de celle-ci sont limitées et apparaissent largement insuffisantes. Il s'agit en effet pour l'essentiel de la responsabilité civile du dirigeant qui prend donc la forme d'une sanction purement indemnitaire. Il en est d'ailleurs de même des dispositions légales ou statutaires sanctionnant la violation des statuts ou de toute autre disposition légale ou statutaire. La nullité est toujours facultative et la jurisprudence a considérablement restreint le champ des nullités dans l'hypothèse d'une violation des statuts d'une SAS. Dans ce contexte, l'utilité et l'efficacité d'un tel contrôle apparaissent donc relativement limités.

Conclusion générale

Il ressort de cette brève étude que le mode de fixation de la rémunération du dirigeant de SAS est en relation étroite avec sa nature et son contrôle. Il apparaît en effet que sa nature dépend en grande partie de son mode de fixation (contractuel dans certains cas ou au contraire institutionnel, statutaire et unilatéral dans d'autres) et que son contrôle semble également dépendre de la nature (contractuelle ou institutionnelle) de la rémunération. Le critère du contrôle éventuel serait ainsi celui de la nature (contractuelle ou institutionnelle) de la rémunération et donc indirectement celui de son mode de fixation.

Il serait cependant souhaitable que la jurisprudence se saisisse de cette question et clarifie cette relation de dépendance en faisant ressortir un critère d'application de la procédure qui permette de savoir à coup sûr si l'on se situe ou non dans le champ d'application de la procédure des conventions réglementées et si celle-ci doit ou non s'appliquer. Ce critère pourrait être, comme dans la société anonyme et la SARL, celui de la nature (contractuelle ou institutionnelle) de la rémunération dès lors que cette qualification résulte et ressort clairement de son mode de fixation (contractuel dans certains cas ou institutionnel, statutaire et unilatéral dans d'autres).

Cette solution et ce critère auraient le mérite de la clarté et de la simplicité et auraient en outre l'avantage de reprendre et de recouper les critères qui existent ou semblent déjà exister et s'appliquer dans les autres sociétés, notamment dans la société anonyme et la SARL.

L'inconvénient de cette solution serait de soustraire un grand nombre de rémunérations à la procédure des conventions réglementées, puisqu'en effet, dès lors qu'elle serait fixée par un organe statutaire (et habilité les statuts), elle échapperait alors à ce contrôle. Mais l'efficacité limitée de cette procédure et l'effectivité relative des sanctions qui y sont attachées conduisent à relativiser ce risque. Il faudrait néanmoins réserver l'hypothèse où c'est le dirigeant lui-même, habilité ou non par les statuts, qui fixerait sa propre rémunération, et dès lors la soumettre à cette procédure de contrôle, de manière à éviter ou à limiter tout risque d'un éventuel conflit d'intérêts, sans doute trop criant dans cette hypothèse. Mais si le dirigeant est également associé majoritaire, un tel contrôle ne présente plus guère d'intérêt dans la mesure où celui-ci ne peut être privé de son droit de vote, selon la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation.

La solution serait donc d'interdire au dirigeant associé de SAS de pouvoir voter, prendre part ou participer à la décision collective devant approuver sa propre rémunération mais en l'état du droit positif et au vu de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation sur cette question, une telle interdiction semble impossible, aussi serait-ce au législateur de se saisir de la question s'il souhaite limiter, sinon éviter tout risque de conflit d'intérêts entre le dirigeant et l'associé qui cumulerait cette double qualité.

Enfin, une autre solution serait d'interdire au dirigeant de SAS de pouvoir voter, fixer ou décider de sa propre rémunération, de manière à éviter tout conflit d'intérêts, que le dirigeant soit ou non associé. Mais il n'est pas non plus forcément illégitime qu'un associé majoritaire puisse décider des modalités de la rémunération du dirigeant, de son mode de fixation et de son montant, fût-il dirigeant lui-même... Sauf à considérer ces deux fonctions comme totalement antinomiques ou incompatibles entre elles, en raison du conflit d'intérêts qui surviendrait dans cette hypothèse du fait de la double qualité de dirigeant de la société et d'associé, même si l'on sait aussi qu'en théorie, les deux sont censés agir dans l'intérêt de la société et conformément à l'intérêt social, intérêt distinct qui transcende à la fois ceux de l'associé et de la société.

Une réforme de cette procédure et de ses sanctions serait également souhaitable si l'on voulait renforcer leur efficacité et leur effectivité. Mais en définitive, le pouvoir appartenant toujours aux associés majoritaires, la vraie question est de savoir si ceux-ci souhaitent ou non mettre en œuvre ce contrôle et exercer les pouvoirs et les prérogatives que la loi ou les statuts leur octroient. C'est à eux qu'il revient avant tout d'exercer ce contrôle et d'user avec parcimonie, prudence et intelligence de leurs pouvoirs et de la liberté statutaire que leur offre la loi. Ici encore, la liberté devrait avoir pour corollaire la responsabilité de celui qui l'exerce...

Bibliographie

I. Traités, manuels et ouvrages généraux

Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales, tome 1, volume 2, G Ripert et R Roblot, sous la direction de Miche Germain, avec le concours de Véronique Magnier, édition LGDJ

Droit des sociétés et des groupes, Jean-Marc Moulin, Gualino, lextenso éditions, 6^{ème} édition

Droit des sociétés, Alexis Constantin, mémento Dalloz, 5^{ème} édition

Droit des sociétés et des groupements, Marie-Hélène Monsérié-Bon et Laurent Grosclaude, collection Cours dirigée par Bernard Beignier, LGDJ, lextenso éditions, édition 2013

Droit des sociétés, Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence de Boissy, Lexis Nexis, 26^{ème} édition

Mémento Francis Lefebvre, Sociétés commerciales, édition 2014

Droit des sociétés, Paul Le Cannu, Brun Dondero, éditions lextenso Montchestien, Domat droit privé, 3^{ème} édition, n°994, p663

François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, Droit civil, Les obligations, précis Dalloz, 10^{ème} édition

François Terré, Philippe Simler, Droit civil, Les biens, précis Dalloz, 8^{ème} édition

Anne-Sophie Barthez, Droit civil des obligations, « La cession de contrat - éléments de cours » de licence 3^{ème} année

Droit des sociétés, Bruno Dondero, collection Hypercours Dalloz, 3^{ème} édition

Les sociétés commerciales, Cour de droit commercial, Michel de Juglart, Benjamin Ippolito, édition Montchrestien, spécialement n°759 à 761, p 651 à 655

Droit des sociétés, Deen Gibirils, 3^{ème} édition, ellipses

Droit commercial, Sociétés commerciales, Philippe Merle, collection précis Dalloz, 2014, 17^{ème} édition

Droit des sociétés, Véronique Magnier, Cours Dalloz, 6^{ème} édition

Traité, droit des affaires, tome 1, Droit commercial général et sociétés, Yves Guyon, 12^{ème} édition

II. Ouvrages spéciaux, thèses et monographies

Marie Caffin-Moi, « Cession de droits sociaux et droit des contrats », thèse Paris II, préface de Dominique Bureau, Economica, 2009

Matthieu Buchberger, « Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé », thèse Paris II, préface de Michel Germain, Editions LGDJ, Panthéon Assas, 2011

Les conventions sociétaires, Pierre Mousseron, LGDJ, lextenso éditions, droit des affaires, 2^{ème} édition

SAS, société par actions simplifiée, Frédéric Masquelier et Nicolas Simon de Kergunic, édition Delmas, 4^{ème} édition

Anne Charvériat et Alain Couret, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Société par actions simplifiée, Nouveaux atouts, édition de 2001

Dossiers pratiques Francis Lefebvre, conventions réglementées

La SAS, Société par actions simplifiée, Michel Germain, Pierre-Louis Périn, Edition pratique des affaires, Joly éditions, lextenso éditions, 4^{ème} édition

Le dirigeant de société, statut juridique, social et fiscal, Deen Gibrils, Jean-Pierre Marty

III. Etudes, articles, chroniques et fascicules parus dans des revues juridiques

Marie Caffin-Moi, revue des sociétés 2014, « Rémunération du dirigeant de SAS »

Note de Paul Le Cannu et Bruno Dondero, RTD Com.2012 p 148, « L'incidence du non respect de la procédure des conventions réglementées dans la SAS : 1^{er} arrêt »

Paul Le Cannu, Revue des sociétés, 1994, page 239

Société par actions simplifiées, Paul Le Cannu, février 2000, Répertoire du droit des sociétés, Dalloz

Hélène Azarian, juriscasseur commercial, Lexis Nexis, fascicule 1534 : Sociétés par actions simplifiées – fonctionnement

J. Paillusseau, La société par actions simplifiée : CNCC, éd. 2010, p. 120, n° 257

J.-F. Barbiéri, La loi NRE, conventions réglementées et conventions libres : les nouvelles contraintes pour le commissaire aux comptes : Bull. Joly Sociétés 2003, p. 251

Laurent Godon, Sociétés par actions simplifiées, base Joly Etude sociétés S.ES140

P.-L. Périn, SAS : Nouvelles remarques sur le contrôle des conventions entre la société et ses dirigeants : Bull. Joly Sociétés 1999, p. 1143

Paul Le Cannu, « Sociétés par actions simplifiée », Répertoire de droit des sociétés, février 2000, Dalloz

P.-L. Périn, Bulletin Joly Sociétés, juin 2011, p. 484,

P. Le Cannu et B. Dondero ; RTD com. 2012, p. 146

D. Gibrila : « L'absence d'approbation du protocole litigieux ne suffit pas à le rendre nul » ; Les petites affiches, 1^{er} juillet 2011, p. 3

Réponse ministérielle, Carayon, n° 56015 : JOAN Q 5 avr. 2005, p. 3542

Paul Le Cannu, « Informations sur les conventions réglementées dans la SAS », RTD Com 2005, page 779

T.Granier, « Le commissaire aux comptes dans la SAS », Bulletin Joly sociétés, 2008, page 252 §57

Laurence Amiel-Cosme, « Rémunération des dirigeants sociaux », Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, juin 2012

Isabelle Arnaud-Grossi, Maître de conférences à l'université Paul Cézanne (Aix-Marseille III) – HDR – Membre du Centre de droit économique, « Dirigeants sociaux », Etude Joly sociétés

V. Médail et P. Vergnole, La société par actions simplifiée unipersonnelle : difficulté de mise en œuvre du contrôle des conventions réglementées : JCP E 2000, p. 786

Laurent Gaudon, Bulletin Joly sociétés, 1^{er} mars 2008, n°3, p 239

Ch. Goyet, Les conventions entre le dirigeant et la SAS : LPA 15 sept. 2000, p. 56,

M.Germain et Pierre-Louis Périn, JCI, Sociétés fascicule 155.2 n°119

S. Castagne, "Vote" en faveur du droit de vote : Dr. sociétés 2000, chron. 21, p. 6

IV. Jurisprudence

Cour de cassation, chambre commerciale, 14 novembre 2006

Cour de cassation, chambre commerciale, 4 octobre 2011, n°10-20.745

Cour de cassation, chambre commerciale, 27 février 2001, n°98-14.2006

Cour d'appel de Paris, 24 novembre 2009, n°08-18780

Cour d'appel de Versailles, 22 octobre 2009, n°08-2252

Cour d'appel Paris, 1^{er} mars 2011, n° 10/24266

Cour de cassation, chambre commerciale, 4 mai 2010, n°09-13205, bulletin civil IV, n°84

Cass. com., 9 févr. 1999, Sté en commandite par actions du Château d'Yquem c/ Mme de Chizelle et a. : JurisData n° 1999-000568

Cass. com., 23 oct. 2007, n° 06-16.537, d'Hem c/ Lacquay

Cour de cassation, chambre commerciale, 4 octobre 2011, bulletin civil IV, n°150

Cour de cassation, chambre commerciale, 4 Janvier 1994, Bulletin civile, IV, n°10

Cour de cassation, chambre commerciale, 22 février 2005, n°03-17421

Cour de cassation, chambre commerciale, 2 décembre 2008, n°08-13185

Cour de cassation, chambre commerciale, 17 décembre 2013, n°12-27.213 (n°1230-F-D), « Doublet c/ Société Neximo 14 »