
M.E.S., Numéro 129, Vol.1, juillet – août 2023

<https://www.mesrids.org>

Dépôt légal : MR 3.02103.57117

N°ISSN (en ligne) : 2790-3109

N°ISSN (impr.) : 2790-3095

Mise en ligne le 29 juillet 2023



Revue Internationale des Dynamiques Sociales
Mouvements et Enjeux Sociaux
Kinshasa, juillet - août 2023

ETUDE SUR L'ANNULATION TOTALE OU PARTIELLE DE LA RÉMUNÉRATION D'UN DIRIGEANT SOCIAL DE SOCIÉTÉ ANONYME EN DROIT OHADA

par

Chrysostome MOKE TAMUNDELE

*Assistant, Faculté de Droit, Département de Droit Economique et Social
Université de Kinshasa*

Résumé

La présente étude qui a porté sur l'annulation totale ou partielle de la rémunération d'un dirigeant social de société anonyme en droit OHADA s'articule autour de deux points. Le premier aborde les notions des administrateurs ou dirigeants sociaux des sociétés anonymes et leurs rémunérations, modalités de fixation et l'organe compétent (point I), tandis que le second porte sur les possibles violations et sanctions liées aux modalités de fixation de ces rémunérations (point II).

Ainsi, il s'est révélé qu'il est possible d'annuler totalement ou partiellement la rémunération d'un dirigeant social, par le juge en droit de l'Ohada. Mais, cette nullité doit reposer sur la violation d'un texte, car l'Acte uniforme relatif au droit de sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique consacre en son article 244 le principe selon lequel, « pas de nullité sans texte ».

Mots-clés : étude, annulation, rémunération, société anonyme, droit, Ohada

Abstract

This study, which focused on the total or partial cancellation of the remuneration of a corporate officer of a public limited company under OHADA law, revolves around two points. The first addresses the notions of directors or corporate officers of public limited companies and their remuneration, methods of fixing and the competent body (point I), while the second concerns possible violations and sanctions related to the methods of fixing these remunerations (item II).

Thus, it turned out that it is possible to totally or partially cancel the remuneration of a corporate officer, by the judge under Ohada law. But, this nullity must be based on the violation of a text, because the Uniform Act relating to the law of commercial companies and the economic interest grouping devotes in its article 244 the principle according to which, "no nullity without text".

Keywords : study, cancellation, remuneration, public limited company, law, Ohada

INTRODUCTION

Une citadelle de droits saute autour de l'annulation totale ou partielle de la rémunération d'un dirigeant social, notamment de société anonyme par le juge. En tout, deux tendances divergentes démarquent la science juridique sur la question. La première évoque le principe d'intangibilité des conventions, fondé sur l'accord des volontés, fait obstacle à toute révision de la rémunération d'un dirigeant social par le juge¹, principe consacré dans tous les Codes civils des obligations des Etats parties au Traité de l'Ohada. Exemple, ce principe est repris à l'article 33 du code civil congolais livre III.²

Par contre, la seconde tendance avance les arguments fondés, d'une part, sur les violations des règles impératives conférant la compétence aux organes chargés de fixer la rémunération du dirigeant social et, d'autre part, sur l'abus de droit ou abus des biens sociaux³ et les règles régissant les contrats.

Ainsi, au regard de ce qui précède, deux questions majeures peuvent être posées :

¹ B. DONDERO, Droit des sociétés, Hyper Cours et Travaux dirigés, 5^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2017, p.214.

² Le Décret du 30 juillet 1888 sur des contrats ou des obligations conventionnelles, *B.O.*, p. 109 ; KALONGO MBIKAY, Code civil et commercial congolais, CRDJ, Kinshasa, 1997, pp.281-341

³ Lire à ce sujet B. DONDERO, *Ibidem*.

- est-il possible au juge d'annuler totalement ou partiellement la rémunération d'un dirigeant social des sociétés anonymes en droit OHADA ?
- et dans l'affirmative, par quels mécanismes ?

I. NOTIONS DES ADMINISTRATEURS OU DIRIGEANTS SOCIAUX DES SOCIÉTÉS ANONYMES ET LEURS RÉMUNÉRATIONS, MODALITÉS DE FIXATION ET L'ORGANE COMPÉTENT

1.1. Notions des administrateurs ou dirigeants sociaux des sociétés anonymes et leurs rémunérations

1.1.1. Notions des administrateurs ou dirigeants sociaux des sociétés anonymes

En droit des sociétés Ohada, les dirigeants sociaux des sociétés anonymes, appelés les administrateurs,⁴ sont de deux catégories : les administrateurs tout court et les administrateurs de direction.⁵

- Les administrateurs tout court

Les administrateurs tout court sont les membres du conseil d'administration. Ils sont définis en fonction de l'organe dont ils font partis, mais aussi de la nature des fonctions qu'ils assument.

Partant de la définition, il est difficile de donner une définition *stricto sensu* des administrateurs tout court des sociétés anonymes. En effet, il paraît incommode de les ranger parmi les mandataires, car c'est le conseil qui est doté de pouvoirs, et non les administrateurs personnellement, et la compétence du conseil d'administration est bien déterminée par les textes alors que les administrateurs demeurent révocables *ad nutum*, et leur rôle participe de la représentation, comme note la jurisprudence française.⁶

Le concept « administrateur » désigne cependant les dirigeants sociaux des sociétés anonymes.⁷ Ils sont les dirigeants de droit et membres du conseil d'administration des sociétés anonymes, le cas échéant, l'administrateur général et son adjoint.⁸ Certaines sociétés anonymes utilisent parfois les expressions administrateurs « exécutifs » et administrateurs « non exécutifs », car rien ne l'interdit étant donné qu'aucune disposition n'est légalement consacrée pour tous les types de sociétés.⁹

En ce qui concerne la nature des fonctions d'administrateurs tout court, il est aussi difficile à les déterminer, car leurs tâches ne sont pas comparables à celles des membres de la direction générale, et qu'elles n'impliquent pas une occupation permanente.¹⁰

Par rapport à leur désignation, les administrateurs tout court sont désignés par les statuts, le cas échéant, par l'assemblée générale constitutive. En cours de vie sociale, ils sont désignés par l'assemblée générale ordinaire. Toute désignation intervenue en dehors de ces deux modes est nulle.¹¹

Quant à la durée de leur mandat, elle est fixée librement par les statuts sans pouvoir excéder six (6) ans en cas de nomination en cours de vie sociale et deux (2) ans, en cas de désignation par les statuts ou par l'assemblée générale constitutive.¹²

⁴ Voir HOHADA, OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, p.1475.

⁵ Cette distinction n'est pas vraiment établie explicitement par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Les textes utilisent avant tout l'expression « les membres du conseil d'administration » dans les sociétés anonymes, puis ils citent les administrateurs.

⁶ Cass. com., 3 oct. 2006, n° 05-13244, *RTD com.* 2007, 165.

⁷ Voir les termes dirigeants sociaux : OHADA, *Idem*.

⁸ L'article 416 de l'AUDSCGIE.

⁹ G. SAKATA M.TAWAB, Société anonyme (Droit de l'OHADA et Droit complémentaire congolais), Volume I, Kinshasa, PUK, 2019, p.p. 71-76.

¹⁰ P. LE CANNU et B. DONDERO, Droit des sociétés, 4^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2012, p.444. n°687.

¹¹ Article 420 AUDSCGIE.

¹² Article 419 AUDSCGIE.

- Les administrateurs de direction

En réalité, la « direction » ajoutée à la dénomination d'administrateur revêt un aspect distinctif, car elle désigne les fonctions de gestion courante de la société, mais aussi leur caractère. Mais le terme paraît un peu équivoque, car il est certain que les directeurs généraux « dirigent » la ou les entreprises exploitées par la société anonyme.

Toutefois, la « direction » couvre le pouvoir de gestion de la société. L'épithète « général » révèle le niveau hiérarchique plus élevé, différenciant cette direction des directions techniques assurées par les cadres. Certes, la direction générale s'exerce dans le respect des attributions assignées aux autres organes sociaux (conseil d'administration, assemblée générale). Ce qui reste de hiérarchie entre ces organes a donc pour conséquences que les « dirigeants » sont soumis au conseil et à l'assemblée.¹³

Cependant, il existe une différence entre les administrateurs de direction de sociétés anonymes avec le conseil d'administration et les administrateurs des sociétés anonymes avec l'administrateur général et son adjoint, car chaque statut doit déterminer l'un de ces deux modes d'administration de manière non équivoque.¹⁴

En effet, dans une société anonyme avec conseil d'administration, les administrateurs de direction sont le Président-directeur général, le président du conseil d'administration et le Directeur général, et le cas échéant, son adjoint, art. 415 AUDSCGIE. Tandis que dans une société anonyme avec administrateur général, les administrateurs de direction sont l'Administrateur général, cas échéant, son adjoint ou ses adjoints, art 494 AUDSCGIE.

Il faut cependant écarter le Président du conseil d'administration dans la considération de la « gestion » quotidienne de la société,¹⁵ le texte accorde à celui-ci des tâches très limitées, que sont : animateur du conseil d'administration et le gérant de la mécanique sociale.¹⁶

Quant à la désignation des administrateurs de direction, ils sont désignés en fonction de mode d'administration de société anonyme. Dans une société anonyme avec conseil d'administration, le Président-directeur général ou soit le président du conseil d'administration est désigné parmi ses membres (les administrateurs tout court).¹⁷ Il en est de même pour le Directeur général,¹⁸ cas échéant son adjoint ou ses adjoints.¹⁹ Sauf que l'article 485 de l'AUDSCGIE accorde la possibilité au conseil d'administration de choisir le Directeur général parmi ses membres ou en dehors d'eux. L'adjoint ou ses adjoints sont toujours nommés par le conseil d'administration. Tandis que dans une société anonyme avec administrateur général, le premier administrateur général est désigné dans les statuts et, en cours de vie sociale, il est nommé par l'assemblée générale des actionnaires, choisi parmi les actionnaires ou en dehors d'eux, (art. 495 AUDSCGIE). Celui-ci peut être assisté d'un ou de plusieurs administrateurs adjoints sur proposition de l'administrateur général.²⁰ Toute désignation intervenue en violation des modalités et conditions épinglées ci-dessus est nulle.²¹

¹³ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Op.cit.*, p.506. n°772

¹⁴ Article 414 AUDSCGIE.

¹⁵ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Ibid.*

¹⁶ Lire à ce sujet les commentaires de l'article 457 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique : OHADA, préc.

¹⁷ Pour le président-directeur général, voir l'article 462 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Tandis que pour le président du conseil d'administration, c'est l'article 477.

¹⁸ Article 485 de l'AUDSCGIE.

¹⁹ Article 470 de l'AUDSCGIE.

²⁰ Article 510 AUDSCGIE.

²¹ Ex. pour l'Administrateur général, voir l'alinéa 2 de l'article 501 de l'AUDSCGIE.

La durée du mandat du Président-directeur général ou soit du président du conseil d'administration est renouvelable et ne peut excéder celle de son mandat d'administrateur.²² Tandis que celle de directeur général, est déterminée librement par le conseil d'administration et renouvelable, (art.486 AUDSCGIE).

Il est également pour la durée du mandat de l'administrateur général et son adjoint qui est fixée librement par les statuts sans pouvoir excéder six (6) ans en cas de nomination en cours de vie sociale, et deux (2) ans en cas de nomination par les statuts. Ce mandat est renouvelable, (art. 496 AUDSCGIE).

Observons par ailleurs que l'AUDSCGIE prévoit le poste de Directeur Général adjoint,²³ alors que pour celui du Vice-président-directeur général, il n'en dit rien. Sur cette question, un avis de la CCJA a conclu qu'il n'est pas possible, sans violer de disposition de l'acte uniforme, de créer un tel poste dans les statuts de la société.²⁴

En ce qui concerne la nature des fonctions des administrateurs de direction, d'après la doctrine constante, ils ne sont pas à proprement parler des mandataires. On pourrait se contenter de parler de dirigeant. En effet, les caractéristiques du mandat ne sont pas respectées par un système où c'est la loi qui détermine les pouvoirs du représentant.²⁵ D'ailleurs, certains auteurs comparent pour cette raison le « mandat » des dirigeants de mandat public électif.²⁶

À notre avis, les pouvoirs des administrateurs de direction des sociétés anonymes avec conseil d'administration ne résultent pas d'un contrat, mais d'une décision du conseil d'administration. En ce sens, leurs fonctions revêtent un caractère institutionnel. C'est dans ce contexte que la jurisprudence française a conclu que, « les fonctions procèdent du fonctionnement institutionnel de la société anonyme ».²⁷ Il en est de même pour l'administrateur général, cas échéant, son ou ses adjoints dans le cas d'une société anonyme avec administrateur général.

1.1.2. La rémunération des administrateurs ou des dirigeants sociaux des sociétés anonymes et sa nature juridique

- La rémunération des administrateurs ou des dirigeants sociaux des sociétés anonymes

Les statuts doivent préciser si le mandat des administrateurs tout court est gratuit ou non. Mais, il est difficile de concilier le principe de gratuité le mandat d'administrateur d'une SA dont le principal objectif est la réalisation des bénéfices.²⁸

Toutefois, d'après l'AUDSCGIE, la rémunération des administrateurs ou des dirigeants sociaux des sociétés anonymes varie selon qu'on assume la fonction de l'administrateur tout court, ou soit la fonction d'administrateur de direction, car chacune de ces deux catégories est régie par des dispositions différentes, aussi chacune assure des fonctions tout à fait différentes.

Pour les administrateurs tout court, la principale rémunération qu'ils pouvaient percevoir, dans le cadre de leurs fonctions, est la rémunération des fonctions : « l'assemblée

²² Pour le président-directeur général, voir l'article 463 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Tandis que pour le président du conseil d'administration, c'est l'article 478.

²³ Article 470 AUDSCGIE : « sur proposition du Président-Directeur Général, le conseil d'administration peut donner mandat à une ou plusieurs personnes d'assister le Président-Directeur Général en qualité de directeur général adjoint ».(...).

²⁴ Ohadata, J-02-03, Cour commune de justice et d'arbitrage, avis n°02/2000.

²⁵ Voir l'article 121 de l'AUDSCGIE.

²⁶ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Op.cit.*, p.509, n°776.

²⁷ Cass. soc., 1^{er} févr. 2011, n°10-20953.

²⁸ H. OLIVIER ET K. DEBOECK, *Vademecum de l'administrateur de société anonyme*, 5^{ème} éd., Bruxelles, Servais, 1996, p. 186.

générale ordinaire peut allouer aux administrateurs, en rémunération de leurs activités, à titre d'indemnité de fonction une somme fixe annuelle qu'elle détermine souverainement ». ²⁹ Il s'agit d'une somme globale fixée par l'assemblée générale ordinaire des actionnaires et qui sera répartie par le conseil d'administration un montant pour chacun. Ce montant que doit toucher chaque administrateur n'est rien d'autre que les jetons de présence. ³⁰ Le versement de ces « jetons de présence » n'est pas subordonné à la présence aux réunions. ³¹ La jurisprudence française a conclu qu'ils ne peuvent ni aussi être subordonnés à la réalisation de bénéfice. ³²

Toutefois, ils peuvent aussi bénéficier des indemnités exceptionnelles allouées par le conseil d'administration en fonction des missions spéciales qui leur sont confiées. Il en est de même, le conseil d'administration peut allouer aux administrateurs, membres des comités prévus à l'alinéa premier de l'article 437, une part supérieure à celle des autres administrateurs (art. 431 AUDSCGIE). ³³

Ainsi, le montant de la rémunération exceptionnelle doit correspondre à la tâche ou au service rendu de telle sorte qu'elle ne soit pas excessive. Faute de quoi, elle peut être qualifiée d'abus des biens sociaux qui est une infraction. ³⁴

Hors ces types des rémunérations, ils ne peuvent plus percevoir une quelconque rémunération, sauf dans l'hypothèse de contrat de travail prévue à l'article 426 et dans les conditions de l'article 438 de l'AUDSCGIE.

Par contre, lorsqu'il s'agit de société anonyme avec conseil d'administration, la rémunération est librement fixée dans son quantum et ses modalités par le conseil d'administration. ³⁵ Tandis que lorsqu'il s'agit de société anonyme avec administrateur général, la rémunération de l'administrateur général et son adjoint est fixée par l'assemblée générale ordinaire des actionnaires. ³⁶

Hors ces types de rémunérations, ils ne peuvent recevoir aucune autre rémunération de la société que celle fixée, selon le cas, par le conseil d'administration ou par l'assemblée générale, ³⁷ sauf dans l'hypothèse de contrat de travail prévue à l'article 426 et dans les conditions de l'article 438 de l'AUDSCGIE.

- **Nature juridique de la rémunération des administrateurs ou des dirigeants sociaux des sociétés anonymes**

L'AUDSCGIE ne dit rien sur la nature juridique de la rémunération des administrateurs ou des dirigeants sociaux des sociétés anonymes. En fait, il est difficile de situer la nature juridique de la rémunération des dirigeants sociaux des sociétés en général et de sociétés anonymes en particulier, un dirigeant de société peut percevoir des revenus

²⁹ Article 431 de l'AUDSCGIE.

³⁰ R. NEVERY, « Le régime juridique de la rémunération des dirigeants sociaux en droit OHADA », *in revue juridique de l'Océan indien*, 2015, p. 160.

³¹ V.A. COURET, « *Le désintérêt social* », in mélanges Bézard, 2003, p.63.

³² CA Paris, 28 sept. 1990, D. 1990, IR 268.

³³ L'alinéa premier de l'article 437 de l'AUDSCGIE dit que, « le conseil d'administration peut confier à un ou plusieurs de ses membres tous mandats spéciaux pour un ou plusieurs objets déterminés ».

³⁴ Article 891 de l'AUDSCGIE.

³⁵ L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique a consacré ce principe dans les articles ci-après : pour Président-Directeur Général, c'est l'alinéa premier de l'article 467; pour le Président du Conseil d'Administration, c'est l'alinéa premier de l'article 482 ; et pour Directeur Général, c'est l'alinéa premier de l'article 490.

³⁶ L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique a consacré ce principe dans les articles ci-après : pour l'administrateur général, voir l'alinéa premier de l'article 501 et pour l'Administrateur général adjoint c'est l'alinéa premier de l'article 514.

³⁷ L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique a consacré cette restriction dans les articles ci-après : pour Président-Directeur Général, c'est l'alinéa trois de l'article 467; pour le Président du Conseil d'Administration, c'est l'alinéa trois de l'article 482 ; et pour Directeur Général, c'est l'alinéa quatre de l'article 490. Tandis que pour l'Administrateur général, l'article 500.

différents,³⁸ tenant compte notamment de la santé de l'entreprise, de son régime juridique et, dans certains cas, de types de rémunération.

Cependant, si on tient compte de l'organe chargé de fixer leur rémunération, et si l'on peut soutenir la nature institutionnelle ou contractuelle de cette rémunération, l'on dégagerait les conséquences ci-après :

- **La rémunération des administrateurs a une nature institutionnelle** : cette conception procède d'une fiction selon laquelle les dirigeants ne concluent pas de contrat de direction avec la société, mais reçoivent d'elle une fonction.³⁹ Dans ce cas, la rémunération peut être modifiée ou rapportée par l'autorité qui l'a fixée.⁴⁰ Ce qui poserait moins de problèmes. Mais cette conception n'a pas vraiment sa raison d'être, car la rémunération des administrateurs est régie par le principe clair de transparence (voie de vote) ;
- **La rémunération des administrateurs a une nature contractuelle** : dans cette hypothèse, il paraîtrait plus difficile de modifier unilatéralement une « obligation de nature contractuelle », notamment le cas de la rémunération des dirigeants sociaux, car cela constitue la volonté des parties.

Toutefois, la jurisprudence notamment française, l'admet néanmoins en matière de rémunération différée, au regard de l'intérêt social, lorsque les difficultés économiques de l'entreprise rendent insupportable le poids de cette rémunération,⁴¹ voire lorsque l'intéressé a perdu la confiance du conseil.⁴²

1.2. Les modalités et l'organe compétent pour la fixation de rémunération des administrateurs ou des dirigeants sociaux des sociétés anonymes

Les modalités et l'organe compétent pour fixer la rémunération des administrateurs ou des dirigeants sociaux des sociétés anonymes varient selon qu'il s'agit des sociétés anonymes avec conseil d'administration, soit de sociétés anonymes avec administrateur général.

1.2.1. Les modalités et l'organe compétent pour fixer la rémunération des administrateurs ou des dirigeants sociaux des sociétés anonymes avec conseil d'administration

Dans les sociétés anonymes avec conseil d'administration, la rémunération des administrateurs tout court est fixée par l'assemblée générale des actionnaires (art. 431 AUDSCGIE). Les administrateurs ayant la qualité d'actionnaires peuvent prendre part au vote de l'assemblée et leurs actions sont prises en compte le calcul du quorum et de la majorité (alinéa 2 de l'art. 431 AUDSCGIE). En cas de rémunération exceptionnelle, elle est fixée par le conseil d'administration.

Tandis que les administrateurs de direction, les modalités et le montant, le cas échéant, d'autres avantages en nature, sont fixés par le conseil d'administration. Ils ne prennent pas part au vote sur leur rémunération et leurs voix ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.⁴³ Toute décision prise en violation des modalités et conditions ci-dessus est nulle.⁴⁴

³⁸ R. NEVRY, *Op.cit.*, p.159.

³⁹ Lire à ce sujet LE CANNU et B. DONDERO, *Op.cit.*, pp. 511-512. n°780.

⁴⁰ LE CANNU et B. DONDERO, *Ibid.*

⁴¹ Voir la CA Paris, 7 juin 2000, Le Floch-Prigent, JCP éd. E, 2000, p. 1214, BJS 2000, p. 957, note P.Scholer.

⁴² Précité, BJS 2000, p. 957, note P. Scholer

⁴³ Ces dispositifs sont répartis de la manière suivante : pour la rémunération du Président-Directeur Général, c'est l'article 468 de l'AUDSCGIE qui le prévoit ; pour le Président du Conseil d'Administration, c'est l'article 482 ; et tandis que pour le Directeur Général, c'est l'article 490, toujours de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

⁴⁴ Ex. pour le Président-directeur général, voir l'alinéa 5 de l'article 467 de l'AUDSCGIE.

1.2.2. Les modalités et l'organe compétent pour fixer la rémunération des administrateurs des sociétés anonymes avec administrateur général

Les modalités et le montant de rémunération de l'administrateur général sont fixés par l'assemblée générale ordinaire ainsi que, le cas échéant, les avantages en nature qui lui sont accordés (art. 501 AUDSCGIE). Il en est de même pour son ou ses adjoints.⁴⁵ Toute décision prise en violation des modalités et conditions ci-dessus est nulle.⁴⁶

Par ailleurs, l'AUDSCGIE ne dit rien sur la participation ou non au vote de l'Administrateur général ou son adjoint de la décision fixant leur rémunération. À notre avis, il ne peut pas, même s'ils ont la qualité d'actionnaire, car il y a conflit d'intérêt.

II. LES VIOLATIONS ET SANCTIONS LIÉES AUX MODALITÉS DE FIXATION DE RÉMUNÉRATIONS DES ADMINISTRATEURS OU DES DIRIGEANTS SOCIAUX DES SOCIÉTÉS ANONYMES

2.1. Les violations liées aux modalités de fixation des rémunérations des administrateurs ou des dirigeants sociaux des sociétés anonymes

Les violations des textes relatifs aux modalités de fixation des rémunérations d'administrateurs ou dirigeants sociaux des sociétés anonymes peuvent être directes ou indirectes, et identifiables à deux niveaux : au niveau de l'organe ainsi qu'au niveau de comportement de certains actionnaires qui tendent à bafouer l'« intérêt social ».⁴⁷

2.1.1. Au niveau de l'organe chargé de fixer la rémunération des administrateurs ou dirigeants sociaux

La rémunération de tout dirigeant de société anonyme doit être fixée par l'organe compétent, lorsque par exemple la rémunération du Président-directeur est fixée par l'assemblée générale, il y a violation des textes en la matière ; tout de même, lorsque la rémunération des administrateurs tout court est fixée par un autre organe que l'assemblée générale. Il en est ainsi pour les administrateurs des sociétés anonymes avec administrateur général, lorsque les statuts ou les actionnaires attribuent la compétence de fixer leur rémunération à un autre organe que l'assemblée générale ordinaire.

2.1.2. Au niveau de comportement de certains actionnaires qui tend à bafouer l'intérêt social.

Les violations des règles régissant les modalités de fixation de rémunérations peuvent être constatées dans le chef de certains membres composant l'organe chargé à cet effet, et cela dans trois contextes :

- *La répartition de rémunérations à allouer aux administrateurs tout court* : près que l'assemblée générale ait décidé du montant global de la rémunération des administrateurs tout court, le conseil d'administration doit répartir le montant dû à chaque administrateur. Cette répartition doit se faire de manière égalitaire, sauf stipulation contraire de la loi ou des statuts,⁴⁸ ou encore en cas des mandats spéciaux prévus à l'article 437 de l'AUDSCGIE où la répartition peut s'opérer à partir d'éléments objectifs d'appréciation tels que, l'assiduité et les services rendus.⁴⁹ Une

⁴⁵ Article 514 AUDSCGIE : le« Les modalités et le montant de la rémunération de l'administrateur général sont fixés par l'assemblée générale ordinaire ainsi que, le cas échéant, les avantages en nature qui lui sont accordés. (...) ».

⁴⁶ Ex.

⁴⁷ L'intérêt social est considéré comme l'intérêt des associés, des salariés, des créanciers, voire de l'Etat. L'entreprise est conçue comme tout, et n'est pas un simple amalgame d'actionnaires : lire à ce sujet B. TEYSSE, « *L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail* », D., 2004, p.1080 ; M.M. BLAIR, « *Ownership and control : Rethinking corporate governance for the twenty-first century* », The Brookings Institution, Washington D.C., 1995, spéc. p. 231 ; Re Exchange Baking Company, (1882) 21 ch. 519, p. 536 (C.A).

⁴⁸ G. SAKATA M.TAWAB, *Op.cit.*, p.81.

⁴⁹ J. HONORAT, « Possibilité d'une répartition inégale de jetons de présence entre administrateur », Defrenois, 1986, p.47.

répartition qui serait de nature à favoriser un groupe d'administrateurs ou une catégorie d'administrateurs actionnaires, constitue l'enrichissement sans cause en vertu du principe, « nul ne peut s'enrichir sans juste cause au dépens d'autrui ».⁵⁰ Il en est ainsi pour les rémunérations exceptionnelles, les missions et mandats reçus doivent être effectifs et correspondant à la rémunération due. À défaut, la perception de rémunérations indues par l'administrateur constitue le délit d'abus de biens sociaux.⁵¹ C'est dans ce sens que la jurisprudence française a établi le délit d'abus des biens sociaux pour celui qui les reçoit et pour le directeur général qui a la responsabilité de leur versement.⁵²

Dans le cadre de droit des sociétés Ohada, le Président-directeur général ou le Président du conseil d'administrateur, le directeur général et les administrateurs, bref les membres du conseil d'administration qui en ont décidé seront poursuivis pour le délit d'abus des biens sociaux,⁵³ au cas où les missions confiées ne correspondraient pas à la rémunération due.

Toutefois, les membres du conseil qui se sont abstenus à la prise d'une telle décision seront exemptés, ce qui est difficile à démontrer, car le vote étant régi par le principe de confidentialité.

- **Les conventions réglementées** : sauf disposition contraire des statuts, l'AUDSCGIE accorde la possibilité aux administrateurs ou dirigeant sociaux des sociétés anonymes la possibilité de cumuler le mandat social et le contrat de travail,⁵⁴ à condition que ce dernier corresponde à un emploi « effectif », (art. 426 AUDSCGIE). Ce contrat est soumis à l'autorisation préalable du conseil d'administration, société anonyme avec conseil d'administration (art. 438 AUDSCGIE), ou soit de l'assemblée générale, société anonyme avec administrateur général.⁵⁵ Au cas contraire, ce contrat est nul, sauf si cela a été approuvé par l'assemblée générale ou a eu un avantage pour la société. Une telle nullité est fondée sur l'abus de pouvoir et produit un effet rétroactif.
- **Les conventions de vote** : ce contexte concerne particulièrement les administrateurs ayant la qualité d'actionnaire. En effet, le tiret un (-) de l'article 2-1 de l'AUDSCGIE accorde la possibilité aux associés ou actionnaires de conclure des conventions

⁵⁰ En République démocratique du Congo, cette notion trouve application dans les articles 23, 24 et 25 de la loi portant régime général des biens, les articles 252 et s., (paiement de l'indu), 311 et 312, 349, 510 et 609 du Code civil livre III : Voir KALONGO MBIKAY, Droit civil : Les obligations, Kinshasa, CRDJ, Kinshasa, sans année, p. 299.

⁵⁰ Voir HOHADA, *préc.*, p.1475

⁵¹ L'article 891 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique requiert « une sanction pénale au dirigeant de la société à responsabilité limitée, les administrateurs, le président-directeur général, le directeur général, le directeur général adjoint qui, de mauvaise foi, font des biens ou de crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, matérielles, ou morales, ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle ils sont intéressés, directement ou indirectement ».

⁵² Cass. crim., 28 mars 1996, *rev. sociétés* 1997, p.141, note B. Bouloc.

⁵³ L'article 891 de l'AUDSCGIE dispose qu' « encourent une sanction pénale le gérant de la société à responsabilité limitée, les administrateurs, le président-directeur général, le directeur général, le directeur général adjoint, le président de la société par actions simplifiée, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint qui, de mauvaise foi, font des biens ou de crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, matérielles ou morales, ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle ils sont intéressés, directement ou indirectement »

⁵⁴ Pour le Président-directeur général, l'article 466 de l'AUDSCGIE ; le Président du conseil d'administration, article 481 de l'AUDSCGIE ; le Directeur général, article 489 de l'AUDSCGIE ; le Directeur adjoint, l'article 473 de l'AUDSCGIE ; Administrateur général, article 499 de l'AUDSCGIE et pour l'administrateur général adjoint, c'est l'article 513 de l'acte susévoqué.

⁵⁵ Lire l'article 499 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

extrastatutaires ou « pactes d'actionnaires ».⁵⁶ Par exemple, les relations entre associés qui peuvent porter sur les conventions de vote. L'enjeu réside essentiellement dans la finalité à attribuer à l'exercice de pouvoir dans les sociétés.⁵⁷

En revanche, les modalités et conditions de fixation de rémunération des administrateurs ne doivent pas porter sur les conventions à finalités essentiellement égoïstes,⁵⁸ purement et simplement fondées sur un échange d'obligations réciproques destinées des intérêts antagonistes.⁵⁹ Si cela est le cas, il y a abus de droit. Par conséquent, ces versements sont susceptibles d'annulation, ou bien peuvent ouvrir un droit à une indemnisation pour la société.⁶⁰ Exemple un actionnaire majoritaire, ou soit un administrateur actionnaire majoritaire qui est lié à une convention de vote, oriente la décision fixant une rémunération excessive pendant le vote.

2.2. Sanction

Toute violation des modalités de fixation de la rémunération d'un dirigeant de société anonyme est sanctionnée par la nullité,⁶¹ sauf que cette nullité ne vise pas en premier lieu la rémunération, mais la décision qui a été prise en violation de texte.

Si la rémunération est excessive ou ne correspond pas au service rendu, le juge peut les annuler partiellement ou totalement en vertu du principe, « nulle ne peut s'enrichir sans juste cause aux dépens d'autrui ». Il en est aussi le cas de cumul lorsque le contrat de travail ne correspond pas à un emploi effectif.

En droit de l'Ohada, une telle action doit être subordonnée à l'action sociale lorsque la décision qui fixe la rémunération excessive a été prise par le conseil d'administration;⁶² et abus de majorité lorsqu'elle a été prise par l'assemblée générale ordinaire.⁶³ L'action d'abus de majorité peut être initiée par un organe de la société ou soit un ou plusieurs actionnaires. Par organe, il peut être permis de penser que, l'expression « organe de la société » prendrait au-delà des organes de gestion, les organes de contrôles, voire les assemblées générales, qui sont censés protéger l'intérêt social.⁶⁴

Pendant, lorsqu'il s'agit d'une action sociale initiée par un ou plusieurs actionnaires, elle est soumise préalablement à la mise en demeure du conseil d'administration non suivie d'effet dans le délai de trente (30) jours.⁶⁵ Par ailleurs, sur le plan pénal, le conseil d'administration qui fixerait une rémunération excessive, pourrait être poursuivi pour l'infraction d'« abus de biens sociaux »,⁶⁶ art. 891 de l'AUDSCGIE.

⁵⁶ V. CUISINIER, *L'affectio societatis*, Paris, Litec, 2008, n° 550-551.

⁵⁷ V. CUISINIER, *Op.cit.*, n°555 et s.

⁵⁸ J. CARBONNER, *Droit civil*, Tome IV, Paris, éd. PUF, 2000, n°114.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ B. BRUNO, *Op.cit.*, p.214.

⁶¹ Pour l'administrateur-général, voir l'alinéa 5 de l'article 467 de l'AUDSCGIE ; le président du conseil d'administration, voir l'alinéa 5 de l'article 482 de l'AUDSCGIE ; le directeur général, voir l'alinéa 5 de l'article 490 de l'AUDSCGIE ; l'administrateur général, voire l'alinéa 2 de l'article 500 de l'AUDSCGIE ; et pour les administrateurs tout court, voire l'alinéa 3 de l'article 430 de l'AUDSCGIE.

⁶² Voir l'article 165 de l'AUDSCGIE.

⁶³ Article 130 alinéa 2 de l'AUDSCGIE.

⁶⁴ Lire à ce sujet D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêt dans les sociétés anonymes*, Pratique des affaires, Paris, éd. Joly, 1999, p.189.

⁶⁵ Voir l'article 167 de l'AUDSCGIE.

⁶⁶ L'article 891 de l'AUDSCGIE : « Encourt une sanction pénale le gérant de la société à responsabilité pénale, les administrateurs, le président-directeur général, le directeur général ou l'administrateur général adjoint qui, de mauvaise foi, font des biens ou crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, matérielles ou morales, ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle ils sont intéressés, directement ou indirectement ».

CONCLUSION

Deux hypothèses sont envisageables en cas d'une annulation de la rémunération d'un dirigeant social précisément de sociétés anonymes :

La première concerne toute violation des règles impératives régissant les modalités et le montant de la rémunération d'un dirigeant social. Dans ce cas, on sous-entend que la décision fixant la rémunération d'un dirigeant social a été fixée par un autre organe que celui habilité par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Cette nullité est textuelle. En effet, tout texte qui organise les modalités et le montant de la rémunération de chaque catégorie d'administrateur est frappé de nullité en cas de violation. Toutefois, cette nullité ne vise pas d'abord la rémunération, mais plutôt la décision ou la délibération qui a été prise en violation des textes.

La deuxième hypothèse concerne l'abus de droit : celui-ci peut être constaté par l'abus de biens sociaux (une rémunération excessive) à la suite d'une décision fixant la rémunération d'un dirigeant social par l'organe compétent, mais qui était biaisée par des finalités personnelles ou la protection d'intérêt de certaine catégorie de dirigeants.

Ainsi, on note que le juge ne peut annuler la rémunération d'un dirigeant qu'en se fondant sur la violation des dispositions d'un texte de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, ou soit des règles qui régissent le contrat, soit encore de la violation d'une clause statutaire jugée essentielle par la juridiction compétente, et non seul motif de sa contrariété à l'intérêt social. Il peut se fonder par exemple sur la fraude ou abus de droit commis par les actionnaires ou associés, ou soit par les membres du conseil d'administration, pour favoriser leurs intérêts au détriment des autres. C'est le principe, « pas de nullité sans texte ».⁶⁷

Bibliographie

I. TEXTES JURIDIQUES OFFICIELS INTERNATIONAUX ET NATIONAUX

- Décret du 30 juillet 1888 sur les contrats ou les obligations conventionnelles, B O C.
- OHADA, Traité et les actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2018.

II. OUVRAGES

- CARBONNER, J., Droit civil, t. IV, Paris, PUF, 2000.
- CUISINNIER, C., L'affectio societatis, Paris, Litec, 2008.
- DONDERO, B., Droit des sociétés, Hyper cours et Travaux dirigés, 5^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2017.
- GUYON, Y., Droit des affaires, t.1, 12^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2003.
- KALONGO MBIKAYI, Droit civil : les obligations, Kinshasa, CRDJ, sans année.
- LE CANNU, P., et DONDERO, D., Droit des sociétés, 4^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2012.
- OLIVIER, H., et DEBOECK, K., Vademecum de l'administrateur de société anonyme, 5^{em} édition, Bruxelles, Servais, 1996.
- SAKATA M. TAWAB, G., Société anonyme, Droit de l'OHADA et Droit complémentaire congolais, v.1, Kinshasa, PUK, 2019.

III. ARTICLES

- BLAIR, M.M., « Ownership and control : Rethinking corporate governance for the twenty – first century », The Brookings Institution, Washington, D.C., 1995.

⁶⁷ Article 244 de l'AUDSCGIE : « La nullité de tous actes, décisions ou délibérations ne modifiant pas les statuts de la société, ne peut résulter que : d'une disposition du présent acte uniforme la prévoyant expressément ; de la violation d'une disposition impérative du présent acte uniforme ; de la violation d'une disposition impérative des textes régissant les contrats ou de la violation d'une clause des statuts jugée essentielle par la juridiction compétente ».

- COURET, V.A., « Le désintérêt social », in mélange Bézard, 2003.
- HONORAT, J., « Possibilité d'une réparation inégale de jetons de présence entre administrateurs », in Defrénois, 1986.
- NEVERY, R., « Le régime de la rémunération des dirigeants sociaux en droit OHADA », in revue juridique de l'océan indien, 2015.

IV. SITE WEB

- <https://www.labase-lextenso.fr/ouvrage/9782275051796-629>.