



# Association Nationale des Sociétés par Actions

39 rue de Prony – 75017 Paris

Tél. 01 47 63 66 41 Fax 01 42 27 13 58 - <http://www.ansa.fr> - [ansa@ansa.asso.fr](mailto:ansa@ansa.asso.fr)

2013 – II

Comité Juridique

Réunion du 3 avril 2013

n° 13-017

## Nature et modalités de la rémunération allouée à un administrateur référent

Depuis quelques années, une pratique empruntée s'inspirant de celle des "senior independent director" des grandes entreprises britanniques<sup>1</sup>, et encouragée par l'AMF<sup>2</sup> notamment, tend à se développer en France: elle consiste à désigner un administrateur dit « référent » au sein des conseils d'administration de sociétés cotées, surtout en cas de cumul des fonctions de président et de directeur général.

Choisi en général parmi les administrateurs indépendants, il assiste le président en matière de bon fonctionnement des organes de gouvernance et de prévention des conflits d'intérêts. Son rôle et ses missions sont généralement définis par le règlement intérieur du conseil. Sa dénomination peut d'ailleurs être différente : en particulier on trouve des vice-présidents du conseil dont les missions correspondent à celles d'administrateur référent.

Les attributions de l'administrateur référent procèdent du conseil, en l'absence de toute disposition légale ou réglementaire sur ce point (en ce sens, on ne saurait parler des « pouvoirs » de cet administrateur). Le code de commerce fait du conseil d'administration (ou de surveillance) un organe essentiellement collégial: l'ensemble des administrateurs est responsable du bon fonctionnement de celui-ci.

### Quel est le régime de la rémunération de l'administrateur référent ?

Il convient d'examiner cette mission au regard de l'art. R.225-29 du code de commerce, qui permet au conseil de conférer à l'un de ses membres (ou à des tiers) *tous mandats spéciaux pour un ou plusieurs objets déterminés*, et de la considérer en tant qu'extension du mandat de l'administrateur concerné<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Où le conseil comprend généralement une proportion élevée de dirigeants du groupe.

<sup>2</sup> Rapport de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise (9.02.2012) extrait. 2.5 L'administrateur référent

*La nomination d'un administrateur référent constitue une des pistes de réflexion intéressantes visant à prévenir d'éventuels conflits d'intérêts, tout particulièrement en cas de cumul des fonctions de président du conseil et de directeur général. A cet égard, il est important que les sociétés qui ont décidé de mettre en place un administrateur référent lui reconnaissent des pouvoirs et des moyens adaptés à ses missions, notamment celui de convoquer un conseil, et que ceux-ci soient formalisés et transparents. En outre, il pourrait être envisagé que dans les sociétés au sein desquelles un administrateur référent a été désigné, l'activité de cet administrateur référent en matière de gouvernement d'entreprise soit abordée à l'occasion de l'évaluation du conseil et/ou dans le rapport du président sur le gouvernement d'entreprise. En complément, il paraît nécessaire que cet administrateur soit indépendant et que la société publie un bilan d'activité de ce dernier afin que puisse être appréciés d'une part, la nature des diligences et missions conduites dans ce cadre et d'autre part, l'usage qu'il a pu faire des prérogatives qui lui ont été reconnues.*

<sup>3</sup> Art. R.225-29

*Le conseil d'administration peut conférer à un ou plusieurs de ses membres ou à des tiers, actionnaires ou non, tous mandats spéciaux pour un ou plusieurs objets déterminés.*

L'article L 225-44 du code de commerce encadre strictement les conditions de rémunération des administrateurs, interdisant à peine de nullité toute rémunération de la part de la société administrée autre que celles qu'il prévoit<sup>4</sup>, à savoir :

- jetons de présence,
- salaires lorsque le cumul du mandat avec un contrat de travail est autorisé<sup>5</sup>,
- rémunérations exceptionnelles pour des missions spéciales,
- le cas échéant, rémunérations spécifiques des fonctions de président, directeur général ou directeur général délégué.

La rémunération ordinaire des administrateurs prend la forme de jetons de présence dont le montant global est fixé par l'AGO. Le conseil d'administration répartit librement cette somme entre ses membres (art. L.225-45 et art. R. 225-33 du code de commerce)<sup>6</sup>. Les pratiques sont diverses : répartition égalitaire, part fixe et part liée à l'assiduité, répartition inégalitaire tenant compte des fonctions assumées par certains administrateurs (membres de comités – comme expressément prévu par l'article R 225-33<sup>7</sup> - , président de comité, vice-président etc.).

Par ailleurs, selon l'article L.225-46 du code de commerce, « *Il peut être alloué, par le conseil d'administration, des rémunérations exceptionnelles pour les missions ou mandats confiés à des administrateurs. Dans ce cas, ces rémunérations, portées aux charges d'exploitation, sont soumises aux dispositions des articles L. 225-38 à L. 225-42.* » (C'est à dire au régime des conventions réglementées).

L'article L225-45 et l'article R225-33 laissant explicitement toute liberté au conseil pour répartir les jetons entre ses membres, on doit admettre qu'il lui est loisible d'attribuer une part accrue à ceux auxquels il confie une mission particulière permanente, même autre que celle de membre de comité, expressément prévue par le texte. Telle est bien la pratique, puisque les sociétés attribuent fréquemment des parts majorées aux présidents de comités ou administrateurs référents (ou équivalents, comme vice-présidents). Certains auteurs considèrent que rien n'interdit au conseil de décider que la rémunération de ces membres de comités relève de l'article L. 225-46<sup>8</sup>, mais cette pratique ne semble pas répandue.

---

*Il peut décider la création de comités chargés d'étudier les questions que lui-même ou son président soumet, pour avis, à leur examen. Il fixe la composition et les attributions des comités qui exercent leur activité sous sa responsabilité.*

<sup>4</sup> **Art. L. 225-44 du code de commerce**

*Sous réserve des articles L. 225-21-1, L. 225-22 et L. 225-27, les administrateurs ne peuvent recevoir de la société aucune rémunération, permanente ou non, autre que celles prévues aux articles L. 225-45, L. 225-46, L. 225-47 et L. 225-53.*

*Toute clause statutaire contraire est réputée non écrite et toute décision contraire est nulle.*

<sup>5</sup> Cf. art. L 225-22, situation exceptionnelle en pratique dans les sociétés cotées (le code Afep Medef recommande la cessation du contrat de travail des dirigeants exécutifs).

<sup>6</sup> **Art. L225-45**

*L'assemblée générale peut allouer aux administrateurs en rémunération de leur activité, à titre de jetons de présence, une somme fixe annuelle que cette assemblée détermine sans être liée par des dispositions statutaires ou des décisions antérieures. Le montant de celle-ci est porté aux charges d'exploitation. Sa répartition entre les administrateurs est déterminée par le conseil d'administration.*

<sup>7</sup> **Art. R. 225-33**

*Le conseil d'administration répartit librement entre ses membres les sommes globales allouées aux administrateurs sous forme de jetons de présence ; il peut notamment allouer aux administrateurs, membres des comités prévus par le deuxième alinéa de l'article R. 225-29, une part supérieure à celle des autres administrateurs.*

*Le conseil d'administration peut autoriser le remboursement des frais de voyage et de déplacement et des dépenses engagées par les administrateurs dans l'intérêt de la société.*

<sup>8</sup> Bissara, Foy et de Vauplane, *Droit et pratique de la gouvernance des sociétés cotées : conseils et comités*, co-éd. ANSA Joly, 2007, p. 179.

**Le conseil est-il en droit d'attribuer à l'administrateur référent une "rémunération exceptionnelle" au sens de l'article L225-46, au lieu de majorer sa part de jetons de présence ?**

Les textes ne précisent pas ce qu'il faut entendre par "rémunération exceptionnelle" ni la nature des missions ou mandats visés.

Habituellement, les rémunérations exceptionnelles sont versées en contrepartie de missions ponctuelles (étude de marché, mission d'audit...). La jurisprudence, rare, considère que la mission doit être très définie et explicite. Une décision du TGI d'Alençon (22.07.1981, Kassai c/Cartor) a retenu que la volonté du législateur est de limiter strictement les missions de l'administrateur, les rémunérations exceptionnelles devant être effectivement l'exception et correspondre à un mandat explicite: une rémunération régulière mensuelle et forfaitaire au lieu d'une indemnisation ponctuelle correspondant à une mission bien définie a été jugée contraire à la loi (l'administrateur concerné, condamné à rembourser, recherchait des marchés pour la société, en tant que « conseiller commercial »).

Selon la doctrine, l'article L. 225-46 ne peut concerner que des missions n'entrant pas dans le cadre normal des fonctions d'administrateurs et ne revêtant pas de caractère permanent<sup>9</sup>. En général, le juge se fonde sur ces circonstances pour écarter le lien de subordination caractérisant un contrat de travail<sup>10</sup>, dans des contentieux où la nature salariée de l'activité et les charges en résultant sont en cause. C'est sous cet aspect que la jurisprudence traite des missions particulières. Cependant, le texte ne limite pas dans le temps la mission ou le mandat spécial ainsi rémunéré.

Il est clair, dans le cas de l'administrateur référent, qu'il ne peut s'agir de contrat de travail et donc de salaires, en l'absence de lien de subordination.

Les rémunérations exceptionnelles relevant de l'article L.225-46 sont soumises au régime d'autorisation des conventions réglementées (autorisation du conseil d'administration suivie de la ratification par l'AGO sur le rapport des CAC), ce qui implique un régime différencié qui se traduira par le versement d'honoraires, en sus de l'allocation des jetons de présence. La mission de l'administrateur référent est incontestablement exceptionnelle par rapport à l'activité normale d'un administrateur : elle implique des diligences particulières, tout en ayant un lien avec le mandat « ordinaire », dont elle constitue globalement une extension.

Selon *une première interprétation*, privilégiant l'idée de **prolongement du mandat ordinaire**, la rémunération de l'administrateur référent ès qualités devrait consister en une part majorée des jetons de présence, à l'instar de ce que prévoit l'art. R. 225-33 concernant les membres de comités. Il s'agit en effet du fonctionnement interne du conseil. Cette solution devrait conduire à augmenter l'enveloppe des jetons de présence, sauf à réduire la part allouée aux autres administrateurs.

Selon *une deuxième interprétation*, **le caractère exceptionnel** de la mission, en ce qu'elle excède l'activité « normale », c'est-à-dire définie par le code de commerce, peut justifier de faire prévaloir le régime de l'article L.225-46 avec une rémunération en honoraires, dès lors que la mission est précisément définie, et correspond à un mandat explicite. Le caractère plus stable de ce mandat particulier (par rapport à une mission ponctuelle) du fait qu'il est confié en général pour la durée du mandat d'administrateur pourrait selon l'analyse classique de la doctrine constituer un obstacle. Toutefois, comme rappelé ci-dessus, cette analyse ne repose sur aucun texte, l'article L 225-46 ne limitant nullement la durée de la mission ou du mandat rémunéré.

<sup>9</sup> Mémento F. Lefèbvre 2013, n° 41070 ; IFA, questions pratiques (site web).

<sup>10</sup> Cass. Soc. 31.10.2000, pourvoi 99-11808 ; Cass. Soc. 26.05.1987, pourvoi 85-12333 : à propos d'une mission d'étude ponctuelle.

Cette classification peut paraître artificielle dans le cas de l'administrateur référent, sa mission présentant en réalité une nature mixte (extension du mandat ordinaire, éventuellement nécessité d'actions extérieures...). Ce qui pourrait conduire à laisser une grande liberté au conseil.

Aussi, *selon une troisième interprétation*, la **rémunération de l'administrateur référent peut indifféremment relever de l'un ou l'autre régime**, dès lors que la mission est suffisamment définie. Ce serait au conseil d'administration de se prononcer. Naturellement, le régime fiscal de la rémunération serait différent selon qu'il s'agit d'honoraires ou de jetons de présence<sup>11</sup>.

**Réponse** –Pour le *Comité juridique*, même s'il paraît plus logique que l'administrateur dit référent soit rémunéré par une part plus importante de jetons de présence, puisque ses missions touchent au fonctionnement interne du conseil, rien n'interdit à celui-ci de décider que ces missions (non prévues par le code de commerce) méritent une rémunération exceptionnelle au sens de l'article L 225-46, qui doit être soumise au demeurant à la procédure des conventions réglementées.

Fiscalement, l'administration doit simplement prendre acte de cette décision de gestion.

---

<sup>11</sup> **Fiscalement**, dans tous les cas, la rémunération, quelle que soit sa qualification, doit correspondre à un travail effectif et ne pas être excessive au regard de la situation de la société. Les *jetons de présence* sont déductibles pour la société versante de l'assiette de l'IS mais dans la limite du plafond prévu par l'article 210 sexies du CGI. Pour le bénéficiaire, il s'agit de revenus de capitaux mobiliers sans abattement pour l'impôt sur le revenu, contrairement aux dividendes. L'administration fiscale distingue les jetons de présence ordinaires et les jetons de présence spéciaux versés aux membres des comités, mais le régime fiscal est le même. Elle n'a pas pris position sur les jetons attribués à raison d'autres missions, telles qu'administrateur référent ou président de comité, mais la qualification de jetons donnée par l'entreprise versante est déterminante.

La *rémunération exceptionnelle* de missions particulières exécutées par les administrateurs en dehors de tout lien de subordination et donc d'un contrat de travail constitue pour les administrateurs des honoraires relevant du régime des bénéfiques non commerciaux (BNC). Cette rémunération est déductible pour la société versante, sans condition de plafond.

Pour le bénéficiaire, jusqu'à 32 600 euros d'honoraires par an le régime du micro BNC s'applique (franchise de TVA, taxation à l'IR avec un abattement forfaitaire de 34 % pour le bénéficiaire). Lorsque les sommes dépassent 32 600 euros annuels, la TVA est due et doit être facturée sur le montant total ; pour l'impôt sur le revenu, le bénéficiaire relève du régime réel d'imposition avec obligation de tenir une comptabilité, et en pratique d'adhérer à une association de gestion agréée pour éviter une surimposition.

Enfin, **au plan social** (CSG, CRDS, prélèvement social et forfait social), le régime des honoraires paraît beaucoup plus favorable que celui des jetons de présence. Ceux-ci supportent, outre un prélèvement de 20 % au titre du forfait social, les prélèvements sociaux sur les revenus du capital au taux de 15,5 %. Ils ne sont pas soumis aux cotisations sociales.