



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MEMOIRES

**Master de Droit européen comparé
Dirigé par Louis Vogel
2011**

***La rémunération des dirigeants de société
anonyme en droits français et allemand***

Emmanuel Weller

Sous la direction de Peter Jung

UNIVERSITÉ PANTHEON-ASSAS - INSTITUT DE DROIT COMPARÉ

MASTER 2 RECHERCHE DE DROIT EUROPEEN COMPARE

2010 - 2011

**LA REMUNERATION DES DIRIGEANTS DE
SOCIETE ANONYME EN DROITS FRANÇAIS ET
ALLEMAND**

Mémoire rédigé sous la direction du

Professeur Peter JUNG

Emmanuel Weller

Freie Universität, Berlin, Allemagne

L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les mémoires, ces opinions doivent être considérées comme propre à leur auteur.

RESUME

La nature du lien juridique unissant le dirigeant à la société conditionne l'étude comparée des critères de fixation et des mécanismes de contrôle de la rémunération des dirigeants sociaux en droits français et allemand.

Le membre du directoire d'une *Aktiengesellschaft* est lié à celle-ci par deux relations juridiques : une relation organique et une relation contractuelle dans laquelle est déterminée la rémunération. En France, la jurisprudence se refuse à admettre l'existence d'un contrat de direction ; le lien entre président du conseil d'administration ou directeur général d'une part, et société anonyme d'autre part, est donc organique, quoiqu'une certaine ambiguïté puisse être observée à l'analyse des décisions de la Cour de cassation.

En Allemagne, l'encadrement de la rémunération des dirigeants passe avant tout par la limitation de la liberté contractuelle et l'existence de critères de rémunération exprès imposés au conseil de surveillance, organe compétent pour la conclusion du contrat. En revanche, le droit français ne limite que ponctuellement la marge d'appréciation discrétionnaire laissée au conseil d'administration dans la fixation unilatérale de la rémunération des dirigeants, l'encadrement des rémunérations par le législateur étant traditionnellement réalisé par le biais de mécanismes de contrôle direct ou indirect.

Malgré ces divergences de technique juridique, on observe une convergence indirecte entre les deux droits dans la mesure où les solutions développées par les législateurs ces dix dernières années répondent aux mêmes problèmes pratiques, à savoir la multiplication des scandales dus à une rémunération excessive dans un contexte de crise financière depuis 2008.

On constate également une certaine influence des modèles anglo-saxons dont les solutions ne sont pas toujours aisément transposables dans les systèmes de droit romano-germaniques. L'introduction d'un nouveau degré de contrainte juridique, la *soft law*, a néanmoins forcé la réflexion sur les liens entre efficacité et flexibilité en matière de rémunération, notamment au vu de la difficulté à légiférer sur un sujet aussi technique.

SOMMAIRE

INTRODUCTION :	6
Section préliminaire : Les différents liens juridiques entre le dirigeant et la société	9
I) Le mandat social des dirigeants	10
II) Le cumul des mandats sociaux.....	16
III) Mandat social et contrat de travail ou contrat de service	18
PARTIE I : LES CRITERES DE FIXATION	24
Section 1 : Les critères distincts : caractère habituel et situation de la société à long terme	25
I) Le caractère habituel ou usuel de la rémunération	25
II) La situation économique à long terme de la société	32
Section 2 : Le critère commun : la performance du dirigeant	41
I) La définition ouverte de la performance	41
II) Le champ d'application du critère	48
PARTIE II : LES MECANISMES DE CONTROLE	56
Section 1 : Le contrôle par les organes sociaux	56
I) Les mécanismes de droit « dur »	56
II) Le mécanisme de droit « mou » : le gouvernement d'entreprise.....	75
Section 2 : Le contrôle judiciaire	92
I) Le contrôle indirect	92
II) Le contrôle direct	113

LISTE DES ABREVIATIONS

En langue française

AMF, Autorité des marchés financiers
AFEP, Association française des entreprises privées
Bull. civ., Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation
Bull. Joly Sociétés, Bulletin Joly des Sociétés
C. civ., Code civil
C. com., Code de commerce
Cass. civ., Cour de cassation chambre civile
Cass. com., Cour de cassation chambre commerciale
Cass. crim., Cour de cassation chambre criminelle
Cass. soc., Cour de cassation chambre sociale
Comm. CE, Commission européenne
D., Recueil Dalloz
Dr. et patr., Revue Droit et Patrimoine
Gaz. Pal., Gazette du Palais
JCP, Juris-Classeur Périodique (la Semaine Juridique)
JCP E, JCP édition entreprise et affaires
LCME, Loi pour la confiance et la modernisation de l'économie, 2003
MEDEF, Mouvement des entreprises de France
NRE, Loi sur les nouvelles régulations économiques, 2001
Rev. Sociétés, Revue des Sociétés
RIDC, Revue internationale de droit comparé
RJDA, Revue de jurisprudence de droit des affaires
RTD com., Revue trimestrielle de droit commercial
SA, Société anonyme
TEPA, Loi en faveur du Travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, 2007

En langue allemande

AG, Aktiengesellschaft, société anonyme

AG, Die Aktiengesellschaft, La société anonyme (revue)

AktG, Aktiengesetz, Loi sur les sociétés par action

BaFin, Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Autorité fédérale de surveillance des transactions financières (équivalent AMF)

BGH, Bundesgerichtshof, Cour fédérale de justice (équivalent Cour de cassation)

BVerfG, Bundesverfassungsgericht, Tribunal constitutionnel fédéral (équivalent Conseil constitutionnel)

BVerfGE, Bundesverfassungsgerichtsentscheidung, Décision du tribunal constitutionnel fédéral

DB, Der Betrieb, L'entreprise (revue)

DCGK, Deutscher Corporate Governance Kodex, Code allemand de gouvernement d'entreprise

DZWIR, Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht, Revue allemande de droit de l'économie et des procédures collectives

GG, Grundgesetz, Loi fondamentale (équivalent Constitution)

HGB, Handelsgesetzbuch, Code de commerce

NStZ, Neue Zeitschrift für Strafrecht, Nouvelle revue de droit pénal

NZG, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Nouvelle revue de droit des sociétés

StGB, Strafgesetzbuch, Code pénal

StPO, Strafprozessordnung, Code de procédure pénale

UMAG, Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, Loi sur l'intégrité au sein des sociétés et la modernisation du droit au recours, 2005

VersR, Versicherungsrecht, Revue de droit des assurances

VorstAG, Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, Loi sur le caractère approprié de la rémunération des membres du directoire, 2009

ZHR, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht, Revue de l'ensemble du droit commercial et de l'économie

VorstOG, Gesetz über die Offenlegung der Vorstandsvergütungen, Loi sur la publication des rémunérations du directoire, 2005

ZIP, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Revue de droit de l'économie

ZPO, Zivilprozessordnung, Code de procédure civile

INTRODUCTION :

« Wohl dem, der ein « Dax-Boss » ist ! »¹ Bienheureux le patron du CAC 40 ! Si l'on apprécie le bonheur au regard de la rémunération, le proverbe est tout à fait pertinent. Sans plus chercher à savoir si l'argent fait le bonheur, on ne peut s'empêcher de remarquer le montant impressionnant des rémunérations des dirigeants des grandes sociétés anonymes cotées en France comme en Allemagne.

Le président du directoire de Volkswagen Martin Winterkorn a ainsi reçu 9,3 millions d'euros de rémunération fixe et variable à court et à long terme en 2010². Le dirigeant le mieux payé en France en 2010 était lui un gérant de société en commandite par actions, M. Michel Rollier, auquel Michelin verse 4,5 millions d'euros de rémunération annuelle³. Notons de prime abord que ces deux montants sont issus d'études ne prenant pas en compte les mêmes éléments ; l'étude des *Echos* exclut ainsi les bonus différés, c'est-à-dire les actions gratuites et stock-options de la rémunération. Ces rémunérations maximales sont en tout état de cause loin des records de salaires anglo-saxons ; ainsi le PDG de Viacom aurait gagné aux Etats-Unis 58 millions d'euros en 2010 si l'on en croit Dominique Seux des *Echos*⁴. On note que dans l'étude des *Echos* et dans l'étude du Professeur Schwalbach, publiée dans le *Manager Magazin*, les retraites et les indemnités de départ font l'objet d'un traitement à part alors qu'elles contribuent pour une large part aux sommes astronomiques versées aux dirigeants.

En moyenne, un dirigeant du CAC 40, président du conseil d'administration gagne 2,45 millions d'euros par an⁵ alors qu'un dirigeant du DAX 30 en reçoit 2,7 millions⁶. Là encore, outre les difficultés de comparaison relatives aux éléments de rémunération, l'identification du dirigeant est essentielle. Il s'agit en France d'une moyenne relative aux présidents de conseil d'administration (ou organes assimilés) et en Allemagne d'une moyenne relative aux membres du directoire (présidents et simples membres). Il est également difficile de comparer les écarts de rémunération entre salariés et dirigeants. En France on se réfère souvent au SMIC et la rémunération moyenne d'un dirigeant du

¹ KLING M., « Die Angemessenheit der Vorstandsvergütung gemäss §87 AktG. n. F. », *DZWIR*, 2010, 221-232

² SCHWALBACH J., *Vergütungsstudie 2011*, <http://lehre.wiwi.hu-berlin.de/Professuren/bwl/management>

³ ROSEMAIN M., « Salaires des patrons du CAC 40 : le palmarès 2011 », *Les échos*, 26 avril 2011, <http://www.lesechos.fr/investisseurs/actualites-boursieres/0201324063985-salaires-des-patrons-du-cac-40-le-palmares-2011-141078.php>

⁴ SEUX D., « Le CAC 40, moins que Benzema », Blog Dominique Seux, 26 avril 2011, <http://blogs.lesechos.fr/dominique-seux/le-salaire-d-un-patron-du-cac40-represente-150-fois-le-smic-a5601.html>

⁵ ROSEMAIN M., *op. préc.*

⁶ SCHWALBACH J., *op. préc.*

CAC 40 représenterait 150 fois son montant⁷ ; en comparaison, l'étude du Professeur Schwalbach fait ressortir que la rémunération moyenne d'un membre du directoire équivaut en Allemagne à 49 fois le salaire moyen dans l'entreprise concernée. Ces écarts sont dans les deux cas impressionnants et sont à l'origine des vives réactions de l'opinion publique. Entre 2009 et 2010, les rémunérations des dirigeants sociaux ont de nouveau augmenté pour se rapprocher des niveaux d'avant la crise, qui atteignaient déjà des records⁸. En Allemagne, on note cependant une diminution des rémunérations variables à court terme, compensée par l'augmentation de la rémunération fixe de base et des rémunérations à moyen ou long terme. Un effet de la *VorstAG* de 2009⁹?

Les statistiques les plus souvent publiées concernent avant tout les dirigeants de société anonyme cotée. C'est en effet dans ce type de société que l'information sur la rémunération des dirigeants est la plus accessible en raison de la transparence accrue par réaction aux différents scandales ayant éclaté ces dernières années : affaires Messier, Proglio, Zacharias en France et Mannesmann en Allemagne. Ces affaires, traitées sous la même rubrique dans la presse généraliste, abordent en réalité des points de droit extrêmement variés en raison soit de la nature de la rémunération en jeu -rémunération fixe, bonus, stock-options, indemnité de départ, retraites-, soit de la matière juridique qu'elles concernent -droit des sociétés, droit pénal, droit des marchés financiers. Une délimitation juridique précise de notre champ d'étude est donc nécessaire.

On a choisi d'étudier les rémunérations des dirigeants dans les sociétés anonymes en raison du caractère historique et répandu la société anonyme comme cadre légal des grandes entreprises françaises, quoique des montants importants de rémunération puissent également être obtenus grâce à d'autres formes de société, comme la SCA ou la SAS. La société anonyme française est régie par les articles L. 225-1 et s. du Code de commerce. La forme de société dont elle se rapproche le plus en Allemagne est la *Aktiengesellschaft (AG)* telle que définie et réglementée dans la loi sur les actions, *Aktiengesetz (AktG)*.

Les règles applicables aux sociétés cotées représentant dans les deux pays des exigences supplémentaires par rapport à la législation sur les sociétés non cotées, nous présenterons les règles de rémunération dans toutes les sociétés anonymes et les règles particulières aux sociétés cotées.

La société cotée est en France un type particulier de société faisant offre au public de titres financiers au sens de l'art. L. 411-1 CMF ; on peut la définir comme la société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé. En Allemagne la *börsennotierte AG* se définit dans

⁷ SEUX D., *op. préc.*

⁸ Weltonline, «Managergehälter so hoch wie vor der Krise», 20.05.11, <http://www.welt.de/wirtschaft/article13384487/Managergehaelter-so-hoch-wie-vor-der-Krise.html>

⁹ *Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung*, 31.07.09, BGBl. I S. 2509, loi sur le caractère approprié de la rémunération du directoire

le § 3 Abs. 2 AktG comme une société dont les actions sont admises sur un marché réglementé et surveillé par des institutions étatiques, qui a lieu régulièrement et est accessible directement ou indirectement au public. C'est dans les deux pays, l'importance des intérêts publics en jeu, notamment ceux des actionnaires, qui justifie l'existence d'exigences particulières en matière de rémunération.

Le mode d'organisation de la direction de la société par actions est en Allemagne le système dualiste, avec directoire et conseil de surveillance. Une possibilité de modèle moniste, avec un unique conseil d'administration, existe néanmoins pour les Sociétés Européennes depuis la loi du 8 octobre 2001. En droit français, les fondateurs d'une SA ont le choix entre les deux modèles depuis la loi du 24 juillet 1966. Dans la pratique, le modèle moniste, qui est le modèle historique, n'en reste pas moins largement majoritaire¹⁰. On étudiera donc à titre principal la SA française dans son modèle moniste et la AG allemande dans son modèle dualiste. Les autres particularités de ces deux formes de société par actions ne seront mentionnées que dans la mesure où elles influent sur le mode de rémunération des dirigeants.

La notion de dirigeant social mérite également des éclaircissements. En France, la loi ne donne pas de définition du dirigeant social, bien que le terme soit employé dans le Code de commerce, notamment à l'art. L. 225-38 sur la procédure des conventions réglementées. L'alinéa 3 mentionne « de façon générale » le dirigeant d'entreprise, renvoyant ainsi à toute forme de société. En Allemagne, la difficulté à identifier le dirigeant est d'autant plus grande qu'il nous faut d'abord traduire le concept; le terme de *Geschäftsleiter* nous paraît contenir la généralité nécessaire à la notion française de dirigeant d'entreprise. Le problème n'en est pas pourtant résolu car la notion est totalement absente de l'AktG. On est contraint de se rabattre sur une lapalissade pour identifier les dirigeants au sein des sociétés anonymes en France et en Allemagne : les dirigeants sont ceux qui exercent une fonction de direction.

Cette définition nous permet d'écarter de notre étude les membres du conseil de surveillance. En effet, l'art. L. 225-68 alinéa 1 C. com. définit la fonction principale du conseil de surveillance : « le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire ». Les attributions conférées au conseil de surveillance par l'alinéa 2, à propos de l'autorisation de certains actes de gestion, ne suffisent pas à en faire un organe de direction. L'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 12 juillet 2005¹¹ conforte l'idée que les membres du conseil de surveillance

¹⁰ MAGNIER V., *Cours de droit spécial des sociétés*, Faculté Jean Monnet (Université Paris-Sud XI), 2^{ème} semestre M1 Droit des affaires, 2010

¹¹ Cass. com., 12 juil. 2005, n° 03-14045, D., 2005, p. 2071, obs. LIENHARD A.

n'ont pas la qualité de dirigeant de droit en cassant un arrêt qui n'avait pas caractérisé l'activité de « direction positive » des membres du conseil de surveillance, propre à les rendre dirigeants de fait.

En Allemagne, le *Aufsichtsrat* a également pour mission de surveiller la direction de la société selon le § 111 *Abs.1 AktG* ainsi que des attributions d'autorisation d'actes du *Vorstand* (directoire), § 111 *Abs.4 S. 2*. Ces dernières attributions sont néanmoins limitées et le *Aufsichtsrat* n'est pas non plus considéré comme un organe de direction en Allemagne¹². Sa rémunération est fixée par l'assemblée générale ou dans les statuts (§ 113 *AktG*). En France, elle est fixée par l'assemblée générale, qui ne sera elle pas liée par des stipulations particulières des statuts (art. L. 225-83 C. com.). Dans les deux pays, ces rémunérations n'ont donc pas suscité de questionnement particulier, quoiqu'elles puissent atteindre des montants très élevés¹³, et on les exclura donc du champ de la présente étude.

Il est possible en France qu'une personne morale soit dirigeante ; par exemple, l'art. L. 225-20 C. com. le permet pour un administrateur. C'est en revanche strictement interdit pour le président du conseil d'administration (art. L. 225-47 C. com.) et le directeur général (art. L. 225-51-1 C. com.). Par souci de simplicité et de cohérence dans la comparaison avec le droit allemand pour qui le membre du directoire est forcément une personne physique (§ 76 *Abs. 1 S. 1 AktG*), on s'en tiendra ici aux dirigeants personnes physiques.

Ces définitions négatives effectuées, il nous reste encore à préciser quels sont les dirigeants dont on étudiera la rémunération. Pour éviter une énumération laborieuse, on les présentera tout au long d'une section préliminaire consacrée aux différents liens juridiques entre les dirigeants et la société. L'objectif de cette section est de déterminer les différentes bases juridiques de la rémunération des dirigeants, ce qui nous permettra non seulement de déterminer la(-es) nature(s) des rémunérations étudiées mais aussi celle des fonctions rémunérées. Il nous paraît en effet essentiel dans un mémoire consacré à la rémunération de s'interroger sur la contrepartie fournie par le dirigeant ainsi que sur sa source juridique: la rémunération certes, mais de quoi et pourquoi ? On adoptera pour ce faire une démarche comparatiste.

Section préliminaire : Les différents liens juridiques entre le dirigeant et la société

Intuitivement, la rémunération apparaît comme la contrepartie des fonctions de direction. Deux liens juridiques peuvent être invoqués comme base à ces fonctions : les mandats sociaux (I), dont le

¹² RAISER T. , VEIL R., *Recht der Kapitalgesellschaften*, 5. Aufl., Franz Vahlen, München, 2010, §15 Rn.8

¹³ TEICHMANN C., «Le dirigeant d'Aktiengesellschaft en Allemagne», in CHAPUT Y. et LEVI A. (dir.), *La direction des sociétés anonymes en Europe. Vers des pratiques harmonisées de gouvernance ?*, Litec, 2008, pp. 39-49

cumul est étroitement encadré (II), et le contrat de travail sous certaines conditions en France, ou le contrat de service en Allemagne (III).

I) Le mandat social des dirigeants

On utilisera le terme de mandat social car le terme de *Mandat* est parfois utilisé en droit allemand à propos des dirigeants sociaux notamment pour les questions de cumul (*Mehrfachmandaten*).

La notion de mandataire social est plus large que celle de dirigeant. Même si elle n'est pas non plus définie par la loi française, il apparaît en effet qu'elle inclut également les membres du conseil de surveillance par exemple à l'art. L 225-197-1 II al. 3 C. com. sur l'attribution gratuite d'actions ou à l'art. L. 225-102-1 sur l'obligation de mentionner dans le rapport de gestion les rémunérations versées à chaque mandataire social. En effet, la notion de mandat social fait référence à la représentation de la société (A) avant d'englober la gestion et la direction générale de la société (B) plutôt par extension.

A) La représentation

1) En France

La représentation n'est traitée qu'indirectement en France par la loi, à propos du mandat dans le Code civil. La source de la représentation de la société, personne morale, par des dirigeants sociaux, personnes physiques, semble bien être le mandat, ce que conforte l'emploi régulier du terme de mandataires sociaux pour les désigner.

Le mandat renvoie au droit des contrats spéciaux, plus précisément au titre XIII du troisième livre du Code civil. Le qualificatif « social » marque sa distinction du mandat de droit commun pour le rattacher au droit des sociétés. Une fois les deux mots accolés, le mandat social ne trouve pas de définition législative ou jurisprudentielle précise, bien que législateur, jurisprudence et doctrine soient coutumiers du terme. On perçoit dès lors l'ambiguïté, récurrente en droit des sociétés : le mandat social est-il un contrat ou une institution ? ou bien un peu des deux ? Il existe une théorie institutionnelle et une théorie contractuelle du mandat social que l'on présentera brièvement à l'aide d'Arnaud Reygrobelle et Alain Couret¹⁴.

¹⁴ REYGRABELLET A. et COURET A., « Le dirigeant de société anonyme en France », in CHAPUT Y. et LEVI A. (dir.), *op. préc.*

La théorie institutionnelle s'appuie sur l'art. L. 225-56 I. al. 2 C. com. « [Le directeur général ou le président du conseil d'administration¹⁵] représente la société dans ses rapports avec les tiers. » Puisque c'est la loi qui définit ce pouvoir, la représentation dans le cadre du mandat social est de source législative et non contractuelle.

La théorie contractuelle met en lumière d'autres arguments. Tout d'abord, dans les faits, il existe une véritable négociation entre la société et le dirigeant qu'elle s'apprête à désigner, notamment sur la rémunération. Ensuite, la jurisprudence semble pencher pour la théorie contractuelle, ce qu'indique l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 4 octobre 1976¹⁶, qui juge l'art. 1382 C.civ. non applicable à l'action de la société contre deux anciens dirigeants de fait bénéficiant d'une procuration émise par les dirigeants de fait. On pourrait en déduire *a contrario* que l'action contractuelle est applicable. En outre, les dirigeants sont tenus d'une obligation de loyauté envers la société¹⁷.

Si l'on admet la nature contractuelle du mandat social, est-il pour autant un mandat au sens civil ? L'art. 1984 C. civ. définit le mandat comme « un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». Comme on l'a vu, le directeur général ou le président du conseil d'administration peuvent agir au nom de la société mais ce n'est pas le cas de tous les mandataires sociaux. La théorie contractuelle est mise à mal par cet argument.

« Aussi une large partie de la doctrine a préféré considérer qu'il y avait là une forme originale de représentation de la personne morale par des organes institués par la loi »¹⁸. Un arrêt de 2005¹⁹ confirme cependant le rapprochement entre le mandat social et le mandat civil : la démission du dirigeant de société est, selon cet arrêt, un acte juridique unilatéral ne nécessitant aucune acceptation par la société. La solution paraît contraire à l'art. 1134 alinéa 2 C. civ. (révocation des conventions par consentement mutuel) mais en conformité avec l'art. 2007 C. civ. (renonciation du mandataire au mandat par simple notification). Enfin, le mandat est gratuit sauf convention contraire selon l'art. 1986 C.civ. mais ce principe a été inversé depuis longtemps. Pour la jurisprudence²⁰, si le mandataire exerce à titre professionnel, le mandat est présumé avoir été conclu à titre onéreux. La rémunération du mandat social suit exactement la même logique : si celle-ci est facultative en principe (l'assemblée générale « peut »..., le conseil d'administration « peut »...), une rémunération est systématiquement définie dans la pratique.

¹⁵ art. L. 225-51-1 al. 3 C. com.

¹⁶ Cass.com. 4 oct. 1976, Bull. civ. IV, n° 245 p. 210

¹⁷ Cass. com. 24 fév. 1998, Bull. Joly, 1998, p. 813 note PETIT B.

¹⁸ REYGROBELLET A. et COURET A., *op. préc.*, in CHAPUT Y. et LEVI A. (dir.), *op. préc.*

¹⁹ Cass. com., 22 fév. 2005, n°03-12902, Bull. civ. IV n°38 p. 43, D, 2005, AJ p. 716, obs. LIENHARD A.

²⁰ Cass. com. 10 fév. 1981, Bull. civ. I, n° 50

Pour conclure, si la jurisprudence et les faits vont dans le sens de la théorie contractuelle, la loi en a une vision institutionnelle. Par conséquent, en matière de rémunération, il faudra distinguer selon que la rémunération en question est versée en application de la loi ou qu'elle relève d'une convention entre la société et son dirigeant. Outre la pertinence théorique de la qualification juridique du mandat social, celle-ci présente une réelle pertinence pratique. Si on considère que dirigeant et société sont liés par un contrat, on admettra plus de flexibilité dans la fixation de la rémunération au vu du principe de la liberté contractuelle. Et s'il y a contrat, sa modification unilatérale devrait être impossible. Au contraire, une vision institutionnelle du mandat social permet la fixation unilatérale de la rémunération par un organe ainsi que sa modification postérieure de manière tout aussi unilatérale²¹.

Le pouvoir de représentation comporte le pouvoir d'engager la société par des actes juridiques conclus avec des tiers, ce qui le rend nécessaire à l'exercice des fonctions de direction générale et de gestion de la société. Ce pouvoir n'est pas limité par l'objet social sauf le cas de la fraude (cf. art. L. 225-35 al. 2 C. com. pour le conseil d'administration et L. 225-56 al. 2 C. com. pour le directeur général notamment).

2) En Allemagne

La représentation est traitée en Allemagne dans la partie générale du *BGB* comme une institution juridique à part entière : tout d'abord au §26 *BGB* en matière de *Verein*, qui est, rappelons-le la structure juridique de base des corporations²², puis dans les §§ 164 et s. *BGB* de manière plus générale. Il n'existe pas de débat doctrinal sur la nature de la source de la représentation de la société par le dirigeant puisque celle-ci est directement traitée dans la loi. On continuera de s'interroger sur la nature du lien juridique entre le dirigeant et la société mais ce n'est pas la représentation qui fournira un élément de réponse.

Selon le §78 *Abs.1 AktG*, le directoire représente la société en justice et envers les tiers. La disposition est très similaire à l'art. L. 225-56 C. com. Cette représentation est collective lorsque les statuts n'y dérogent pas (§78 *Abs. 2*). Le pouvoir de représentation du *Vorstand* ne peut être limité envers les tiers (§82 *Abs. 1*). Ce concept d'un pouvoir de représentation standardisé et illimité s'est répandu grâce à la 1^{ère} dir. CE du 9 mars 1968 et a influencé notamment la France²³.

²¹ LE CANNU P., *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2010, n° 780

²² RAISER T., VEIL R., *op. préc.*, § 8 Rn. 2

²³ JUNG P., « Vers une convergence des droits allemands et français des sociétés ? », *RIDC*, 4-2008, p.861

Le pouvoir de représentation est la condition nécessaire à l'exercice de la gestion et de la direction générale de la société.

B) La gestion et la direction générale de la société

1) En France

Ces pouvoirs sont tout d'abord confiés au conseil d'administration par l'art. L. 225-35 C. com. : « Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre [...] » Il s'agit donc du pouvoir général d'administration, c'est-à-dire celui de fixer des axes stratégiques, de se tenir informé de la gestion quotidienne pour pouvoir intervenir si besoin, d'arbitrer les mécontentes entre dirigeants. Pour le professeur Véronique Magnier, le conseil d'administration dispose en réalité plutôt d'un pouvoir de contrôle du président du conseil d'administration et/ou du directeur général.

Le pouvoir général d'administration est collégial ce qui explique pourquoi le conseil d'administration est rémunéré par jetons de présence de manière globale. En effet, l'art. L. 225-45 C. com. prévoit la possibilité pour l'assemblée générale de verser aux administrateurs des jetons de présence, constitués d'une somme fixe annuelle dont le conseil d'administration déterminera lui-même la répartition. Il s'agissait initialement d'indemniser les administrateurs pour le temps passé aux réunions du conseil d'administration ; cette fonction indemnificatrice a désormais quasiment disparu puisque les jetons de présence ne sont pas proportionnels à l'assiduité aux réunions du conseil. Les jetons de présence ont désormais purement la fonction de rémunération d'un service²⁴.

A la tête du conseil d'administration se trouve le président, qui a pour mission première d'organiser et de diriger ses travaux pour en rendre compte à la société (art. L. 225-51 C. com.). La direction générale de la société est assumée soit par ce dernier soit par le directeur général, personne physique nommée par le conseil d'administration (art. L. 225-51-1 C. com.). La possibilité de dissocier les fonctions de direction générale et de présidence du conseil d'administration est ouverte depuis la loi NRE de 2001²⁵ et ne se retrouve pas en droit allemand.

En présence d'un directeur général, la fonction du président du conseil d'administration est relativement limitée : il a surtout un rôle d'organisateur. Il n'en reste pas moins destinataire d'obligations légales importantes ; par exemple en matière de conventions réglementées, il a

²⁴ Rédaction des éditions Francis Lefebvre, *Mémento pratique Sociétés commerciales*, Francis Lefebvre, 2009, n° 8282

²⁵ Loi n°2001-420 du 15 mai 2001

l'initiative de saisir le conseil d'administration s'il est impliqué dans une convention avec la société (art. L. 225-40 C.com.). L'art. L. 225-37 C. com. prévoit par ailleurs que son rapport soit annexé au rapport annuel de gestion.

Le directeur général a quant à lui les « pouvoir les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société » (art. L. 225-56 al. 1 C. com.). En cas de dissociation, c'est donc lui qui exerce la gestion quotidienne de la société. On prend la peine de mentionner ces attributions car elles sont souvent avancées pour justifier l'opportunité d'un montant très élevé de rémunération.

Il en va de même des conditions de révocation, à l'origine d'une relative instabilité des fonctions de dirigeant. A la différence du président du conseil d'administration qui est révocable *ad nutum* (art. L. 225-47 al. 3 C. com.), le directeur général doit être pour sa part révoqué pour juste motif, sous peine de dommages-intérêts (art L. 225-55 C. com.). Si le président du conseil d'administration exerce les fonctions de direction générale, il est quand même révocable *ad nutum* (art. L. 225- 55 C. com.). La jurisprudence a néanmoins posé des tempéraments à la révocabilité *ad nutum* du président du conseil d'administration : sa révocation ne doit pas intervenir dans des conditions brusques et vexatoires²⁶ et le principe du contradictoire doit être respecté²⁷. Ainsi, les conditions de révocation du président et du directeur général ne paraissent pas justifier une rémunération plus élevée puisqu'ils sont déjà protégés par la jurisprudence.

Sous quelles conditions le dirigeant allemand exerce-t-il la gestion et la direction générale de la société ? A quels dirigeants ces attributions sont-elles confiées ?

2) En Allemagne

Le §76 Abs.1 AktG confère au *Vorstand* l'obligation de diriger l'entreprise. Le verbe « *leiten* » signifiant en allemand plus que la simple représentation et la gestion de l'entreprise (*Geschäftsführung*). Le *Vorstand* fixe les directives et a l'initiative commerciale ; il a une véritable fonction d'entrepreneur²⁸.

La direction de l'entreprise est exercée collégalement par le *Vorstand* selon le § 77 Abs. 1 AktG mais il est possible d'y déroger dans les statuts ou le règlement intérieur, du moment qu'aucun membre du directoire n'est mis en mesure d'imposer ses décisions à la majorité. « Etant donné le

²⁶ Cass. com., 1 fév. 1994, *Rev. soc.*, 1995, 281

²⁷ Cass. com., 26 avr. 1994, *Rev. soc.*, 1994, 725, note COHEN D.

²⁸ RAISER T. , VEIL R., *op. préc.*, §14 Rn. 1

principe de la gestion commune, le président du directoire (*Vorstandsvorsitzender*) a un rôle assez modeste comparé à celui du président directeur général en droit français »²⁹. La désignation d'un président n'est d'ailleurs dans la loi qu'une simple possibilité (§ 84 Abs. 2 AktG).

Le § 84 Abs. 3 S. 1 et 2 prévoit la révocation des membres du *Vorstand*, dont son président, par le conseil de surveillance pour « raison importante ». Une telle raison peut être constituée par une violation de ses obligations, l'incapacité à gérer l'entreprise de manière réglementaire, ou la perte de confiance de l'assemblée générale.

C) Comparaison du mandat français et de la *Bestellung* allemande

Le lien juridique à la base des fonctions du dirigeant est en France le mandat social dont la qualification juridique s'avère délicate comme on l'a vu à propos de la représentation. En droit allemand, il n'y a pas de mandat à proprement parler. L'*Aktiengesetz* mentionne au § 84 la *Bestellung*, c'est à dire la nomination, et sa révocation; la nomination et la révocation ne définissent que des « actes de droit des corporations »³⁰, c'est-à-dire une relation institutionnelle et organique, du dirigeant avec la société. Les droits et devoirs du dirigeant seront définis dans le *Anstellungsvertrag* que l'on étudiera bientôt. L'ambiguïté de la relation entre le dirigeant et la société est donc résolue en droit allemand par le dédoublement explicite du lien juridique.

Le contenu de base du mandat social est identique à celui de la *Bestellung* (relation organique). Président du conseil d'administration et/ou directeur général et éventuellement directeurs généraux délégués, de même que les membres du *Vorstand* exercent la gestion et la direction générale de la société et représentent la société dans ses rapports avec les tiers. La différence dans la manière d'exercer ces attributions réside dans la plus forte personnalisation du pouvoir qui existe en France. En effet, les administrateurs peuvent n'être perçus que comme un organe de contrôle ou de soutien au président et au directeur général.

Les dirigeants français seront donc dans notre étude le président du conseil d'administration et le directeur général. On n'omettra pas le fait que le président du conseil d'administration bénéficie également du statut d'administrateur. En Allemagne, la collégialité étant plus forte, on étudiera les membres du directoire dans leur ensemble.

²⁹ TEICHMANN C., *op. préc.*, in CHAPUT Y. et LEVI A. (dir.), *op. préc.*, p.27

³⁰ RAISER T., VEIL R., *op. préc.*, §14 Rn. 44

Quant aux conditions de révocation, le président du conseil d'administration est le seul dirigeant franco-allemand révocable *ad nutum*, le directeur général et les membres du *Vorstand* étant révocables respectivement pour juste motif ou raison importante, deux notions au demeurant assez similaires. Si la jurisprudence de la Cour de cassation et du *BGH* prévoient que d'éventuelles indemnités en cas de révocation ne doivent pas exclure de fait la possibilité de révocation ou d'une non-reconduction³¹, elles restent admises en principe ce qui nous conduit à avancer que ce ne sont pas les conditions de révocation des dirigeants qui justifient une rémunération élevée, surtout qu'en France le président du conseil d'administration est protégé par la jurisprudence précitée sur le respect du contradictoire et les dommages-intérêts en cas de conditions brusques et vexatoires de révocation.

En résumé, on a ici brièvement défini les relations organiques des dirigeants et de la société dans les deux pays et les fonctions principales qu'ils exercent en contrepartie de leur rémunération habituelle, bien que celle-ci soit en théorie facultative. Ces fonctions peuvent-elles être cumulées dans plusieurs sociétés ? Dans le cas d'Henri Proglio c'était le cumul des deux rémunérations issues de deux mandats distincts chez EDF et Veolia qui avait scandalisé l'opinion.

II) Le cumul des mandats sociaux

Le cumul des mandats sociaux nous intéresse ici dans la mesure où il permet un cumul de rémunération. En droit allemand, la rémunération n'est pas définie avec la *Bestellung* (nomination) mais dans le *Anstellungsvertrag* (contrat de service). Le mandat dont il est ici question pour le droit allemand regroupe donc les deux liens juridiques, sachant que ceux-ci sont étroitement liés comme on le verra au paragraphe suivant.

A) En France

L'art. L. 225-21 C. com. limite le cumul à cinq mandats d'administrateur en même temps, à l'exception des mandats dans les groupes de sociétés au sens de l'art. L. 233-16 C.com. En cas d'infraction à ces règles, l'administrateur a trois mois pour démissionner. Au-delà de trois mois il devra restituer les rémunérations indûment perçues.

³¹ Cass. com., 26 mai 2004, *JCP E*, 2004, 1344, note VIANDIER A.
MERTENS H.-J., CAHN A., *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 3. Aufl., Carl Heymann, 2010, §87 Rn. 83
SEIBT C. H. in SCHMIDT K., LUTTER M., *Aktiengesetz*, 2. Aufl., Otto Schmidt, Köln, 2010, § 87 Rn. 14

L'art. L. 225-94-1 C. com. limite lui les cumuls « croisés » : il est interdit d'exercer plus de cinq mandats de directeur général, de membre du directoire, de directeur général unique, d'administrateur, ou de membre du conseil de surveillance. La sanction est identique à celle de la règle précédente.

De manière plus stricte, l'art. L. 225-54-1 C. com. prévoit qu'on ne peut exercer qu'un seul mandat de directeur général de société anonyme. Une exception est prévue dans les groupes de société à la condition que le deuxième mandat soit exercé dans une société non cotée.

En plus de la faible sanction de restitution des rémunérations indûment perçues, on note dès à présent que la responsabilité des dirigeants selon l'art. L. 225-251 C. com pourra être engagée pour violation de la loi. Enfin, la liste des mandats exercés figure dans le rapport de gestion (art. L. 225-102-1 al. 3) dans un souci récurrent de transparence.

B) En Allemagne

Aucune règle de l'*Aktiengesetz*, même le §76 Abs. 1 *AktG* sur les incompatibilités, ni de règle sur les groupes de société n'interdit le cumul des mandats de membre du directoire³². Mais le § 88 Abs. 1 S. 2 *AktG* sur l'interdiction de concurrence exige l'accord préalable du conseil de surveillance de la société pour que le membre du directoire puisse devenir membre du directoire d'une autre société, et ce, que les deux sociétés appartiennent au même groupe ou non. Si cette règle n'est pas respectée, la société, par la voix du conseil de surveillance (§ 112 *AktG*), pourra demander des dommages-intérêts en vertu du § 88 Abs. 2 S. 1 *AktG*. En cas de cumul de mandats, on se trouvera plutôt en présence d'un problème de conflit d'intérêt que d'un problème de rémunération. Il faudra donc le régler au cas par cas, le cumul n'allant pas par principe à l'encontre de l'obligation de loyauté du dirigeant³³ ; c'est seulement si le dirigeant agit dans l'intérêt d'une société tierce qu'il va violer son obligation de loyauté ce qui peut entraîner sa responsabilité selon le § 93 *AktG*. Il en va de même si le membre du *Vorstand* occupe également une fonction dans le conseil de surveillance d'une autre société³⁴.

Les mandats au conseil de surveillance sont eux plus encadrés par la loi qui prévoit une limitation de principe à dix mandats (§100 Abs. 2 Rn. 1 *AktG*) et une obligation d'information au bénéfice des actionnaires (§125 Abs. 1 S. 5 *AktG*). Cependant, il est quand même recommandé au

³² HOPT K. J., WIEDEMANN, *Aktiengesetz*, De Gruyter Recht, Berlin, 2008, §76 Rn. 178

³³ RAISER T., VEIL R., *op. préc.*, §14 Rn. 95

³⁴ *Ibid.*, §14 Rn. 95

Ziff. 4. 3. 5 DCGK³⁵ que des emplois annexes, en particulier les mandats au conseil de surveillance d'autres entreprises, soient approuvés par le conseil de surveillance.

Par ailleurs il est possible de se demander si une interdiction statutaire de cumuler plusieurs mandats dans différentes sociétés pourrait être valable. La liberté de choix du conseil de surveillance ne pouvant être limitée par les statuts³⁶, il est probable que non.

C) Comparaison

Face au même risque de conflit d'intérêt dans l'hypothèse d'un cumul de mandat, les réponses des droits français et allemands se situent à deux niveaux. Les règles de limitation du nombre de mandats ou la règle allemande d'autorisation du conseil de surveillance sont préventives tandis que les règles de responsabilité générale en cas de conflit d'intérêt sont purement curatives.

Au niveau de la technique législative, on observe que le législateur allemand a préféré s'en tenir à des règles générales alors que le législateur français a énuméré de manière détaillée des règles particulières. Dans les deux cas, la possibilité du cumul de mandat donc de rémunération n'est pas exclue. C'est pourtant le cumul des rémunérations qui peut conduire à des montants exorbitants. Dans la mesure où on retrouve les mêmes dirigeants à la tête des plus grandes entreprises françaises, il y aurait peut-être ici des pistes pour mieux contrôler la rémunération des dirigeants en même temps que les conflits d'intérêts. Seul le directeur général français est empêché par principe de cumuler plus de deux mandats.

III) Mandat social et contrat de travail ou contrat de service

Au delà du cumul de mandats, les dirigeants français peuvent cumuler avec un contrat de travail sous des conditions restrictives(B). Le cumul de la nomination et d'un contrat de service est lui systématique en droit allemand et ne donne pas lieu à un cumul de rémunération (A).

A) Le dédoublement du lien juridique en Allemagne

1) La notion de *Anstellungsvertrag*

Si la *Bestellung* concerne les liens organiques du dirigeant avec la société, le *Anstellungsvertrag* détermine les droits et obligations respectives du membre du directoire et de la

³⁵ *Deutscher Corporate Governance Kodex*, Code allemand de gouvernement d'entreprise

³⁶ RAISER T. , VEIL R., *op. préc.*, §14 Rn. 32

société (§ 84 Abs. 1 S. 5, Abs. 3 S. 5 AktG). Ce dédoublement n'en reste pas moins assez artificiel même pour la doctrine allemande³⁷. Son utilité est de permettre le recours aux règles des §§ 611 et s. et 675 BGB sur le *Dienst-* et le *Geschäftsbesorgungsvertrag* (contrat de service et contrat de gestion d'affaires). Le *Anstellungsvertrag* est un type particulier de ces deux contrats et les dispositions de l'*Aktiengesetz* s'appliquent comme *lex specialis*. Ce contrat peut être exceptionnellement conclu à titre gratuit et il s'agit dans ce cas d'un *Auftrag* au sens des §§ 662 et s. BGB (mandat conclu à titre gratuit)³⁸. Selon le §612 BGB relatif au contrat de service, on ne présume pas son caractère gratuit : dans le cas de la relation entre un dirigeant et sa société, le contrat sera quasi systématiquement présumé conclu à titre onéreux. Le *Anstellungsvertrag* n'est pas non plus un contrat de travail et ne comporte pas de lien de subordination à la société mais une obligation de loyauté. La plupart des dispositions du droit du travail ne sont pas applicables et les dirigeants n'ont donc pas le statut de salarié³⁹. Au contraire, le dirigeant exercerait plutôt les fonctions d'employeur⁴⁰. Il est toutefois fait application par analogie des dispositions du droit du travail au bénéfice des membres du directoire quand leur objectif de protection est également pertinent. Ainsi en va-t-il des §§ 622 et 630 BGB qui prévoient des délais de résiliation du contrat de travail et l'obligation de délivrer une attestation du contrat et de sa durée⁴¹.

2) La conclusion du *Anstellungsvertrag*

Le conseil de surveillance est compétent pour conclure le contrat et décider de sa résiliation (§ 84 Abs. 1 S. 5 et S. 1). Cette compétence est exclusive donc on ne peut y déroger statutairement. C'est dans ce contrat qu'est déterminée la rémunération du membre du directoire. Depuis la *VorstAG*⁴² de 2009, dernière modification en date du système de rémunération des dirigeants allemands, la compétence de fixation et de diminution de la rémunération du *Vorstand* ne peut plus être déléguée à une commission et doit par conséquent être exercée par le conseil de surveillance dans son ensemble (§107 Abs. 3 AktG)⁴³. En raison de l'exclusivité de la compétence du conseil de surveillance, une stipulation statutaire relative à la rémunération ne le liera pas juridiquement mais

³⁷ RAISER T., VEIL R., *op. préc.*, §14 Rn. 45

³⁸ HOPT K. J., WIEDEMANN, *op. préc.*, § 84 Rn. 272

³⁹ *Ibid.*, § 84 Rn. 274

⁴⁰ *Ibid.*, § 84 Rn. 275

⁴¹ RAISER T., VEIL R., *op. préc.*, §14 Rn.47

⁴² *Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung*, Loi sur le caractère approprié de la rémunération du directoire, *préc.*

⁴³ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, §87 Rn. 1

rien ne lui interdit de la prendre en compte comme directive dans la fixation selon l'avis des professeurs Mertens et Cahn⁴⁴.

3) La fin du *Anstellungsvertrag*

Le *Anstellungsvertrag* ne se termine pas nécessairement en même temps que le mandat. La révocation du membre du directoire entraîne seulement la fin du contrat organique. Il faut ensuite interpréter si la révocation s'accompagne de la résiliation ordinaire ou extraordinaire du *Anstellungsvertrag* ; ce dernier pourrait perdurer le temps initial prévu pour les fonctions et le membre du directoire, bien que n'étant plus obligé aux prestations de service, conserverait un droit à sa rémunération. Souvent, les deux contrats sont liés par une stipulation expresse, ce qui n'est pas contraire au *Trennungsprinzip*⁴⁵ selon le *BGH*. Si la nomination peut être révoquée à tout moment, la résiliation du contrat de service doit respecter un délai de droit commun (§622 *BGB*). Une raison importante comme la commission d'actes répréhensibles pénalement, une prise de risque irrationnelle ou un manque de transparence vis-à-vis du conseil de surveillance peut néanmoins justifier la résiliation sans délai du contrat de service (§ 626 *Abs. 2 BGB*). Ces exigences de résiliation sont plus élevées que dans le § 84 *Abs. 3 S. 1 AktG* donc on note l'importance de la distinction. Pour éviter les litiges, en pratique, la séparation du dirigeant de la société se fait souvent d'un commun accord, accompagné d'indemnités généreuses⁴⁶, qui ne doivent pas, rappelons-le, être d'un montant susceptible de faire obstacle à la compétence exclusive du conseil de surveillance.

B) Des hypothèses limitées de cumul en France

Le cumul dont il est question est celui du mandat social et du contrat de travail, deux contrats bien distincts en droit français qui ne recourent en rien la distinction allemande entre *Anstellungsvertrag* et *Bestellung*.

Aux termes de l'art. L. 225-22 C. com., « Un salarié de la société ne peut être nommé administrateur que si son contrat de travail correspond à un emploi effectif » et ce sans condition d'antériorité. La sanction de la règle est la nullité de la nomination. Par ailleurs, pas plus d'un tiers des administrateurs ne doit être salarié.

⁴⁴ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, §84 Rn. 51

⁴⁵ Principe de séparation (entre les contrats d'engagement et les contrats de disposition)

⁴⁶ RAISER T., VEIL R., *op. préc.*, §14 Rn. 61

La jurisprudence retient plusieurs conditions au maintien du contrat de travail d'un administrateur salarié. Il faut tout d'abord le maintien d'un lien de subordination du dirigeant à la société; cette condition est rarement remplie en présence d'un président du conseil d'administration remplissant les fonctions de directeur général, étant donné les pouvoirs importants dont il dispose. Le contrat de travail doit ensuite avoir un caractère effectif. A titre illustratif, un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 11 juillet 1995 (rendu à propos d'un gérant de SARL mais la solution est transposable) décida que « la seule affirmation du maintien du contrat de travail par l'assemblée des associés et l'existence d'une double rémunération ne suffisaient pas à établir la poursuite de l'activité salariale [...] ». *A contrario*, l'existence d'une double rémunération est un indice du cumul bien qu'il ne suffise pas à le démontrer. L'arrêt est pertinent au vu de notre section préliminaire puisqu'il inverse le problème : la rémunération devient un critère du cumul alors qu'on étudiait jusqu'alors la rémunération comme conséquence du cumul. Enfin, troisième condition, les fonctions exercées par le dirigeant salarié doivent être distinctes du mandat social.

Si ces conditions ne sont pas remplies, c'est-à-dire que la nomination est nulle, le contrat de travail est suspendu⁴⁷. L'intérêt pour le dirigeant étant qu'il ne perd pas le bénéfice des avantages sociaux liés au contrat de travail. De même, en cas de cumul, le contrat de travail lui donne droit à une retraite, à des indemnités de licenciement etc.

En conclusion, on mentionnera également la pratique des contrats de management. Il s'agit d'un contrat de prestation de services de direction de société signé entre deux sociétés par lequel une des sociétés met à disposition de l'autre son dirigeant moyennant rémunération (au bénéfice de la société mais elle sera reversée au dirigeant). Un arrêt de 2010⁴⁸ vient limiter leur validité pour le cas où le contrat de management ferait « double emploi » avec les fonctions de direction. En l'espèce, une société A créée par le dirigeant de la société B, et dirigée par ce même dirigeant, mettait à disposition le dirigeant (toujours la même personne) à la société B. Raisonant sur la cause, la Cour de cassation a bien entendu réfuté la validité d'une telle convention qui revenait à rémunérer une autre société pour des prestations qui étaient déjà accomplies par le dirigeant au titre de ses fonctions sociales.

⁴⁷ Cass. soc., 11 juin 1997, n° 95-40424, *Bull. V*, n° 218

⁴⁸ Cass. com., 14 sept. 2010, n° 09-16084, *Samo Gestion c/ Sorepla Industrie*, *Bull. Joly Sociétés*, 2010, p. 960, note LE CANNU P.

C) Comparaison du mandat français et du *Anstellungsvertrag*

En France, la question du cumul se pose par rapport à la situation de salarié. En Allemagne, le dirigeant est déjà lié à la société par un contrat de droit civil ; il ne peut donc pas en plus cumuler avec un contrat de travail. On compare donc le mandat au sens français et le *Anstellungsvertrag*, d'autant plus qu'ils contiennent tous deux la détermination de la rémunération du dirigeant.

Le caractère contractuel ou institutionnel du lien entre le dirigeant et la société va déterminer plusieurs aspects importants de la rémunération. Ainsi, on pourrait attendre plus de flexibilité en Allemagne dans la fixation contractuelle de la rémunération que dans sa fixation par décision unilatérale d'un organe de la société en France. En réalité, la fixation contractuelle est plus rigide que la fixation unilatérale qui ne nécessite pas d'acceptation. Parallèlement, la liberté contractuelle a été très restreinte en Allemagne en matière de rémunération des dirigeants alors que la loi française laisse au conseil d'administration une discrétion importante dans la fixation de la rémunération. Par ailleurs, l'indemnisation du départ du dirigeant est beaucoup plus naturelle en présence d'un contrat que d'une décision organique. Le caractère révocable uniquement pour raison importante de l'*Anstellungsvertrag* vient également renforcer la justification d'une indemnité de départ ; en France, notamment pour le président du conseil d'administration, révocable *ad nutum*, on devrait moins facilement admettre les indemnités de départ.

La clôture de cette section préliminaire nous amène à une définition large de la rémunération des dirigeants : il s'agit des prestations de toutes natures versées en contrepartie des fonctions de direction et fondées sur un lien juridique dual entre le dirigeant et la société. Le § 87 Abs. 1 S. 1 et S. 2 AktG en fournit quelques exemples que l'on retrouve en droit français : rémunération fixe, participation aux bénéfices, dédommagement des frais professionnels, primes d'assurances, commissions, accords de rémunération avec effet incitatif comme les droits sur les actions, prestations complémentaires de toute sorte, pensions de retraite, pension du conjoint survivant et prestations similaires. On peut y rajouter pêle-mêle des exemples issus de la pratique recoupant pour partie notre première énumération : primes de bienvenue (*golden hellos*), indemnités de départ (*golden parachutes*), tantièmes (en droit allemand uniquement), primes de reconnaissance, stock-options, *Phantom Stocks* et *Stocks appreciation rights*.

Après ces brefs emprunts à la terminologie anglo-saxonne, remarquons que le terme de rémunération admet de nombreux synonymes en allemand (*Bezüge, Gehalt, Vergütung*) dont les finesses sémantiques ne sont pas toujours aisées à traduire ; la *Vergütung* est le terme technique de rémunération comme contrepartie au mandat, les *Bezüge* la rémunération au sens large, le *Gehalt*

une rémunération fixe assez proche de la notion de salaire. Par commodité, on traduira ces synonymes par le terme de rémunération, suffisamment large pour se prêter à tous ces mots et l'on qualifiera la rémunération en question si cela est rendu nécessaire par l'interprétation de la loi allemande.

Si la rémunération a, dans l'acception commune, un sens passé de gratification d'un travail effectué, on verra qu'en réalité elle est très orientée vers l'avenir notamment en Allemagne à travers l'exigence d'effet incitatif pour le dirigeant. Après l'indemnisation du temps passé à la gestion, puis la contrepartie des fonctions de direction, une troisième fonction de la rémunération se dégage : celle de la conduite du comportement des dirigeants⁴⁹.

Ces interrogations sur la fonction de la rémunération en France et en Allemagne nous conduisent à formuler une problématique de droit comparé. On sait que la société anonyme française a historiquement (deuxième partie du XIX^e siècle) inspiré l'*Aktiengesellschaft* allemande. Le Professeur Jung constate néanmoins aujourd'hui un affaiblissement de la convergence directe et spontanée entre droits français et allemands des sociétés⁵⁰. Il existe en revanche toujours une convergence dans les problèmes à résoudre (liberté contractuelle, responsabilité des dirigeants) caractérisée par une « hésitation entre une tendance libérale imposée notamment par la forte compétition ressentie entre les législations d'une part et une tendance régulatrice alimentée notamment par des scandales nationaux et globaux d'autre part »⁵¹. Cette tension entre libéralisme et régulation est-elle également observable en matière de rémunération des dirigeants ? Plus spécifiquement, une législation contraignante permet-elle d'encadrer efficacement les rémunérations des dirigeants ? Cette efficacité doit s'apprécier au regard des objectifs communs des législateurs français et allemand, à savoir la résolution des dysfonctionnements ayant engendré la crise financière et l'apaisement d'une opinion publique scandalisée par les montants exorbitants perçus par certains dirigeants. On s'appuiera aussi sur la jurisprudence et la doctrine pour analyser d'éventuelles lacunes de la loi.

Le législateur intervient à deux stades chronologiques de la rémunération des dirigeants sociaux : celui des critères de fixation de la rémunération (Partie I) et celui des mécanismes de contrôle (Partie II).

⁴⁹ DAUNER-LIEB B., PREEN A. (v.), SIMON S., « Das VorstAG-Ein Schritt auf dem Weg zum Board-System ? », *DB*, 2010, pp. 377 à 383

⁵⁰ JUNG P., *op. préc.*

⁵¹ *Idem*

PARTIE I : Les critères de fixation

En droit allemand, il existe un texte légal général déterminant les critères à prendre en compte dans la fixation de la rémunération des membres du *Vorstand*. Selon le §87 Abs. 1 AktG, le conseil de surveillance doit s'assurer, lors de la fixation de la rémunération, que l'ensemble des rémunérations versées se trouve en adéquation avec les fonctions et les performances du dirigeant ainsi que la situation de la société, et que son montant ne dépasse pas la rémunération usuelle sans raison particulière. Le critère central du texte est le « *angemessenes Verhältnis* », littéralement « relation appropriée », que l'on a ici traduit par « adéquation ». L'adjectif *angemessen* est riche en connotations : il sous-tend les idées de caractère approprié, équitable, juste, convenable, voire même de proportionnalité. Ce n'est donc pas un terme technique juridique et il laisse une large place aux interprétations de bon sens. On le traduira au plus proche de son sens allemand par « caractère approprié ». Par rapport à quoi faut-il apprécier ce critère ? Le texte légal le développe quelque peu : d'un côté, les missions et performances du dirigeant, de l'autre la situation de la société et le caractère usuel de la rémunération. Pour les sociétés cotées, le critère particulier du développement durable de l'entreprise vient s'ajouter au critère du caractère approprié.

Les textes français les plus larges sur la rémunération des dirigeants sont l'art. L. 225-47 C. com. pour le président du conseil d'administration et l'art. L. 225-53 C. com. pour le directeur général. Ils ne fixent aucun critère explicite et paraissent laisser une marge d'appréciation discrétionnaire au conseil d'administration. Dans une certaine mesure, il reste possible de sous-entendre certains critères. Et ce d'autant plus que le législateur a récemment instauré le critère de performance pour les indemnités de départ dans les sociétés cotées. Son champ d'application est retreint mais permet une meilleure interprétation des intentions législatives.

De prime abord, on remarque l'opposition entre la compétence du conseil d'administration en France et celle du conseil de surveillance en Allemagne, due tout simplement à l'opposition entre les systèmes moniste et dualiste. En effet, la compétence de fixation de la rémunération du directoire revient également en France au conseil de surveillance dans le cas d'une société duale (art. L. 225-63 C. com.). Qu'elle revienne au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, cette compétence est exclusive dans les deux pays et ne peut donc être déléguée à un comité *ad hoc*. Elle signifie également en Allemagne que la rémunération ne peut être fixée dans les statuts mais qu'elle doit figurer dans le contrat de service⁵². On ignore si en France, les statuts peuvent limiter le pouvoir

⁵² HOPT K. J., WIEDEMANN, *op. préc.*, § 84 Rn. 345

discrétionnaire du conseil d'administration. La disposition étant impérative, il est en tout cas sûr que les statuts ne peuvent conférer ce pouvoir à l'assemblée générale ni déterminer directement la rémunération. On peut raisonner par rapport à l'art. L. 225-45 C. com. à propos des jetons de présence conférés par l'assemblée générale aux administrateurs qui vient préciser explicitement que la compétence de l'assemblée générale n'est pas limitable par les statuts ou ses décisions antérieures. En l'absence d'une telle précision quant à la compétence du conseil d'administration, on pourrait légitimement admettre, que les statuts peuvent prévoir une limitation de la discrétion offerte en principe au conseil d'administration tant qu'elle ne fait pas échec à la compétence exclusive du conseil d'administration.

Au-delà de la compétence des organes, les éléments centraux de comparaison entre le droit français et allemand sont la présence ou l'absence de critères légaux de fixation de la rémunération des dirigeants. Si les critères allemands du caractère habituel et de la situation de la société à long terme sont distincts du droit français et difficilement comparables (Section 1), le critère de la performance du dirigeant se retrouve dans les deux systèmes (Section 2). On pourrait aussi proposer une distinction entre les critères liés à la société (caractère habituel et situation sociale) et celui lié au dirigeant (la performance) ; on s'apercevrait cependant que la distinction est atténuée dans la mesure où le critère de performance, lié au dirigeant, s'apprécie par rapport à la société.

Section 1 : Les critères distincts : caractère habituel et situation de la société à long terme

Le caractère habituel (I) est une notion économique à valeur juridique en Allemagne et purement doctrinale en France. La situation de la société à long terme est elle dans les deux pays une notion économique, bien qu'elle ne possède pas la même valeur juridique (II).

I) Le caractère habituel ou usuel de la rémunération

Les adjectifs « usuel » et « habituel » sont synonymes. Pourtant, on préférera l'adjectif « usuel » en traduction de « *üblich* » pour le droit allemand car il met étymologiquement l'accent sur la notion d'usage, donc de pratique. C'est en effet ce sens qu'il revêt dans le § 87 Abs. 1 AktG : une rémunération conforme à ce qui est pratiqué habituellement (A). En droit français, la rémunération habituelle est un terme doctrinal utilisé pour la distinguer des rémunérations exceptionnelles, liées à des missions particulières (B). On étudiera ensuite la mesure dans laquelle il est possible de rapprocher les deux notions (C).

A) Le caractère usuel, composante du critère d'adéquation en Allemagne

Le principe de la rémunération usuelle (A) est, comme tout principe, accompagné d'une exception en cas de justification particulière (B).

1) Le principe de la rémunération usuelle

a) Définition du concept

Que faut-il entendre par rémunération usuelle ? En présence d'un concept très récent, puisqu'il remonte à la *VorstAG* de 2009, c'est à la doctrine qu'il est revenu de nous éclairer. Elle s'appuie principalement sur les travaux préparatoires du projet de loi.

Le caractère usuel suppose la comparaison par le conseil de surveillance de la rémunération qu'il entend verser au dirigeant avec les rémunérations versées habituellement par d'autres entreprises. La comparaison peut s'exercer à deux niveaux : au niveau horizontal (entre entreprises), ce qui est unanimement reconnu, et au niveau vertical (à l'intérieur de l'entreprise), ce qui est plus discutable.

Selon le professeur Fleischer⁵³, la comparaison horizontale s'exerce dans trois domaines : la branche d'activités de l'entreprise, la taille et la complexité de l'entreprise, la soumission de l'entreprise à la loi allemande. Ces éléments de référence prêtent le flanc à la critique des auteurs du *Kölner Kommentar*⁵⁴. En effet, des entreprises de taille comparable dans la même branche d'activités peuvent avoir des résultats économiques très différents. La critique est atténuée par le fait que la situation économique de la société elle-même doit également être prise en compte dans la fixation de la rémunération (cf. II). Il est cependant justifié de se demander comment apprécier la complexité de l'entreprise : est-ce la complexité de son organisation ou des produits ou services qu'elle fournit ? Aucune réponse ne peut être apportée pour le moment. Quant à la comparaison entre deux entreprises allemandes (la « *Landesüblichkeit* »), elle signifie que le conseil de surveillance ne peut se référer aux montants des rémunérations versées à l'étranger, notamment au Royaume-Uni ou aux Etats-Unis où les rémunérations sont les plus élevées⁵⁵. On pourrait néanmoins recourir à cette comparaison internationale si le dirigeant en question avait des opportunités de carrière à l'étranger

⁵³ FLEISCHER H., « Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) », *NZG*, 2009, 801

⁵⁴ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, § 87 Rn. 16

⁵⁵ SEUX D., *op. préc.*

et que l'entreprise souhaitant le recruter était en concurrence avec des entreprises étrangères. Comme le note Michael Kling, il y a néanmoins plus de chances qu'un dirigeant américain devienne membre d'un directoire allemand que l'inverse⁵⁶.

Pour Fleischer, la comparaison verticale est aussi possible : il faudrait ainsi prendre en compte le système de rémunération des salariés et les habitudes de la société. Il justifie la comparaison avec les salariés par la volonté du législateur de 1936 (première promulgation de l'*AktG*) pour lequel il existait une communauté d'intérêts entre salariés et dirigeants-entre autres. Cette comparaison se limiterait néanmoins pour certains au premier niveau de direction chez les salariés⁵⁷, c'est-à-dire les directeurs techniques. Mais le serpent se mord la queue selon Mertens et Cahn puisque la rémunération de ces derniers est définie par rapport à celle des dirigeants⁵⁸.

En raison du caractère discutabile de la comparaison verticale, la comparaison horizontale doit l'emporter en cas de conflit⁵⁹. Ces références n'étant de toute façon pas dans la loi elle-même, il est probable que la jurisprudence n'en fasse pas une application stricte.

b) Difficultés pratiques

En pratique, toutes les rémunérations versées au dirigeant pour ses prestations futures seront soumises à ce critère. Seules les indemnités de départ en cas de résiliation non contentieuse du *Anstellungsvertrag* n'y sont pas soumises puisqu'elles indemnisent le temps des fonctions restant à courir et ne rémunèrent pas la fonction ; elles sont donc soumises au devoir général de diligence des membres du conseil de surveillance (§ 116 *AktG*)⁶⁰.

Des difficultés pratiques se posent. D'un point de vue général, l'idée même de rémunération usuelle contredit le caractère individualisé de la rémunération. En effet, le conseil de surveillance doit bien évaluer le caractère approprié de la rémunération du dirigeant individuellement et non pour le *Vorstand* dans son ensemble⁶¹. La formulation du critère peut également prêter à confusion : la rémunération doit être appropriée et ne pas dépasser la rémunération usuelle. Le caractère usuel représente-t-il une limite supplémentaire au caractère approprié? Pour la grande majorité des

⁵⁶ KLING M., « Die Angemessenheit der Vorstandsvergütung gemäss §87 AktG. n. F. », *DZWIR*, 2010, 221-232

⁵⁷ HÜFFER U., *Aktiengesetz*, 9. Aufl., Beck, 2010, § 87

⁵⁸ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, § 87 Rn. 16

⁵⁹ KLING M., *op. préc.*

⁶⁰ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, § 87 Rn. 83

⁶¹ *Ibid.*, § 87 Rn. 16

auteurs dont le Professeur Fleischer, le caractère usuel n'est qu'une composante du critère principal du caractère approprié. « *Die Marktüblichkeit der Vergütung bildet nur (aber immerhin) ein Indiz für ihre Angemessenheit [...]* »⁶². La formulation négative veut quant à elle signifier que le caractère usuel n'est qu'une limite supérieure et ne peut en aucun cas fonder le dirigeant à exiger une augmentation au regard des rémunérations usuelles. Cet effet pervers n'est cependant pas évité car la loi permet une exception au caractère usuel pour des raisons particulières.

2) La justification particulière d'une rémunération non usuelle

Selon Mertens et Cahn, le concept est « *nebulös* » (nébuleux). La sentence doctrinale est sans appel : la nouvelle rédaction du paragraphe est « *völlig missglückt* » (complètement inopportune)⁶³. Et en effet, on trouve peu d'auteurs se risquant à en donner une définition. L'exemple donné au *Kölner Kommentar* est celui d'une concurrence féroce entre entreprises pour s'attacher les services du dirigeant. On pourrait aussi admettre des rémunérations spéciales pour la réalisation de mesures de direction déterminées comme l'achat ou la vente d'une participation, d'autres éléments du patrimoine social ou de secteurs de la société. Dans un tel cas, la rémunération devra toujours être appropriée c'est-à-dire respecter le § 87 Abs. 1 S. 1. Elle sera valide en principe même en l'absence d'une base contractuelle et si elle est conférée après la circonstance qui la justifie, dans la mesure où, selon sa forme et son montant, elle peut être considérée comme un complément de la rémunération originelle, qui n'apparaîtrait pas postérieurement comme justifiée au regard des performances du dirigeant⁶⁴. En d'autres termes, il serait injuste de ne pas rémunérer la prestation en question. Voilà peut-être ce qui permettrait d'avoir une rémunération non usuelle mais appropriée. Les contours de cette exception n'ont pas encore été définis en jurisprudence et on ne peut s'aventurer plus avant.

B) Le caractère non exceptionnel en France

Le caractère habituel de la rémunération en France repose sur l'opposition entre les rémunérations perçues au titre de l'art. L. 225-46 C. com. (rémunérations exceptionnelles) et les rémunérations perçues au titre de l'activité normale du dirigeant.

⁶² FLEISCHER H., « Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) », *préc.* « Le caractère usuel sur le marché de la rémunération représente seulement (mais toujours) un indice de sa proportionnalité [...] »,

⁶³ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, §87 Rn. 17

⁶⁴ SEIBT C. H. *in* SCHMIDT K., LUTTER M., *op. préc.*, Rn. 14

Contrairement aux rémunérations habituelles qui ne sont apparemment soumises à aucun critère légal (1), les rémunérations exceptionnelles sont soumises au critère des missions particulières (2).

1) L'absence de critère légal des rémunérations habituelles

a) La rémunération en tant qu'administrateur

Le président du conseil d'administration, en tant qu'administrateur, perçoit des jetons de présence en vertu de l'art. L. 225-45 C. com. Il s'agit d'une rémunération légalement facultative constituée par une somme fixe annuelle votée par l'assemblée générale, celle-ci n'étant pas liée par des dispositions statutaires ou ses décisions antérieures. Les administrateurs actionnaires peuvent participer au vote de la résolution concernant leurs jetons de présence ; en effet, aucune disposition légale ou réglementaire n'interdit cette forme d'auto-rémunération et les limitations au droit de vote de l'actionnaire, droit fondamental, doivent être interprétées de manière restrictive⁶⁵.

La répartition entre les administrateurs se fait ensuite librement au sein du conseil d'administration et peut donc être inéquitable dans la limite de l'abus de pouvoir. De même qu'en droit allemand, la position de président du conseil d'administration pourra justifier l'attribution d'une part plus importante des jetons de présence.

La terminologie est trompeuse car ces jetons ne sont pas fonction de la présence aux réunions. Ils ne sont pas non plus proportionnels aux bénéfices de l'entreprise⁶⁶, ce dont on déduit une absence de critère. Cette absence de critère n'est cependant pas préjudiciable à l'entreprise étant donné que la rémunération est directement fixée par les actionnaires, ce qui limite le risque d'une rémunération excessive. C'est surtout dans le cas des rémunérations propres au président du conseil d'administration et au directeur général que des scandales ont éclaté.

⁶⁵ Rédaction des éditions Francis Lefebvre, *Mémento pratique Sociétés commerciales*, Francis Lefebvre, 2011, n° 41042

⁶⁶ LE CANNU, *op. préc.*, n° 711

b) Les rémunérations propres au président du conseil d'administration et au directeur général

Selon l'art. L. 225-47 al.1 C. com., le conseil d'administration détermine la rémunération de son président. La jurisprudence est venue préciser que la rémunération du président devait faire l'objet d'une délibération du conseil d'administration sur son montant et ses modalités⁶⁷, ce qui exclut la simple fixation d'une règle de calcul.

L'art. L. 225-53 al. 3 prévoit également la fixation de la rémunération du directeur général par le conseil d'administration.

La loi ne prévoit pas de critère de ces rémunérations comme le caractère habituel de la rémunération dans le secteur d'activité de l'entreprise. Le conseil d'administration dispose ainsi d'une marge d'appréciation discrétionnaire et ce d'autant que la rémunération n'est pas conventionnelle⁶⁸ et qu'il s'agit d'une compétence exclusive. Suite au caractère institutionnel de la rémunération, la procédure des conventions réglementées ne lui est pas applicable⁶⁹. Suite au caractère exclusif, le conseil ne peut déléguer cette compétence à un comité des rémunérations⁷⁰, ni se borner à ratifier la décision du président qui se serait alloué à lui-même une rémunération⁷¹. La rémunération du directeur général ne peut donc être fixée dans une convention conclue avec un tiers, peu important à cet égard que cette convention ait été autorisée par le conseil d'administration⁷². Une délibération formelle doit aussi intervenir sur le sujet ainsi que le rappelle un arrêt de la Cour de cassation du 30 novembre 2004⁷³.

2) Les rémunérations exceptionnelles justifiées par des missions particulières

L'art. L. 225-46 C. com. permet d'octroyer aux administrateurs, président inclus, des rémunérations exceptionnelles pour les missions ou mandats qui leur sont confiés. Ni la loi ni la jurisprudence ne donnant de définition de tels mandats ou missions particuliers, on suppose qu'il s'agit d'une mesure de direction nécessitant un engagement particulier du dirigeant non déjà couvert

⁶⁷ Cass. com., 4 juil. 1995, *Bull. civ. IV*, n° 206

⁶⁸ CASIMIR J.-P. et GERMAIN M., *Dirigeants de sociétés*, Groupe Revue Fiduciaire, 2006, Cass. com., 3 mars 1987, *Rev. soc.*, 1987, p. 266, note GUYON Y.

⁶⁹ CHAPUT Y. et LEVI A. (dir.), *préc.*, n° 388

⁷⁰ VALUET J.-P. et LIENHARD A., *Code des sociétés et des marchés financiers*, Dalloz, éd. 2011, comm. ss art. L. 225-47 C. com.

⁷¹ Cass. com. 15 déc. 1987, *Bull. Civ. IV*, n° 280

⁷² Cass. com., 14 sept. 2010, n° 09-16084, *Samo Gestion c/ Sorepla Industrie*, note *préc.*

⁷³ Cass. com. 30 nov. 2004, *Dr. sociétés*, 2005, n° 50, note HOVASSE H.

par sa rémunération habituelle. Un voyage d'étude à l'étranger, une étude de marché, le contrôle d'un prototype⁷⁴, la négociation de gros contrats, la restructuration d'un secteur d'activité ou le rapprochement avec une autre entreprise à absorber⁷⁵ pourraient en constituer des exemples. Il ne devrait donc pas s'agir de la rémunération d'une activité permanente. Quoiqu'il en soit, le travail rémunéré devra être effectif et la rémunération, en adéquation avec la mission réalisée. « C'est sur l'adéquation de la mission et sa rémunération que les juges seront appelés à se pencher pour décider s'il y a ou non excès »⁷⁶.

Ces rémunérations sont elles soumises à la procédure des conventions réglementées qu'on détaillera plus loin. Il est possible d'en déduire que les rémunérations exceptionnelles ne sont pas institutionnelles et reposent sur une convention. Une telle convention sera soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration puis à un vote de l'assemblée générale sans influence sur sa validité. Le critère de validité des rémunérations exceptionnelles est donc, outre celui de l'existence d'une mission particulière réelle, l'absence de conséquences préjudiciables à la société pour le cas où le conseil d'administration n'aurait pas approuvé la convention, hypothèse inenvisageable en pratique dans la mesure où c'est le conseil d'administration lui-même qui décide de cette rémunération.

Finalement, absence de conséquences préjudiciables et caractère non excessif reviennent à se référer au critère de l'intérêt social.

C) Un rapprochement possible des deux notions

Dans la mesure où le caractère habituel de la rémunération ne constitue pas en France un critère mais un type de rémunération, il paraît difficile de parler d'un rapprochement des notions. C'est donc du côté de la rémunération exceptionnelle qu'un certain rapprochement peut être constaté. En effet, les notions de justification particulière et de missions ou mandats confiés à des administrateurs sont assez proches, tout d'abord par leur caractère large qui peut se prêter aux mêmes situations de fait (achat ou vente de participation, étude de marché etc.) bien que la jurisprudence n'en donne que peu d'exemples dans les deux pays. En outre, ces rémunérations ne doivent pas être excessives. L'idée est la même dans les deux législations, ainsi que le laisse penser

⁷⁴ Lefebvre, *Mémento pratique Sociétés commerciales*, 2009, n° 8300

⁷⁵ DUCOULOUX-FAVARD C., « Quand y a-t-il rémunération excessive des dirigeants de sociétés ? », *Gaz. Pal.*, 4 fév. 2010, p.11

⁷⁶ *Idem*

Claude Ducouloux-Favard⁷⁷ qui emploie le terme d'« adéquation » (de la rémunération à la mission), traduction possible du critère général d'*Angemessenheit* en Allemagne. Cependant, alors que la notion d'adéquation est détaillée dans la loi en Allemagne, elle ne peut en France qu'être déduite de l'étude de la jurisprudence et de la doctrine. Le rapprochement des notions est donc plus factuel que juridique, ce qui caractérise une convergence indirecte des deux droits. Un constat assez similaire s'imposera à l'étude du critère de la situation économique à long terme de la société.

II) La situation économique à long terme de la société

Sous cette dénomination, on regroupe deux notions à la fois très fortement apparentées et pourtant bien distinctes. La « situation » évoque l'immobilité. Elle paraît donc en opposition avec l'idée de long terme qui suppose pour sa part une évolution, un développement. La situation économique de la société ne peut être entendue de manière statique ; en effet elle est interprétée en fonction des évolutions envisagées et ne fait pas uniquement référence à l'instant présent.

Le critère de situation économique à long terme est avant tout présent et théorisé en droit allemand (A) et le droit français est à nouveau caractérisé par l'absence de référence explicite à ce dernier(B), bien qu'il en comporte quelques implications.

A) La situation sociale et le « développement durable » de la société cotée allemande

Le § 87 Abs. 1 S. 1 impose au conseil de surveillance de prendre en considération la situation de la société, obligation valable pour toutes les sociétés soumises à l'*AktG* (1), alors que l'obligation d'orienter la structure de rémunération vers un développement durable de l'entreprise ne s'adresse qu'aux sociétés cotées (2).

1) La situation de la société

Ce critère de la situation sociale est présent depuis l'origine du § 87 *AktG*. Il s'agit, cette fois sans ambiguïté, d'un composant du critère du caractère approprié. Selon la doctrine⁷⁸, il se rapporte à la situation économique d'ensemble de la société et ses évolutions prévisibles. Des indicateurs comme la taille, le chiffre d'affaire, l'importance sur le marché, le nombre de salariés, de filiales, le

⁷⁷ DUCOULOUX-FAVARD C., *op. préc.*

⁷⁸ KLING M., *op. préc.*

domaine géographique ou même le cours de la bourse (représentant l'avis du marché sur la société) auront ici un rôle à jouer⁷⁹. La situation économique d'ensemble est à considérer et le conseil de surveillance ne peut pas verser une rémunération en vue de l'amélioration d'un secteur particulier de l'entreprise⁸⁰. Le critère a tout d'abord pour conséquence qu'une entreprise en bonne santé économique pourra en principe verser une rémunération généreuse. Cependant, il ne signifie pas que les sociétés en difficulté économique devront nécessairement verser une rémunération basse⁸¹. Ainsi, si le conseil de surveillance d'une société en difficulté veut recruter une personnalité extrêmement compétente pour sauver l'entreprise, il pourra lui verser une rémunération élevée. La rémunération devra quand même diminuer si les perspectives ne s'améliorent pas, conformément au § 87 Abs. 2 (cf. Partie II).

Dans les groupes de sociétés, il ne faut pas que la rémunération du dirigeant aille à l'encontre des intérêts des autres membres du groupe⁸². Il ne faut pas non plus que la rémunération contredise les intérêts propres de la société, comme l'illustre un arrêt du tribunal de Munich de 2008⁸³. En l'espèce, une *Aktiengesellschaft* avait un programme de stock-options pour les dirigeants de ses filiales ; les objectifs du dirigeant d'une des filiales étaient basés sur le cours des actions de la société-mère. La part variable de la rémunération ainsi constituée était très majoritaire dans la rémunération totale du dirigeant, le danger étant que le *Vorstand* ne considère pas la situation de sa société comme primordiale mais celle de la société-mère. Un actionnaire demande alors en justice la nullité de la décision de l'assemblée générale déchargeant le conseil de surveillance de sa responsabilité, sur le fondement du § 243 Abs. 1 AktG. Pour le tribunal, la règle de rémunération, qui a principalement pour but d'honorer des décisions allant à l'encontre des intérêts de la société, est contraire au § 87 Abs. 1 S. 1 AktG, en présence d'un lien de dépendance avec une société mère. Cependant, cette violation n'est pas de la gravité exigée par le § 243 Abs. 1 AktG, notamment en raison de l'incertitude juridique concernant l'interprétation du §87 au moment des faits. Si l'arrêt utilise la notion d'intérêt social, c'est en réalité au critère de la situation propre de la société qu'il recourt. Il ne faut pas non plus en déduire que les rémunérations basées sur le succès commercial de la société-mère sont par principe interdites ; c'est plus une certaine proportion d'un tel type de rémunération qui est ici à observer⁸⁴.

⁷⁹ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, § 87 Rn. 9

⁸⁰ *Idem*

⁸¹ KLING M., *op. préc.*

⁸² MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, § 87 Rn. 9

⁸³ OLG München, 7.5.2008, « REW Energie AG », 7 U 5618/07, ZIP, 2008, 1237

⁸⁴ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, § 87 Rn. 11

Les évolutions prévisibles de la situation sociale font également partie de la définition du critère⁸⁵. La situation sociale n'est donc pas figée et il en ressort dès à présent l'idée d'orientation vers l'avenir. Le *DCGK*, code allemand de gouvernement d'entreprise, recommande d'ailleurs que les perspectives d'avenir soient prises en compte. Le *DCGK* ne s'adresse néanmoins qu'aux sociétés cotées et la notion de perspectives d'avenir est d'un degré supérieur à celle d'évolutions prévisibles.

2) Le développement durable de la société cotée

a) Le concept

D'après le § 87 *Abs. 1 S. 2 AktG*, la structure de rémunération des sociétés cotées est à orienter vers un développement durable de l'entreprise. Jusqu'à la *VorstAG* de 2009, le concept de développement durable est inconnu du droit des sociétés allemand, de même que celui de structure de rémunération. Le développement durable est, précisons-le d'emblée, un critère supplémentaire par rapport au critère général du caractère approprié ; déjà parce qu'il ne s'applique qu'aux sociétés cotées et ensuite parce qu'il concerne la structure de rémunération et non directement les éléments de rémunération et leur montant. Cette limitation du champ d'application de la disposition aux sociétés cotées s'explique par le fait que dans les sociétés non cotées, les actionnaires ont une influence plus directe sur le directoire et le conseil de surveillance⁸⁶. Par simplicité le législateur aurait quand même pu faire valoir la durabilité dans toutes les sociétés. La limitation aux sociétés cotées vient renforcer l'idée que le critère est négatif, car introduit en réaction à la crise financière.

La plupart des auteurs⁸⁷ relèvent la connotation écologique du terme de développement durable. Il s'agit en droit de l'environnement d'une manière d'exploitation de ressources qui conserve leur capacité de régénération. Mertens estime le concept transposable en droit des sociétés car le *Vorstand* et le *Aufsichtsrat* ont tous deux le devoir de faire perdurer la société et de ne pas la mettre en danger par une prise de risques irresponsable ou par des mesures dangereuses de diminution du capital ou de répartition des bénéfices.

La durabilité interdit les structures de rémunération pouvant inciter les dirigeants à favoriser des résultats à court terme, contrairement à leurs devoirs et au prix d'une évolution future négative. Les « *Strohfeuer* » (effets feu de paille), pour employer l'expression consacrée par la doctrine pour

⁸⁵ KLING M., *op. préc.*

⁸⁶ EHREN T., GROS M., « Anforderungen an eine angemessene Vorstandsvergütung aus Sicht der Praxis », *Der Konzern*, 2010, 412-423

⁸⁷ KLING M., *op. préc.*, FLEISCHER H., *op. préc.*, MERTENS H. J., « Vorstandsvergütung in börsennotierten AG », *AG*, 2011, 57-63

désigner des investissements dangereux à court terme, sont donc visés par la modification législative. En cela, le critère est négatif car il permet d'éviter les incitations des dirigeants à agir contrairement à leurs devoirs, notamment celui d'une direction de l'entreprise diligente. Pour Fleischer, des rémunérations motivantes à court terme pourraient donc continuer d'être valables du moment que la rentabilité à long terme de l'entreprise n'est pas menacée. Pour illustrer ce propos on pourrait avancer que les tantièmes et autres participations annuelles aux bénéfices de l'entreprise peuvent être admis dans les sociétés cotées à condition qu'ils ne représentent pas une part trop importante de la rémunération globale. Mais cette opinion est « très douteuse »⁸⁸ selon les auteurs du *Kölner Kommentar* qui se réfèrent au contexte de la *VorstAG* et notamment à la notion de base pluri annuelle de fixation.

b) L'aspect positif de la durabilité

Malgré tout, la rédaction de la disposition est positive ; il ne s'agit pas d'une disposition prohibitive mais bien d'un critère. Compris sous cet angle positif, le critère requière des investissements durables, par exemple en recherche et développement ou en formation des salariés⁸⁹. Ces paramètres ne sont pas en relation directe avec la valeur de l'entreprise et on peut imaginer que la satisfaction des salariés ou les émissions de CO2 fassent également partie des exigences de développement durable au sens de la loi⁹⁰.

A l'étude de l'aspect positif du critère se dégage une nouvelle idée centrale dans l'esprit du législateur : la rémunération doit avoir un effet incitatif pour le dirigeant. L'idée a d'abord été mise à jour en jurisprudence avec l'arrêt « Mannesmann » de 2005⁹¹, sur lequel on reviendra plus en détail dans les développements relatifs à la responsabilité pénale des dirigeants sociaux. Le *BGH* utilise en effet la notion d'avantages relatifs à l'avenir (*zukunftsbezogene Vorteile*) et d'effet incitatif (*Anreizwirkung*) comme contreparties au bénéfice de la société au versement d'une prime de reconnaissance à un dirigeant; il s'agit de l'incitation du dirigeant à donner le meilleur de lui-même au service de la société. Il y a donc bien un avantage immédiat, présent à la société d'avoir des dirigeants motivés même si cet avantage est censé avoir des effets bénéfiques à l'avenir. On retrouve à nouveau l'intérêt social comme critère de la rémunération. La *VorstAG*, en fixant un objectif à la rémunération, le développement durable, a donc pour but d'agir sur le comportement du dirigeant. Elle devient par là un instrument à part entière de la résolution des problèmes mis en lumière par la

⁸⁸ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, § 87 Rn. 24

⁸⁹ FLEISCHER H., *op. préc.*,

⁹⁰ DAUNER-LIEB B., PREEN A. (v.), SIMON S, *op. préc.*

⁹¹ BGH, 21.12.2005, « Mannesmann » 3 StR 370/04, *NJW*, 2006, p. 522

crise financière de 2008. C'est du moins l'argument de Barbara Dauner-Lieb, d'Alexander von Preen et de Stefan Simon : « Alors que la rémunération n'avait jusqu'alors qu'un caractère d'indemnisation et de récompense, non seulement cet élément est de plus en plus repoussé en arrière-plan dans la théorie économique au profit d'une fonction de commande, mais encore l'effet incitatif [de la rémunération] est élevé au rang de principe juridique par la VorstAG »⁹².

Les concepts centraux sur lesquels repose la loi sont la *Principal-Agent-Theory* et le *Shareholder-Value-Concept* selon lesquels la divergence d'intérêt entre l'agent (le directoire) et le principal (les actionnaires) doit être surmontée en conditionnant la rémunération de l'agent aux mêmes intérêts que ceux de l'agent, par exemple la valeur de l'action. Les objectifs liés à la rémunération sont les étapes de réalisation de la stratégie de l'entreprise. C'est le système « *Compensation follows strategy* ». Cette référence à la stratégie de l'entreprise explique par ailleurs pourquoi on ne prend pas uniquement en compte des indicateurs financiers. Pour que le système fonctionne, les buts fixés doivent être clairs. On ne peut cependant déterminer dans l'abstrait quels objectifs sont durables. Il n'est possible d'apprécier la durabilité qu'au regard de la stratégie de l'entreprise en l'espèce. La stratégie de l'entreprise doit donc être fixée avant que ne soient définis les objectifs et paramètres de la rémunération. Or qui fixe la stratégie de l'entreprise ? Le directoire (§ 76 Abs. 1 AktG). Le conseil de surveillance, comme son nom l'indique, n'a qu'une fonction de contrôle et non de direction de l'entreprise (§ 111 Abs. 1 AktG). Par la fixation de la rémunération de manière incitative, voire même directive, la loi lui permettrait de dépasser sa compétence initiale. C'est d'autant plus problématique que le législateur souligne expressément la responsabilité du conseil de surveillance dans la fixation de la rémunération. La thèse principale de Dauner-Lieb, von Preen et Simon est donc que ce glissement de la fixation de la stratégie du directoire vers le conseil de surveillance est due à l'influence du système moniste, qui ne connaît pas la distinction entre direction générale et contrôle et où fixation de la rémunération et détermination de la stratégie sont deux compétences appartenant au même organe à savoir le conseil d'administration (*Board of directors*).

Pour Mertens⁹³, le critère du développement durable n'implique pas forcément de commande de la direction de l'entreprise ; le législateur n'aurait pas voulu selon lui diminuer la marge d'appréciation du directoire dans la direction de l'entreprise en modifiant un article relatif à la rémunération. S'il avait voulu le faire, il aurait modifié le § 76 AktG. L'argument est très théorique et n'empêche pas qu'en pratique, le conseil de surveillance va pouvoir influencer sur la direction de

⁹² DAUNER-LIEB B., PREEN A. (v.), SIMON S, *op. préc.* « Während die Vergütung bisher primär ent- und belohnenden Charakter hatte, wird dieses Element nicht nur in der ökonomischen Theorie zugunsten einer steuernden Funktion mehr und mehr in den Hintergrund gedrängt, sondern die Anreizwirkung wird mit dem VorstAG auch zum Rechtssatz erhoben »

⁹³ MERTENS H.-J., *op. préc.*

l'entreprise par la fixation d'objectifs de rémunération. Le présumé est bien sûr que la rémunération ait effectivement un effet incitatif sur les dirigeants. S'agissant de montants déjà très élevés, il est cependant permis d'en douter ; ne perdons pas de vue que la rémunération a également un rôle purement rémunérant ! En outre, la rémunération n'est pas la seule motivation des dirigeants : le risque de perdre sa réputation ou de n'être pas réélu peut suffire à une gestion diligente⁹⁴.

En conclusion, l'apparition des notions de structure de rémunération, de développement durable (comprendre à long terme) revient à donner un statut juridique à des concepts relevant jusqu'alors de politique entrepreneuriale. Barbara Dauner-Lieb et ses collègues peuvent alors se demander si les juristes seront meilleurs que les organes eux-mêmes pour structurer la rémunération. En pratique, il existe de nombreuses possibilités pour inciter le dirigeant à diriger la société vers le long terme.

c) La concrétisation du critère : une base d'appréciation pluri annuelle

Le § 87 Abs. 1 S. 3 Hs. 1 vient concrétiser le critère du développement durable en ce qu'il recommande une base d'appréciation pluri annuelle des éléments de rémunération variable. Est-ce vraiment bien là une concrétisation du critère? Les auteurs se montrent sceptiques. Tout d'abord on peut noter qu'une base d'appréciation pluri annuelle ne va pas nécessairement entraîner un développement durable de l'entreprise⁹⁵. Or la notion de base d'appréciation pluri annuelle n'est pas plus précisée. Ensuite, seuls les composants de rémunération variable sont mentionnés par le § 87 Abs. 1 S. 3 alors que la loi n'impose pas de part variable obligatoire. Une rémunération fixe augmentant en cas de reconduction à la tête de la société pourrait tout aussi bien avoir un effet incitatif à long terme⁹⁶, la durée des fonctions du *Vorstand* étant de trois à cinq ans (§ 84 Abs. 1 S. 1 AktG).

Au-delà de l'imprécision de la disposition, celle-ci n'est qu'une recommandation, une « *soll-Vorschrift* » (obligation morale). Dès lors, en cas de violation par le conseil de surveillance, il n'y aura ni action en dommages-intérêts ni action en nullité de la décision du conseil. La « *soll-Vorschrift* » peut néanmoins représenter un signal politique, un premier pas vers une action contraignante pour le cas où les sociétés ne s'y conformeraient pas. On peut aussi l'interpréter comme résultant d'un

⁹⁴ MERTENS H.-J., *op. préc.*

⁹⁵ DAUNER-LIEB B., PREEN A. (v.), SIMON S., *op. préc.*

⁹⁶ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, § 87 Rn. 22

compromis politique. Quoiqu'il en soit, la pluri annualité constitue un élément d'appréciation du développement durable de l'entreprise, critère obligatoire. A ce titre, si la base d'appréciation des rémunérations variables choisie n'est pas pluriannuelle, il existera pour un juge saisi de l'affaire une raison particulière de vérifier la durabilité du système⁹⁷.

En pratique, les stock-options sont particulièrement concernées par cette nouvelle règle. Elles consistent à conférer au dirigeant une option d'achat sur des actions de la société à un prix déterminé à l'avance. L'idée est que le dirigeant sera incité à faire augmenter la valeur de l'action de sa société afin de réaliser la plus-value la plus élevée possible lors de l'exercice de l'option et la revente immédiate des actions au prix du cours du jour. Le délai d'exercice de l'option est déterminant de la légalité de ces rémunérations au regard du critère de durabilité ; si le dirigeant peut exercer l'option immédiatement, elles ne conduisent en effet qu'à un profit à court terme pour le dirigeant. En exigeant un délai de quatre ans avant de permettre l'exercice de l'option, le § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG s'assure que le dirigeant va faire augmenter la valeur de l'action de manière durable. Cette exigence nous fournit donc un indice quant à l'appréciation de la signification de « pluri annuel ». Si au sens littéral, deux ans suffisent à constituer une base pluri annuelle, il paraît plus conforme à l'esprit de la loi de fixer des bases d'appréciation de trois ou quatre ans pour les rémunérations variables⁹⁸. Les *phantom stocks* et les *stocks appreciation rights* sont également soumises à l'obligation de durabilité et de base d'appréciation pluri annuelle. Ce sont des plans virtuels de stock-options ; le dirigeant ne sera jamais vraiment titulaire d'actions même si la rémunération en espèces va dépendre de l'évolution du cours des actions⁹⁹.

Selon Michael Kling, les composantes de rémunération variable ne doivent pas être fixées uniquement par rapport à des jours de référence pour éviter les risques d'incitation à faire « gonfler les chiffres » pour ce jour donné. Les systèmes de bonus malus doivent ainsi être liés à l'évaluation continue de la performance du dirigeant.

B) L'absence de référence explicite à la situation économique à long terme en droit français

A nouveau, aucun texte légal ne fait référence à la prise en compte de la situation de la société dans la fixation de la rémunération des dirigeants. Pourtant des exemples issus de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation peuvent être mentionnés. Ainsi, à

⁹⁷ MERTENS H.-J., *op. préc.*

⁹⁸ KLING M., *op. préc.*

⁹⁹ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, § 87 Rn. 79-82

propos d'un abus de biens sociaux, un arrêt du 9 mai 1973 apprécie l'excès de rémunération « eu égard aux ressources et à la situation de la société »¹⁰⁰. Plus récemment un arrêt de 2007¹⁰¹ sanctionne l'irrégularité d'avantages en nature excessifs « eu égard aux ressources et à la situation de la société », caractérisant encore une fois un abus de biens sociaux. Les ressources et situation de la société ne sont pas définis par la Haute Juridiction mais son acception est selon toute vraisemblance la même qu'en droit allemand à savoir la situation économique d'ensemble de la société et ses évolutions prévisibles. Dans le premier arrêt cité, la Cour relève en effet que les pertes excédaient de trois fois le montant du capital social. Cette référence au rapport pertes/capital social revient à prendre en compte un élément de la situation économique d'ensemble de la société. Elle n'exclut pas d'autres critères d'appréciation.

La situation de la société doit-elle être prise en compte sur le long terme, ainsi qu'en droit allemand ? La référence implicite à l'intérêt social que l'on avait relevée à propos du caractère habituel de la rémunération nous incline à répondre par l'affirmative. La société a nécessairement intérêt à un développement pérenne. On ne saurait donc confondre intérêt social et intérêt des actionnaires, souvent à la recherche de profit sur le court ou moyen terme.

Paradoxalement c'est dans l'actionnariat des dirigeants que l'on trouve une première implication de l'idée de long terme avec la loi du 30 décembre 2006 (n°2006-1770). Celle-ci oblige le conseil d'administration ou le conseil de surveillance qui consent des options de souscriptions ou d'achat d'actions ou attribue des actions gratuites à ses dirigeants à prévoir, soit que les options ne peuvent être levées (ou les actions cédées) avant la cessation de leur fonction, soit une quantité d'actions qu'ils sont tenus de conserver au nominatif jusqu'à cessation de leur fonction. Le but de la règle étant évidemment d'éviter la recherche d'un profit à court terme par le dirigeant qui lèverait ses options au moment favorable pour revendre immédiatement les actions.

L'idée de long terme a également des implications en *soft law*, concept que l'on développera dans notre seconde partie. Ainsi, l'art. 20. 2. du Code de gouvernance AFEP/ MEDEF prévoit que la partie fixe de la rémunération doit être revue à des échéances longues, par exemple, tous les trois ans. Elle doit être liée à des événements affectant la société et tenir compte de la partie variable de la rémunération ; elle inclut les avantages en nature. On note que c'est ici la partie fixe de la rémunération qui est associée au long terme et non la partie variable comme c'est souvent le cas. C'est dans le même ordre d'idée que le législateur français a supprimé les tantièmes¹⁰², part variable

¹⁰⁰ Cass. crim., 9 mai 1973, *D*, 1974, p. 271, note BOULOC

¹⁰¹ Cass. crim., 20 juin 2007, n° 06-85663

¹⁰² Loi n° 75-1347 du 31 décembre 1975

de la rémunération déterminée par une fraction des bénéfices mis en distribution, car ceux-ci donnaient lieu à des abus en raison de l'absence de plafonnement en valeur absolue¹⁰³ et incitaient à rechercher des bénéfices à court terme.

C) Comparaison

L'orientation de la rémunération des dirigeants vers le long terme, qui semblait pourtant aller de soi au regard du critère de l'intérêt social, est redevenue au centre de l'intérêt des législateurs français et allemands suite à la crise financière. Le critère concerne essentiellement les sociétés cotées, plus volontiers soumises à la tentation d'un court-termisme dangereux. Mais alors que le législateur allemand a décidé d'accorder au critère du long terme une valeur législative suite à la crise financière, le législateur français n'est pas intervenu, confiant dans la pratique et laissant donc le concept de long terme à la *soft law*. Comme l'expriment certains auteurs allemands, il n'est pas sûr que les juristes parviennent mieux que les économistes à trouver des structures de rémunérations à long terme¹⁰⁴.

En Allemagne, la partie fixe de la rémunération s'est renforcée en 2010 par rapport à 2009¹⁰⁵ ce qui est certainement dû au renforcement des exigences légales quant aux rémunérations variables. Rémunération variable n'est cependant pas synonyme de long terme. En France, si le long terme s'est renforcé, c'est aussi le cas de la part variable de la rémunération, tendance observable chez les dirigeants de banque en 2010¹⁰⁶. Les conclusions de ces comparaisons croisées sont difficiles à tirer : le développement à long terme de l'entreprise peut autant résulter d'une part fixe que d'une part variable ; tout dépend de la structure choisie. C'est d'ailleurs pour cela que l'on distingue habituellement entre, part fixe, part variable et rémunération à long terme, confirmant le caractère ambigu de cette dernière catégorie. La structure choisie, pour prévenir habilement le risque d'abus devra non seulement être orientée sur le long terme mais encore prendre en compte la performance du dirigeant.

En Allemagne, les critères sont fortement imbriqués et la rémunération à long terme est indissociable de l'évaluation de la performance du dirigeant. En France, on retrouve la même

¹⁰³ Lefebvre, *Mémento pratique Sociétés commerciales*, 2009, n° 8296

¹⁰⁴ DAUNER-LIEB B., PREEN A. (v.), SIMON S., *op. préc.*

¹⁰⁵ SCHWALBACH J., *op. préc.*

¹⁰⁶ REIBAUD R., « Le variable et le long terme se renforcent dans les rémunérations des dirigeants de banques », *Les échos*, 2 mai 2011

imbrication mais inversée : la performance du dirigeant est appréciée au regard de la situation sociale.

Section 2 : Le critère commun : la performance du dirigeant

Le terme légal allemand correspondant à la performance du dirigeant est celui de *Leistung*. Il peut également être employé dans le sens plus neutre de prestation, de remplir une obligation contractuelle. Dans le § 87 Abs. 1 AktG, c'est dans le premier sens qu'il est employé, avec des connotations tout aussi sportives qu'en français.

Après avoir tenté de définir la performance dans les deux systèmes juridiques (I), on en comparera le champ d'application (II).

I) La définition ouverte de la performance

La notion de performances du dirigeant est à distinguer de celle des fonctions remplies au sein de la société (A). Bien qu'il convienne de distinguer clairement les deux notions, on inclut l'étude du critère des fonctions dans notre sous-partie consacrée aux performances parce qu'elle se rapporte aussi directement à la personne du dirigeant et qu'elle présente un intérêt théorique moindre dans la comparaison avec le droit français. On essaiera ensuite de présenter différents indicateurs de performances pouvant être utilisés dans les deux pays (B).

A) Distinction fonctions/performances du dirigeant

Si les fonctions du dirigeant ont toujours fait partie du critère du caractère approprié de la rémunération (1), les performances du dirigeant sont apparues avec la *VorstAG* (2).

1) Les fonctions du dirigeant

a) En Allemagne

Avant de faire référence aux performances du dirigeant, l'*AktG* se réfère à ses fonctions. Les fonctions du dirigeant sont un autre indice du caractère approprié ou non de la rémunération du dirigeant allemand. Plus précisément, leur type, leur étendue, leur difficulté ou complexité, les risques qui y sont liés et leur importance pour la société doivent être considérés par le conseil de

surveillance¹⁰⁷. La prise en compte des fonctions du membre du *Vorstand* permet une première adaptation de la rémunération au cas personnel. Elle n'est pas pour autant contraire au principe de la responsabilité collective du *Vorstand*¹⁰⁸. Il est en effet tout à fait conseillé que les membres du directoire soient dotés chacun de compétences propres et chargés d'aborder certains thèmes plutôt que d'autres, l'important étant que, lorsque la loi exige une décision plénière, chaque membre y participe. Les fonctions du membre englobent également ses compétences particulières, son expérience, son ancienneté etc. La fonction de président du directoire, bien que facultative, va par exemple justifier une rémunération plus élevée.

b) En France

Les fonctions du dirigeant ne sont pas mentionnées comme critère de la rémunération. On sait néanmoins que les administrateurs prennent en compte la répartition des compétences lorsqu'ils se répartissent les jetons de présence et le président du conseil d'administration en reçoit bien souvent une part plus élevée. La loi aussi reconnaît la fonction particulière du président du conseil d'administration puisqu'elle prévoit une possibilité de rémunération particulière, en plus des jetons de présence. Sur ce point, la loi française s'écarte de la loi allemande qui ne prévoit pas de rémunération particulière du président du directoire, mis sur le même plan que les autres membres de l'organe ; dans les faits, on aboutit cependant à un résultat similaire de par la prise en compte des fonctions du membre du *Vorstand* dans la fixation de sa rémunération.

Sur un plan technique, on est amené à penser que la loi allemande est ici plus efficace que la loi française : une disposition avec le critère des fonctions remplies (entre autres), le § 87 *AktG*, aboutit au même résultat (la valorisation du président) que la loi française qui a besoin de deux dispositions, les art. L. 225-44 et L. 225-47 C. com. (sans compter la disposition relative au directeur général et aux directeurs généraux délégués art. L. 225-53 C. com. et celle relative aux membres du directoire art. L. 225-63 C. com.). L'utilisation d'un seul article est également plus pratique pour le juriste.

La référence explicite aux fonctions du dirigeant comme critère de sa rémunération est, de même que pour le long terme, à rechercher dans la *soft law*. Ainsi, les principes AFEP/ MEDEF précisent que la rémunération du président doit être fixée notamment en fonction du travail effectué par lui et de la responsabilité qu'il assume (art. 20. 1 Code de gouvernance AFEP/ MEDEF).

¹⁰⁷ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, §87 Rn. 12

¹⁰⁸ KLING M., *op. préc.*

2) Les performances du dirigeant

a) En Allemagne

Le critère de la performance, introduit par la *VorstAG* semblait pourtant être évident ; le conseil de surveillance attend nécessairement des bonnes performances des dirigeants qu'il nomme. Selon Mertens et Cahn¹⁰⁹ ce n'est donc pas un critère si important en pratique.

Le *DCGK* avait déjà trouvé nécessaire de le préciser et sa consécration par la loi démontre le peu de cas qu'en ont fait les entreprises, tout au moins aux yeux du législateur. Pourtant, le critère des performances du dirigeant était utilisé dans l'appréciation du caractère approprié de la rémunération dès 1937¹¹⁰. On aurait préféré que le législateur en précise la définition car beaucoup de questions d'interprétation se posent en doctrine même si le critère ne semble pas avoir d'intérêt décisif en pratique¹¹¹.

Pour Kling, le nombre d'heures de travail ou le style de direction ne sont pas des critères de performance et il est aussi discutable d'y inclure la qualité de décision et la qualité de mise en application des décisions. De façon plus générale, faut-il ne prendre en compte que la contribution du dirigeant au succès (*input*) ou bien le succès lui-même (*output*) ? Sur la scène internationale, succès personnel et succès de l'entreprise sont pris en compte. Pour juger du succès de l'entreprise et de ses managers, c'est le rendement (la rentabilité) de l'entreprise et non le cours de l'action à un jour de référence qui sera déterminant. Parmi les exemples de critères de performance cités par la doctrine allemande, on trouve : le succès sur une période déterminée, l'augmentation de la valeur de l'entreprise et la réalisation de buts entrepreneuriaux complémentaires (sûreté de l'emploi, augmentation du bénéfice, croissance de parts de marchés).

Enfin, on peut se demander avec Holger Fleischer¹¹² si les performances d'ensemble du *Vorstand* doivent être prises en compte ou bien uniquement les performances individuelles d'un de ses membres. A l'encontre d'une appréciation commune est la lettre de la loi qui parle des performances « du » membre du directoire. On pourrait cependant arguer du fait que la capacité à

¹⁰⁹ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, §87 Rn. 13

¹¹⁰ FLEISCHER H., *op. préc.*

¹¹¹ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, §87 Rn. 13

¹¹² FLEISCHER H., *op. préc.*

s'intégrer dans une équipe et à coopérer fait partie des performances pertinentes au sens du § 87 Abs. 1 AktG.

b) En France

La performance est un des rares critères de rémunération qui soit légal en France. Il fut introduit par la loi TEPA de 2007¹¹³ qui insère dans le Code de commerce l'art. L. 225-42-1 al. 2, lequel interdit « les éléments de rémunération, indemnités et avantages dont le bénéficiaire n'est pas subordonné au respect de conditions liées aux performances du bénéficiaire, appréciées au regard de celles de la société [cotée qu'il dirige] ».

La loi ne définit cependant pas la notion de performance, ce que la doctrine approuve pour des raisons de liberté contractuelle et de praticabilité¹¹⁴. La loi indique simplement qu'il faut apprécier les performances du dirigeant au regard de celles de la société. En Allemagne, cette connexion n'est pas faite explicitement mais elle peut ressortir de l'accolement du terme avec celui de la situation de la société dans le § 87 Abs. 1 AktG (« *die Leistungen des Vorstandsmitglieds sowie zur Lage der Gesellschaft* »¹¹⁵). Pour Alain Viandier, l'appréciation des performances du dirigeant au regard de celles de la société signifie que « les seules performances personnelles du dirigeant - ainsi de son ancienneté, si l'on considère que la longévité est une performance, ou de la participation prise à la conception de projets ou d'opérations spécifiques - ne suffisent pas, encore faut-il qu'elles aient trouvé un écho dans les résultats de l'entreprise. Ce n'est pas tant la puissance de l'effort que l'efficacité de celui-ci qui compte »¹¹⁶.

Le critère de la performance pour les rémunérations différées se démarque de ceux qu'avaient définis la Cour de cassation dans l'arrêt « Lebon » du 3 mars 1987¹¹⁷. L'arrêt retenait la validité d'une retraite-chapeau si celle-ci était la contrepartie de services particuliers rendus par le président à la société pendant ses fonctions, qu'elle était proportionnée à ces services et qu'elle ne constituait pas une charge financière excessive pour la société. On y retrouvait l'idée allemande de proportion et le critère de l'intérêt social.

¹¹³ Loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 « en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat »

¹¹⁴ LE CANNU P., « L'encadrement des rémunérations des dirigeants de sociétés cotées : l'apport de la loi n°2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat », *Rev. sociétés*, 2007, 465
VIANDIER A., « Les engagements d'indemnisation des dirigeants sociaux après la loi n°2007-1223 du 21 août 2007 », *JCP E*, 2007, 2129

¹¹⁵ « les performances du dirigeant autant que la situation de la société »

¹¹⁶ VIANDIER A., « Les engagements d'indemnisation des dirigeants sociaux après la loi n°2007-1223 du 21 août 2007 », *préc.*

¹¹⁷ Cass. com., 3 mars 1987, *Rev. soc.*, 1987, p. 266, note GUYON Y.

Des conséquences de l'apparition du critère de performance sont, selon Paul Le Cannu, que le Conseil d'administration ne pourra plus se fonder sur le seul intérêt social pour refuser de tenir l'engagement qui avait été pris et que la durée des fonctions du dirigeant perd de l'importance¹¹⁸ (puisqu'on apprécie au regard des performances de la société). En opportunité, l'apparition du critère de performance qui a longtemps été regardée comme nécessaire paraît donc assez peu à même de limiter les montants de rémunération des dirigeants. En outre, ainsi que le remarque Alain Viandier, « la condition de performance peut paraître paradoxale : après tout, voici un dirigeant qui perd ses fonctions, ce qui permet de penser que ses performances n'étaient pas excellentes... et si elles l'étaient, pourquoi s'être privé de son talent ? On objectera qu'il faut compter avec le démissionnaire ou le retraité ; certes, mais une indemnisation est-elle justifiée lorsque l'intéressé cesse ses fonctions de son plein gré ou du fait de son âge ? »

En vertu de l'art. L. 225-42-1 C. com., le conseil d'administration doit se prononcer à nouveau avant tout versement des rémunérations soumises au critère de performances. Il s'agit pour lui de vérifier que les conditions qu'il a posées ont bien été remplies. Rien n'est précisé dans la loi concernant la marge d'appréciation du conseil d'administration. Pour Paul Le Cannu, si un certain niveau de performance a été atteint, le conseil d'administration devrait être obligé de verser la rémunération¹¹⁹. Pour Alain Viandier, cette deuxième intervention du conseil se ramène à une simple constatation des performances ou de leur absence dans la mesure où des critères objectifs et mesurables doivent avoir été définis¹²⁰. La définition de tels critères n'est cependant pas évidente en pratique.

La sanction du non respect de cette disposition est la nullité de plein droit du versement effectué sans décision du conseil d'administration. A ce titre, il est intéressant de noter que la sanction de l'interdiction générale des rémunérations différées non soumises à des conditions de performance n'est pas explicitement prévue par l'alinéa 2. La doctrine en déduit la nullité de la décision du conseil en vertu du droit commun à savoir l'art. L. 235-1 C. com¹²¹. Peut-être cette

¹¹⁸ LE CANNU P., « L'encadrement des rémunérations des dirigeants de sociétés cotées : l'apport de la loi n°2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat », *préc.*

¹¹⁹ *Idem*

¹²⁰ VIANDIER A., « La soumission des indemnités de départ des dirigeants sociaux à la procédure des conventions réglementées », *JCP E*, 2005, 1585

¹²¹ VIANDIER A., « Les engagements d'indemnisation des dirigeants sociaux après la loi n°2007-1223 du 21 août 2007 », *préc.*

LE CANNU P., « L'encadrement des rémunérations des dirigeants de sociétés cotées : l'apport de la loi n°2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat », *préc.*

différence tient elle au fait que le législateur considère comme plus important le respect des règles relatives au versement de la rémunération que celles relatives à l'engagement lui-même¹²².

B) Tentatives d'illustration comparées

A l'étude de la définition allemande de la performance on a remarqué la référence à la rentabilité de l'entreprise. Il semble donc que la performance du dirigeant soit appréciée par rapport aux résultats de l'entreprise dans les deux pays.

Quel type de rémunération peut être fixé en conformité avec ce critère ? Une rémunération fixe, une rémunération variable, un mélange entre les deux ? Une rémunération purement fixe, compatible avec le but de la *VorstAG* à propos de l'interdiction des investissements à court terme et donc autorisée, peut être envisagée. Elle ne paraît cependant pas appropriée s'agissant de la rémunération d'une prestation future. En effet, comment évaluer la performance du dirigeant surtout si celui-ci entre en fonction pour la première fois ? L'insécurité est latente. Dans la pratique pourtant, il existe en Allemagne une tendance générale à augmenter la part de fixe et diminuer celle de variable¹²³. La recommandation du *DCGK* de mélanger le fixe et le variable est généralement suivie et les entreprises mettent en place en plus de la rémunération fixe, un système de bonus et d'incitation à long terme (*LTIP : Long Term Incentive Programm*).

Pour préciser le critère de performance, il peut aussi être utilement fait référence à la *soft law* française. L'art. 20. 2. 2 Code de gouvernance AFEP/MEDEF prévoit par exemple que la part variable de rémunération récompense la performance à court terme (comme en Allemagne) ; il recommande que les critères de performance retenus correspondent aux objectifs de la société et soient exigeants, explicables et autant que possible pérennes. Il serait souhaitable que les critères qualitatifs soient simples, peu nombreux, objectifs, mesurables et adaptés à la stratégie de l'entreprise. On retrouve ici le lien performance-stratégie de l'entreprise qui ne pose pas de

¹²² VIANDIER A., « Les engagements d'indemnisation des dirigeants sociaux après la loi n°2007-1223 du 21 août 2007 », *préc.* « Tout se passe comme si le législateur tenait pour plus important le respect des règles relatives au versement, règles de constatation et de publicité, plus que le respect de celles gouvernant la conclusion de l'arrangement. Les uns diront que cela s'explique par le fait que c'est le versement qui choque le public plus que la conclusion de l'accord, et que cette nullité de plein droit est le prix de l'émotion. Les autres considéreront que s'agissant de règles formelles - un constat, une publicité - dont l'exécution ne soulève pas, en principe, de difficultés majeures, une sanction aussi radicale que la nullité de plein droit est admissible, alors qu'elle ne l'est pas s'agissant de dispositions pour lesquelles existe un risque d'erreur d'interprétation, comme celles relatives à l'exigence de condition de performance. Les travaux parlementaires ne permettent pas de choisir entre ces deux explications. »

¹²³ KLING M., *op. préc.*

problème particulier dans le modèle moniste puisque c'est de toute façon, le conseil d'administration qui détermine les orientations stratégiques de l'entreprise. L'AMF recommande que les sociétés définissent de manière précise et explicite les critères qualitatifs utilisés pour la détermination de la partie variable de la rémunération, sauf dans les cas particuliers où les sociétés indiquent que, pour des raisons de confidentialité, certains critères qualitatifs non publics ont été établis et définis de manière précise (rapport AMF sur les rémunérations des dirigeants des sociétés cotées et sur la mise en œuvre des recommandations AFEP-MEDEF du 9 juillet 2009)¹²⁴.

Une fois établi que les indices de performance doivent être objectifs pour éviter une marge d'appréciation discrétionnaire du Conseil d'administration, il est nécessaire d'en donner des illustrations pratiques.

Le cours de bourse est le premier critère venant à l'esprit s'agissant de sociétés cotées. Néanmoins, son évolution dépend de bien d'autres facteurs que la performance du dirigeant. Pour filtrer ces facteurs, on peut recourir au *benchmarking* (comparaison avec des entreprises de la même branche) mais la technique n'est pas sans faille¹²⁵. Faudrait-il prendre en compte une tendance générale ou uniquement s'attacher au montant du jour de la cessation des fonctions ?

Les juges semblent donc en France s'orienter vers une méthode multicritères¹²⁶, laquelle permet de donner de l'importance à un critère plutôt qu'un autre en fonction des circonstances. Au niveau financier, on peut citer à titre d'exemple divers ratios : résultat et marge d'exploitation, taux d'autofinancement et d'endettement, coût moyen pondéré du capital, retour sur investissement. De façon plus générale, la croissance du périmètre de consolidation, l'augmentation du chiffre d'affaires, de la valeur de la société, l'amélioration des bénéfices, la réduction des coûts, une réalisation particulière par rapport à la mise en œuvre du projet d'entreprise¹²⁷ peuvent être utilisés pour évaluer la performance d'un dirigeant.

En Allemagne, la pratique des tantièmes (autorisée bien que soumise aux exigences de long terme) illustre le choix d'indicateurs de performance. Ces derniers sont ainsi liés en pratique au *Cashflow*, à l'excédent annuel, à des données de référence tels l'*EBIT*, *EBITD*, *EBITDA*, *ROCE* (*Return on capital employed*) ou au rendement global ou propre du capital¹²⁸. La pratique des tantièmes sur

¹²⁴ Lefebvre, *Mémento pratique Sociétés commerciales*, 2011, n°40574

¹²⁵ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, § 87 Rn. 55

¹²⁶ LE CANNU P., « L'encadrement des rémunérations des dirigeants de sociétés cotées : l'apport de la loi n°2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat », *préc.*

¹²⁷ PACLOT Y. et MALECKI C., « Le nouveau régime des rémunérations, indemnités et avantages des dirigeants des sociétés cotées », *D.*, 2007, 2481

¹²⁸ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, § 87 Rn. 26

les dividendes versés n'est plus très répandue¹²⁹. Les tantièmes peuvent également dépendre d'objectifs fixés au niveau financier ou bien des objectifs tels la hauteur des investissements dans l'entreprise, des restructurations, la réalisation d'innovation, la satisfaction des clients. Ici les paramètres sont directement liés au domaine de responsabilité particulier du dirigeant et il faudra faire attention que la part de rémunération y afférente ne porte pas atteinte à la liberté de direction du membre du directoire¹³⁰. La fixation d'objectifs est également courante en matière de stock-options : ces objectifs se rapportent souvent au profit dégagé ou à la valeur économique ajoutée (EVA, c'est-à-dire le résultat brut de l'entreprise moins le coût des capitaux propres et étrangers).

Si les critères d'évaluation de la performance sont dans l'ensemble très similaires, on s'aperçoit vite que les rémunérations concernées par le critère de performance ne se recoupent pas d'un pays à l'autre.

II) Le champ d'application du critère

A) Quant aux sociétés concernées

En Allemagne, le critère des performances, de même que celui des fonctions du dirigeant s'applique à toutes les sociétés soumises à l'*AktG* ainsi qu'il ressort de manière indubitable de la formulation du § 87 Abs. 1 S. 1. C'est un des critères de droit commun de la rémunération des dirigeants de sociétés par actions.

En France, l'art. L. 225-42-1 C. com. ne s'applique qu'aux sociétés cotées. Yann Paclot et Christophe Malecki précisent que seules les sociétés (cotées) dont le siège est en France ; il suffit par contre que ses titres soient admis sur un marché réglementé au sens de la loi c'est-à-dire soumis au droit communautaire¹³¹.

¹²⁹ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, § 87 Rn. 27

¹³⁰ *Ibid.*, § 87 Rn. 28

¹³¹ PACLOT Y. et MALECKI C., *op. préc.*

LE CANNU P., « L'encadrement des rémunérations des dirigeants de sociétés cotées : l'apport de la loi n°2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat », *préc.*

B) Quant aux rémunérations concernées

1) En Allemagne

Toutes les rémunérations versées aux membres du *Vorstand* soumises au critère du caractère approprié sont soumises au critère de performance. On en choisira tout de même quelques exemples représentatifs pour faciliter la comparaison avec le droit français.

Les tantièmes, notamment ceux liés au résultat de l'entreprise sont particulièrement concernés par ce critère (cf. I) B).

Les primes de reconnaissances ont également pour fonction de rémunérer une performance particulière du dirigeant qu'il n'était pas obligé à fournir en vertu du *Anstellungsvertrag*. Une telle performance peut être constituée par les cas précités de dépassement des objectifs fixés (investissements, innovations, satisfaction des clients). La performance paraît même pouvoir justifier une rémunération excédant le caractère usuel des rémunérations tel que défini précédemment (cf. Section 1 I) A) 2) Les rémunérations exceptionnelles justifiées par des missions particulières). Il serait cependant malaisé d'établir une hiérarchie pertinente dans les critères du § 87 AktG. En outre, il nous semble que les facteurs d'attribution de primes de reconnaissance sont beaucoup moins précis et orientés sur la performance du dirigeant. Ainsi que le définit l'arrêt « Mannesmann »¹³², leur légalité, si elles sont versées à un membre du *Vorstand* sur le départ, repose avant tout sur l'existence d'un effet incitatif. Selon le *BGH*, le conseil de surveillance dispose premièrement d'une large marge d'appréciation pour le versement postérieur et la fixation de primes liées au succès économique de l'entreprise si le versement de telles primes est prévu dans le *Anstellungsvertrag*. Le critère du caractère approprié s'applique. Deuxièmement, sans base contractuelle, la prime de reconnaissance est autorisée lorsqu'elle confère des avantages à la société proportionnellement à la diminution de son patrimoine engendrée par le versement de la prime. Ces avantages sont les effets incitatifs pour le dirigeant et pour des dirigeants potentiels. Troisièmement, en l'absence de base contractuelle et d'une quelconque utilité future pour l'entreprise, ces primes sont interdites et leur versement va même pouvoir représenter un délit pénal.

La réduction de la marge d'appréciation du conseil de surveillance a suscité de nombreuses critiques doctrinales¹³³. En effet, au contraire de la performance¹³³, l'effet incitatif n'est pas un critère

¹³² BGH, 21.12.2005, « Mannesmann », *préc.*

¹³³ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, § 87 Rn. 34

HOFFMANN-BECKING M., « Vorstandsvergütung nach Mannesmann », *NZG*, 2006, 1227

imposé par le § 87 *AktG*. Selon les auteurs du *Kölner Kommentar* et Hoffmann-Becking, l'arrêt empêcherait le conseil de surveillance de rémunérer une performance exceptionnelle du dirigeant en estimant que les performances du directeur ne suffisent pas à justifier la modification unilatérale du contrat de service. S'il considère que la rémunération initialement prévue au contrat ne suffit pas, c'est-à-dire qu'elle n'est pas appropriée, une possibilité de modification ultérieure du contrat de service devrait toujours être envisageable en raison de l'idée de flexibilité de la rémunération découlant de l'exigence de son caractère approprié. L'arrêt oblige donc à prévoir une clause d'adaptation dans le contrat, ce que Cahn et Mertens estiment trop formel. En outre, les effets incitatifs sont impossibles à quantifier. Dès lors, comment établir l'équivalence entre la prime versée et les avantages conférés à la société ? Ce dont il faudrait s'assurer, c'est du fait de savoir si les performances invoquées n'ont pas déjà été rémunérées par une rémunération variable liée au succès de l'entreprise et de si la prime n'a pas pour objectif de contourner une limite fixée par le système de rémunération variable.

Les indemnités de départ sont à distinguer des primes de reconnaissance, ces dernières représentant une augmentation postérieure de la rémunération de services passés et non une indemnisation¹³⁴. Pour cette raison, l'indemnisation de la rémunération en cas de rupture du *Anstellungsvertrag* n'est pas soumise au critère du caractère approprié ni *a fortiori* à la performance¹³⁵. Une indemnisation excessive peut néanmoins engager la responsabilité du conseil de surveillance pour manquement à son obligation de diligence.

2) En France

Les rémunérations interdites par l'art. L. 225-42-1 C. com. sont les « éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions, ou postérieurement à celles-ci ». De manière systématique, on peut en effet légitimement interpréter l'alinéa 2 à la lumière des précisions de l'alinéa 1. Le changement ou la cessation de fonctions concernent les fonctions de direction et non les fonctions salariées. En cas de changement de fonctions au sein d'un groupe, le départ de la première société s'analyse en une cessation de fonctions¹³⁶.

¹³⁴ SCHWARK, FS Raiser, 2005, S. 377, 380 cité par HOFFMANN-BECKING M. , « Vorstandsvergütung nach Mannesmann », *préc.*, note n° 42

¹³⁵ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, § 87 Rn. 83

¹³⁶ LE CANNU P., « L'encadrement des rémunérations des dirigeants de sociétés cotées : l'apport de la loi n°2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat », *préc.*

Sont particulièrement visées par la disposition les « parachutes dorés » et les « retraites-chapeau ». Alain Viandier y ajoute l'indemnité forfaitaire de départ, la garantie d'honoraires de consultant, la promesse de rachat d'actions et les avantages en nature usuels¹³⁷.

Le code ne régit toujours pas les « primes de bienvenue », ou « *golden hellos* » et autres « *signing-on bonus* ». Selon Paclot et Malecki, les stock-options ne sont pas non plus incluses dans le dispositif alors qu'elles sont pourtant un moyen de rémunérer la performance à moyen et long terme¹³⁸.

Sont clairement exclues du champ d'application de la disposition par l'alinéa 6 :

- la rémunération des engagements de non-concurrence car elle présente moins de risque de surévaluation et n'a pas grand chose à voir avec la performance
- les engagements de retraite à prestation définies (cf. art. L. 137-11 et L. 242-1 Code de la sécurité sociale).

C) Comparaison

La comparaison fait apparaître un nouveau paradoxe. Alors qu'en France, le critère de performance est formulé à l'aide d'une interdiction, l'Allemagne n'utilise la performance que comme un critère parmi d'autres, que le *Aufsichtsrat* devra prendre en compte. Cette manière de formuler le critère par le législateur français paraît révéler une volonté législative forte. Cette constatation ne résiste cependant pas à l'étude comparée des champs d'application des critères : la performance allemande s'applique à tous les types de rémunérations versées dans toutes les *Aktiengesellschaften*, alors que le critère français se limite aux rémunérations différées et aux sociétés cotées, révélant une volonté législative moins marquée.

En cas de cessation prématurée des fonctions de direction, les indemnités de départ sont exclues en Allemagne du champ d'application du critère de performance alors que c'est justement pour les indemnités de départ que le législateur français a introduit le critère de performance.

Ceci s'explique par le fait que l'indemnité de départ allemande remplit le rôle que son nom indique : comme il y a rupture de contrat entre le dirigeant et la société, le préjudice en découlant est indemnisé. Le montant de l'indemnité peut dépasser celui de la rémunération du temps des

¹³⁷ VIANDIER A., « Les engagements d'indemnisation des dirigeants sociaux après la loi n°2007-1223 du 21 août 2007 », préc.

¹³⁸ PACLOT Y. et MALECKI C., préc.

fonctions restant à courir, dans la mesure où la société a un intérêt à un départ à l'amiable du dirigeant¹³⁹. Cette indemnité n'est donc pas une rémunération au sens du § 87 *AktG* et elle échappe de ce fait au critère du caractère approprié et donc à celui de la performance. La seule limite est l'obligation de diligence du conseil de surveillance qui pourra voir sa responsabilité engagée en cas d'excès. De même qu'en France, l'indemnité ne doit pas faire obstacle au principe de la libre révocation.

En France, il n'y a pas de contrat de direction entre le dirigeant et la société. Il n'existe donc en théorie aucune raison d'indemniser la cessation des fonctions, surtout pour le président du conseil d'administration, révocable *ad nutum*; dans la pratique, on admet, en l'absence d'une quelconque rupture contractuelle, que la cessation des fonctions puisse lui causer un préjudice. Ces indemnités reposent en revanche sur une convention entre le dirigeant et la société, convention qui est donc soumise à la procédure réglementée, ainsi qu'au critère de performance depuis la loi TEPA. On comprend mieux les doutes de la doctrine sur le refus de la jurisprudence de reconnaître l'existence d'un contrat entre le dirigeant et la société.

Soumis à la condition de performance, les parachutes dorés se rapprochent des primes de reconnaissance.

Les primes de reconnaissances sont en Allemagne strictement encadrées depuis l'arrêt « Mannesmann » qui les soumet à l'existence d'un effet incitatif (pour les dirigeants en fonction), c'est-à-dire à l'existence d'une contrepartie pour la société. Cette exigence se rajoute au critère du caractère approprié. On a développé les critiques de la doctrine pour qui seule la performance exceptionnelle du dirigeant devrait justifier la prime. En effet, la prime de reconnaissance est un complément de rémunération (nécessitant une modification du contrat de service) qui est donc soumise au § 87 *AktG*. La pratique des primes de reconnaissance recouvre en France celle des retraites-chapeaux, à cela près que la retraite-chapeau prend la forme d'une allocation pouvant être versée jusqu'à la mort de son bénéficiaire et non d'une somme versée une seule fois.

En Allemagne, la pension de retraite du dirigeant ne soulève pas de problème particulier car elle est expressément soumise au § 87 *AktG*. En revanche, la retraite-chapeau en France, « sorte de bonus, parmi d'autres, concédé en plus de la retraite de droit et de la retraite complémentaire »¹⁴⁰, a suscité une jurisprudence fournie. Reposant comme l'indemnité de départ sur une convention entre le dirigeant et la société, elle est désormais soumise à la procédure des conventions réglementées et au critère de performance depuis la loi TEPA.

¹³⁹ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, § 87 Rn. 83

¹⁴⁰ DUCOULOUX-FAVARD C., *op. préc.*

L'évolution comparée des régimes de la retraite-chapeau en France et de la prime de reconnaissance en Allemagne est remarquable. Alors que la jurisprudence allemande a rajouté au critère légal de performance, la condition d'une contrepartie pour la société, la loi française a implicitement retiré l'exigence jurisprudentielle d'une contrepartie à la retraite-chapeau ! C'est à n'y rien comprendre et il s'agit plutôt d'une maladresse législative que d'une tentative (qui plus est avortée) de simplification. Le critère de l'intérêt social, « seul rempart aux excès »¹⁴¹ est-il parti de l'autre côté du Rhin ? Il ne resterait au droit français plus beaucoup de critères pour déterminer les rémunérations particulières du président du conseil d'administration et du directeur général.

Conclusion sur le critère de performance :

Pour conclure notre comparaison sur le critère de performance, on remarquera la difficulté qu'il présente : il s'agit d'un critère de fixation de la rémunération ne pouvant être apprécié qu'à la fin des fonctions alors que la rémunération n'est pas versée à la fin mais tout au long des fonctions.

Le degré de difficulté est particulièrement élevé en Allemagne. En effet, l'évaluation des performances doit avoir lieu dès la prise de fonctions. La rémunération repose donc sur un pronostic des performances futures envisagées. La difficulté n'est pas insurmontable si le dirigeant est connu de la société ; mais s'il s'agit d'une première prise de fonctions, comment fixer une rémunération en adéquation avec ses performances ? Le juge saisi postérieurement prend de surcroît en compte le caractère approprié au moment où il statue et l'on sait que la jurisprudence s'oppose à une adaptation trop flexible de la rémunération par le biais des primes de reconnaissance. La *VorstAG* en 2009 n'a pas permis de résoudre ces difficultés pratiques. En effet, la part de la rémunération fixe a augmenté par rapport à la part de rémunération variable entre 2009 et 2010, alors que seule une part variable de rémunération déterminée en fonction de critères de performance pertinents pouvait permettre de résoudre la difficulté chronologique soulevée.

En France la difficulté est partiellement résolue en raison du champ d'application réduit du critère : les rémunérations concernées sont uniquement celles versées à raison du départ ou du changement de fonctions. En conséquence, les critères sont fixés a priori par le conseil d'administration mais un second vote a lieu avant leur versement pour déterminer si les critères fixés ont été ou non remplis.

¹⁴¹ DUCOULOUX-FAVARD C., *op. préc.*

Conclusion de la partie I :

Les critères allemands de fixation de la rémunération sont nettement plus nombreux qu'en France où on peine parfois à en distinguer. En outre, les critères cités dans le § 87 *AktG* ne sont pas exclusifs¹⁴². Ainsi, un engagement personnel exceptionnel dans une crise traversée par la société (ex : cautionnement, renoncement à sa rémunération) pourrait justifier qu'on fixe après amélioration de la situation de la société une rémunération plus haute¹⁴³. La composition de l'actionnariat peut aussi jouer un rôle : s'il s'agit d'un actionnaire unique et qu'il est d'accord avec le *Aufsichtsrat* pour que son profit soit diminué en fixant une rémunération, qui ne serait pas jugée appropriée dans une société publique, la rémunération ne sera pas remise en cause.

Malgré tous ces critères, la doctrine allemande constate un échec à trouver des critères de fixation de la rémunération. Pour preuve de cet échec, il existerait selon Thomas Ehren déjà des discussions sur de nouvelles mesures d'encadrement de la rémunération des dirigeants alors que les résultats de la *VorstAG* n'ont pas encore été évalués¹⁴⁴. En outre, les critères allemands, bien qu'ils apparaissent positifs au premier abord, sont eux aussi négatifs dans l'interprétation qu'en fait la doctrine et au vu de leur objectif, similaire à l'objectif du législateur français : la limitation des rémunérations démesurées. Par exemple, le critère de développement durable signifie que la rémunération ne doit pas entraîner des profits à court terme. Une fois encore, on constate qu'il est toujours plus facile de définir négativement que positivement.

Le système français où le conseil d'administration dispose toujours d'une marge quasi discrétionnaire malgré les récentes tentatives législatives serait-il adapté ? Rien n'est moins sûr. La tendance législative dans les deux pays est au contraire à la multiplication des critères (apparition de la performance en France, du développement durable en Allemagne par exemple) même si l'efficacité de ces modifications législatives ne s'est pas encore démontrée. Par conséquent, aucun système de fixation ne peut encore être érigé en modèle, source de convergence législative.

On remarque également que ces modifications législatives ont pour but la limitation du montant des rémunérations des dirigeants sociaux, car c'est bien les montants et non leurs critères de fixation qui sont au cœur du débat populaire. Dès lors, les critères de fixation, souvent négatifs, se rapprochent des moyens de contrôle, et ce d'autant plus qu'un critère ne peut être efficace que par

¹⁴² MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, §87 Rn. 14

¹⁴³ *Ibid.*, §87 Rn. 15

¹⁴⁴ EHREN T., GROS M., *op. préc.*

la vérification postérieure de son application. Outre le contrôle du respect des critères, d'autres mécanismes plus ou moins souples ont été mis en œuvre par les législateurs français et allemand. Le caractère préventif de certains de ces mécanismes de contrôle conforte l'idée que fixation et contrôle sont intrinsèquement liés.

PARTIE II : Les mécanismes de contrôle

Les mécanismes de contrôle parviennent-ils à compléter efficacement les critères de fixation ? Sont-ils trop dépendants de l'incertitude de ces critères pour jouer pleinement leur rôle ?

On remarquera la diversité de ces mécanismes dans les deux pays, mécanismes que les législateurs, particulièrement le législateur français, ont nettement plus développés que les critères. Le contrôle peut être exercé soit par les organes sociaux eux-mêmes (section 1), soit par le juge (section 2).

Section 1 : Le contrôle par les organes sociaux

Sous l'influence des droits anglo-saxons, les législateurs avaient développé des mécanismes dits de droit « mou » (II). Ils commencent désormais à envisager un retour au droit « dur » (I) en raison notamment des conséquences néfastes de la crise financière sur l'opinion publique. Cette dernière peut en effet percevoir le droit mou comme laxiste, laissant place aux comportements financiers débridés sous couvert de bonnes intentions.

I) Les mécanismes de droit « dur »

Les mécanismes obligatoires sont dits de droit « dur », par opposition aux mécanismes de droit mou, qui ne constituent que de simples recommandations. Ces mécanismes reposent sur des obligations d'information des actionnaires et parfois du marché, mécanismes dits de « transparence » (A) et sur des mécanismes particuliers qui varient d'un pays à l'autre, tels les conventions réglementées en France ou l'obligation de diminuer la rémunération en cas d'aggravation de la situation sociale en Allemagne (B). La plupart de ces mécanismes reposent sur un contrôle par l'assemblée générale des actionnaires, contrôle qui est en réalité souvent conditionné par la participation des conseils d'administration ou de surveillance.

A) Les obligations d'information des actionnaires

Une obligation d'information au rapport de gestion à propos de la rémunération du directoire dans son ensemble était déjà prévue dans l'*Aktiengesetz* de 1937. L'obligation fut ensuite étendue en 1965 (*AktG*), 1985 (*Bilanzrichtliniengesetz*¹⁴⁵), 2005 (*VorstOG*¹⁴⁶) et 2009 (*VorstAG*). En

¹⁴⁵ Loi sur les directives relatives au bilan, BGBl. I, S. 2355

France une évolution similaire est notable, malgré la culture française du secret, avec la loi NRE de 2001 prévoyant la publication des rémunérations des dirigeants de société complétée par la LCME de 2003. La loi Breton en 2005 oblige à détailler les rémunérations et en 2007, avec la loi TEPA, c'est l'obligation de publier l'autorisation du conseil d'administration des rémunérations différées qui apparaît¹⁴⁷. Ces modifications successives révèlent l'importance grandissante que le législateur a accordée au concept de transparence de la rémunération des dirigeants. La connaissance par les actionnaires voire les investisseurs de ces rémunérations constitue certainement un mécanisme de contrôle. On verra cependant que contrôle ne signifie pas pour autant limitation des montants.

1) En France

On sait que le conseil d'administration doit annuellement émettre un rapport de gestion à l'attention de l'assemblée générale (art. L. 225-20 C. com.). Dans les sociétés cotées, des mentions spéciales relatives à la rémunération des dirigeants doivent y figurer.

L'art. L 225-102-1 al. 1 C. com. prévoit que le rapport « rend compte de la rémunération totale et des avantages de toute nature versés, durant l'exercice, à chaque mandataire social ». La règle s'applique également aux rémunérations perçues dans tout le groupe de sociétés (al. 2). La formulation est large et s'applique à tout type de rémunération, qu'elle soit versée au titre du mandat social (jetons de présence, rémunération particulière du président ou du directeur général), d'un contrat de travail ou d'une mission particulière¹⁴⁸. Stock-options et attributions gratuites d'actions doivent bien sûr être mentionnées. Les mandataires dont il est question sont les président du conseil d'administration et directeur général, entre autres représentants légaux. Les administrateurs ne semblent pas ici soumis à l'obligation d'information¹⁴⁹. Il faut enfin préciser que la publication des rémunérations est individuelle et nominative ainsi que l'indique l'expression « à chaque mandataire social »¹⁵⁰.

« Le rapport décrit en les distinguant les éléments fixes, variables et exceptionnels composant ces rémunérations et avantages ainsi que les critères en application desquels ils ont été calculés ou les circonstances en vertu desquelles ils ont été établis » (art. 225-102-1 al. 3 C. com.). Cette précision est issue de la loi Breton et vise à une présentation plus intelligible de la rémunération. Le rapport « indique également les engagements de toute nature, pris par la société

¹⁴⁶ *Gesetz über die Offenlegung der Vorstandsvergütungen*, Loi sur la publication des rémunérations du directoire, BGBl. I, S. 2267

¹⁴⁷ LE CANNU P., *Droit des sociétés, préc.*, n° 712

¹⁴⁸ Lefebvre, *Mémento pratique Sociétés commerciales*, 2011, n°48237

¹⁴⁹ LE CANNU P., *Droit des sociétés, op. préc.*, n° 712

¹⁵⁰ Lefebvre, *Mémento pratique Sociétés commerciales*, 2011, n°48237

au bénéfice de ses mandataires sociaux, correspondant à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la prise, de la cessation ou du changement des fonctions ou postérieurement à celles-ci. L'information donnée à ce titre doit préciser les modalités de détermination de ces engagements ». Sont ici visées les mêmes rémunérations que celles soumises au critère de performance par la loi TEPA depuis 2007 (parachutes, dorés, retraites-chapeaux) ainsi que les primes de bienvenue. Bien que décidées avant la prise de fonctions, les *golden hellos* doivent figurer dans le rapport puisqu'elles sont versées à raison de la prise de fonctions¹⁵¹. Au contraire des deux premiers alinéas qui ne sont assortis d'aucune sanction particulière, le défaut des mentions obligatoires selon le troisième alinéa est susceptible d'entraîner l'annulation des versements et des engagements, « hormis les cas de bonne foi ».

En annexe du rapport de gestion du conseil d'administration (ou du directoire), doit être joint dans les sociétés cotées un rapport du président du conseil d'administration (ou du président du directoire). L'art. L. 225-37 al. 8 C. com. (ou -68) dispose que ce rapport présente « les principes et règles arrêtés par le conseil d'administration pour déterminer les rémunérations et avantages de toute nature accordés aux mandataires sociaux ». En raison de la discrétion laissée au conseil d'administration quant à la détermination de ces règles, l'intérêt de cette mention au rapport est de permettre aux actionnaires et aux investisseurs de se faire une opinion sur le caractère convaincant ou non des règles de rémunération des dirigeants prévalant dans l'entreprise. En effet, le rapport, après approbation par le Conseil d'administration est rendu public (al. 9) ; n'étant pas uniquement à destination des actionnaires, la sanction envisagée est une sanction du marché si les règles de détermination de la rémunération n'inspirent pas confiance aux investisseurs.

D'autres règles spéciales reposant sur l'information des actionnaires doivent également être mentionnées.

L'art. L. 225-184 prévoit un rapport spécial à l'assemblée générale annuelle sur le nombre, les dates d'échéance et le prix des options de souscription ou d'achat d'actions consenties à chacun de mandataires sociaux à raison des fonctions qu'il exerce.

L'art. L. 225-115, 4° C. com. prévoit, indépendamment de tout rapport, que tout actionnaire a le droit d'obtenir la communication, dans les entreprises de plus de deux cents salariés, du montant global des rémunérations perçues par les cinq à dix personnes les mieux rémunérées dans la société. Ce montant est certifié par les commissaires aux comptes.

¹⁵¹ PACLOT Y. et MALECKI C., *op. préc.*

Enfin, dans le cadre de la procédure des conventions réglementées étendue par la loi TEPA, l'autorisation donnée par le conseil d'administration des engagements pris au bénéfice des dirigeants à raison de la cessation ou du changement de fonctions est publiée sur internet (cf. B).

2) En Allemagne¹⁵²

Le droit allemand différencie entre les obligations d'information dans toutes les sociétés (a) et les obligations d'information applicables uniquement dans les sociétés cotées (b).

a) Les obligations d'information dans toutes les sociétés par actions

L'obligation principale d'information des actionnaires sur la rémunération des dirigeants se situe en Allemagne aux §§ 285 S. 1 Nr. 9 lit. a S. 1-5, lit. b et c. et 314 Abs.1 Nr. 6 lit. a S. 1-5, lit. b et c. *HGB*¹⁵³ qui s'appliquent donc en principe à l'ensemble des sociétés par actions¹⁵⁴. On s'en tiendra ici à leur pertinence à l'égard des *Aktiengesellschaften*.

Le § 285 oblige le *Vorstand* à mentionner en annexe au bilan les rémunérations de toute sorte perçues par les membres du *Vorstand* dans son ensemble. Les rémunérations à mentionner sont celles visées par le § 87 *AktG* (rémunération fixe, participations aux bénéfices, droits d'options et autres rémunérations basées sur des actions, dédommagement des frais professionnels, primes d'assurances, commissions, et prestations annexes de toute sorte) même si les deux énumérations ne se recoupent pas mot pour mot. Puis la disposition vient préciser cette énumération initiale. Sont ainsi également à mentionner les rémunérations qui ne sont pas payées mais transformées en droits (*Ansprüche*) de toute sorte ou utilisées en augmentation de droits préexistants. Il faut, en plus des rémunérations pour l'exercice, mentionner les rémunérations versées pendant l'exercice, qui n'ont pas jusqu'alors été déclarées à la clôture de l'exercice. Les droits d'option et autres rémunérations basées sur des actions sont à mentionner avec leur nombre et leur valeur au moment où ils ont été conférés ; des changements postérieurs de cette valeur, qui reposent sur un changement des conditions d'exercice sont à considérer. La lettre b oblige à mentionner les rémunérations versées aux anciens dirigeants telles les indemnités et les pensions de retraite. Il faut enfin mentionner en vertu de la lettre c, les crédits, avances et autres relations contractuelles conclues par la société avec le et au bénéfice du dirigeant.

¹⁵² MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, § 87 Rn. 87-93

¹⁵³ *Handelsgesetzbuch*, Code de commerce

¹⁵⁴ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, § 87 Rn. 89

Le § 314 reprend cette énumération pour les rémunérations versées au directoire d'une société mère dans un groupe de sociétés.

Les petites sociétés par actions au sens du § 267 Abs. 1 HGB sont dispensées de cette obligation. Un actionnaire peut cependant exiger que lui soient communiqués les éléments précités en vertu de son droit général à l'information (§ 131 Abs. 1 S. 3 AktG).

Le § 286 Abs. 4 HGB prévoit une deuxième exception à l'obligation d'information en annexe, si les éléments d'information obligatoires « se laissent constater » au regard du bilan.

La doctrine n'a, à notre connaissance, pas émis de critiques sur cette première disposition en matière d'information, bien que la technique de l'énumération soit rarement prisee des commentateurs. L'énumération des rémunérations visées paraît donc suffisamment large pour couvrir tous les cas dans la pratique, et ce d'autant qu'elle n'est pas limitative, parallèlement au § 87 Abs. 1 S. 1 AktG.

b) Les obligations d'information dans les sociétés cotées

Pourquoi l'obligation se limite-t-elle ici aux sociétés cotées ? C'est à nouveau car le législateur a estimé qu'il existait d'autres moyens pour les actionnaires de contrôler les décisions du conseil de surveillance sur la rémunération dans les sociétés fermées.

Les phrases 5 à 8 du §285 S.1 Nr. 9 lit. a HGB ne s'adressent qu'aux sociétés cotées. Elles prévoient une publication individualisée des éléments de rémunération indépendants des critères de performances, des éléments dépendant des critères de performance et des éléments avec un effet incitatif à long terme. La publication individualisée signifie que l'on saura précisément quelles rémunérations ont été versées à quels dirigeants. Cette obligation vaut aussi pour les indemnités versées, à savoir les rémunérations versées en cas de cessation prématurée ou régulière du mandat, en cas de changement des accords de rémunération au cours de l'exercice, et les rémunérations versées à un ancien dirigeant dont le mandat a pris fin au cours de l'exercice. Il faut également mentionner les versements faits au dirigeant par des tiers en raison de sa position de dirigeant, afin de faire ressortir d'éventuels conflits d'intérêt. Comme tiers, on peut prendre en compte des sociétés du même groupe. Il n'existe en revanche pas d'obligation de mentionner les versements faits par la société ou des tiers à des personnes proches du dirigeant¹⁵⁵. La phrase 8 oblige enfin à

¹⁵⁵ MERTENS H.-J., CAHN A., § 87 Rn. 90

mentionner les prestations contenues au bilan. Les mêmes exceptions que dans toutes les sociétés sont valables.

Cependant il peut être dérogé à l'obligation de publication individualisée par l'assemblée générale sur proposition du directoire et du conseil de surveillance (§ 124 Abs. 3 S. 1 AktG) ou des actionnaires (§ 122 Abs. 2 AktG). Le § 286 Abs. 5 HGB qui prévoit cette exception exige une majorité qualifiée des trois quarts des actionnaires pour ne pas mentionner les éléments obligatoires en principe. Le dirigeant qui serait actionnaire ne pourrait bien évidemment pas exercer son droit de vote (§ 286 Abs. 5 S. 3 HGB). Les mêmes règles valent pour les groupes de société (§ 314 Abs. 2 S. 2).

Les sociétés cotées sont soumises à une autre obligation d'information. Le § 289 Abs. 2 Nr. 5 et le § 315 Abs. 2 Nr. 4 HGB pour les groupes de société prévoient que le *Lagebericht* (rapport sur la situation économique) doit mentionner les bases du système de rémunération. Si les données individualisées sur la rémunération des dirigeants sont ici mentionnées, il n'y a pas besoin de les mentionner à nouveau en annexe.

Enfin en matière de *stock-options* et *phantom-shares*, il existe une obligation d'information spéciale définie par le § 15 a WpHG¹⁵⁶. Le dirigeant doit informer la société émettrice des actions et l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers des actes juridiques effectués avec les actions de la société ou des instruments financiers s'y rapportant dans les cinq jours suivant l'acte. Selon la BaFin¹⁵⁷, l'obligation n'est pas applicable pour l'exercice ou le transfert d'instruments financiers qui font partie de la rémunération. Selon l'opinion majoritaire¹⁵⁸, l'obligation n'est effectivement pas applicable à l'acquisition de *phantom-stocks* ou *SAR (stock appreciation rights)* mais à leur transfert ou bien à la date où le dirigeant fait valoir les droits qui en résultent. De l'avis de Mertens et Cahn, l'obligation dépend du fait de savoir si leur valeur dépend du moment d'acquisition ou de transfert et si le bénéficiaire a ou non de l'influence sur la fixation de cette date. Si la réponse est positive, il existe un risque d'information privilégiée -et donc de délit d'initié- donc la disposition est applicable.

¹⁵⁶ Gesetz über den Wertpapierhandel, Loi sur le commerce de valeurs mobilières

¹⁵⁷ Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, l'équivalent de l'AMF

¹⁵⁸ MERTENS H.-J., CAHN A., § 87 Rn. 82

3) Comparaison

Les obligations d'information sur la rémunération des dirigeants se limitent en France aux sociétés cotées alors que le droit allemand prévoit quand même la mention de leur montant global en annexe au bilan de toutes les sociétés par action. On l'a déjà remarqué, le besoin de transparence est plus élevé dans les sociétés cotées en raison des intérêts publics en jeu. Le destinataire premier de ces obligations d'information n'est pas le public des investisseurs mais les actionnaires (b). *In fine*, force est de s'interroger sur l'intérêt des obligations d'information (c). Il convient en premier lieu d'en analyser les domaines respectifs en France et en Allemagne (a).

a) Domaine des obligations d'information

Dans l'ensemble, les rémunérations concernées par les obligations sont les mêmes puisque les termes employés dans les deux droits sont suffisamment larges pour se prêter à tous les types de rémunération existants, de la prime de bienvenue à la retraite en passant par les rémunérations habituelles et exceptionnelles. On retrouve une obligation d'information particulière aux stock-options bien que celles-ci soient également comprises dans les règles générales.

Les deux droits prévoient une présentation des rémunérations qu'il convient d'analyser. Les catégories allemandes reposent sur la performance du dirigeant : rémunérations ne reposant sur aucun critère de performance, rémunérations reposant sur des critères de performance, rémunérations avec effet incitatif à long terme. Cette présentation est originale comparée à la distinction habituelle retenue en droit français : rémunérations fixes, rémunérations variables, rémunérations exceptionnelles. La performance, qui n'était qu'un critère parmi d'autres en droit allemand, regagne de l'importance au niveau des mécanismes de contrôle.

Une présentation obligatoire va dans le sens d'une plus grande clarté de l'information transmise. C'est la raison pour laquelle les rémunérations sont présentées de manière individualisée dans les sociétés cotées.

La publication des règles de détermination de la rémunération est désormais de rigueur dans les deux pays, ce que l'on ne peut qu'approuver sur le principe. C'est en effet une règle préventive pertinente qui permet de s'interroger sur la méthode plutôt que de se borner à limiter un montant. Elle permet un contrôle plus efficace de l'application des critères légaux en Allemagne, et limite la discrétion du conseil d'administration en France.

b) Destinataires des obligations d'information

Les informations sur la rémunération sont situées dans différents documents, dont la variété n'est pas idéale pour ses destinataires : rapport de gestion (rapport sur la situation sociale en Allemagne), rapport du président (uniquement en France), annexe au bilan (uniquement en Allemagne), rapports spéciaux sur les stock-options, sans compter les informations mises à la disposition des actionnaires dont ceux-ci peuvent exiger la communication.

En Allemagne, les destinataires des obligations sont les actionnaires. Ils peuvent ainsi renoncer à la publication individualisée des rémunérations, disposition qui n'est donc prévue que dans leur intérêt. En France, les investisseurs sont, outre les actionnaires, destinataires de l'information sur les principes et règles de détermination de la rémunération dans le rapport du président du conseil d'administration. A noter qu'en Allemagne, même si seuls les actionnaires sont explicitement destinataires de la plupart des obligations d'information pesant sur la société, ces dernières n'en présentent pas moins un intérêt pour les marchés financiers si tant est que les assemblées générales n'y renoncent pas.

c) Intérêt des obligations d'information

Comment se justifie l'existence d'obligations d'information particulières aux sociétés cotées ? Trois fonctions de l'information sont invoquées en doctrine¹⁵⁹ pour justifier l'existence d'une obligation : la fonction de contrôle car l'information permet à l'assemblée générale de vérifier le caractère approprié de la rémunération fixée par le conseil de surveillance, la fonction préventive car l'information sur sa rémunération est censée dissuader le dirigeant de se laisser conférer une rémunération trop élevée, et la fonction informative des marchés financiers sur les motivations du dirigeant et les structures de contrôle dans la société. Cette dernière fonction qui semblait pourtant évidente est en réalité la moins importante en Allemagne puisque l'assemblée générale peut décider de renoncer à l'information ; la disposition est protectrice des actionnaires et non des investisseurs.

Concernant l'aspect individualisé de la rémunération, certains auteurs allemands font valoir des arguments constitutionnels pour démontrer qu'il n'y a pas « d'intérêt reconnu » à une publication individualisée. On pouvait pourtant penser que la résistance à l'individualisation des

¹⁵⁹ MERTENS H.-J., CAHN A., § 87 Rn. 87

rémunérations serait plus forte en France où la culture du secret des rémunérations est toujours prégnante.

En outre, l'obligation ne serait pas apte à engendrer de la retenue dans la fixation des rémunérations et le droit à l'information des actionnaires tiré du § 131 *AktG* suffirait. Selon Mertens et Cahn, il n'est cependant pas certain, que cette disposition générale permette aux actionnaires d'exiger une information sur les rémunérations individuelles des dirigeants sachant que la loi ne prévoit pas leur publication de principe à la clôture de l'exercice et que les mentions peuvent ne pas être effectuées sur décision de l'assemblée générale ; dans les sociétés avec des rapports majorité-minorité stables, la minorité ne dispose pas toujours de ces informations.

Par ailleurs, l'individualisation de la publication laisse moins de marge de manœuvre au conseil de surveillance ou au conseil d'administration pour fixer des rémunérations différenciées entre membres du directoire. Pour Kramarsch, il est même possible qu'on assiste à un nivellement vers le haut pour éviter les litiges qui pourraient nuire à l'image de la société¹⁶⁰. Dans le même ordre d'idée, le *Lake Wobegon Effect* selon lequel la transparence a conduit à des augmentations de rémunération car aucune entreprise ne veut payer ses dirigeants en dessous de la moyenne pour des raisons d'image, peut être invoqué¹⁶¹.

Pour conclure avec Kramarsch qui proposait déjà une publication individualisée en 2005¹⁶², on dira qu'elle n'est pas un remède miracle mais peut néanmoins permettre aux investisseurs de se faire une opinion sur le fait de savoir si les rémunérations sont bien en rapport avec la performance. De surcroît, la publication fait diminuer la discrétion du conseil de surveillance ou du conseil d'administration et oblige à plus de professionnalisme dans la fixation. En raison de la possibilité offerte à l'assemblée générale d'y déroger, l'importance de l'obligation reste cependant fortement conditionnée par la composition de l'actionnariat en Allemagne.

Sur le plan pratique, le renforcement des obligations d'information n'a pas permis de diminuer le montant des rémunérations et comme on l'a vu, les niveaux sont revenus proches des niveaux d'avant la crise financière. La transparence doit néanmoins être approuvée en tant qu'elle permet justement de connaître ces montants et d'évaluer l'efficacité des autres mécanismes de contrôle.

¹⁶⁰ KRAMARSCH M., « Organvergütung », *ZHR*, 169, 2005, p.112 et s.

¹⁶¹ FLEISCHER H., *op. préc.*

¹⁶² KRAMARSCH M., *op. préc.*

B) Les mécanismes particuliers

A côté de la transparence, d'autres mécanismes de droit dur reposant sur le contrôle de la rémunération des dirigeants par les actionnaires, le conseil d'administration ou le conseil de surveillance doivent être mentionnés. Ces mécanismes étaient pour la plupart préexistants et ont parfois été étendus pour répondre au problème de l'encadrement des rémunérations des dirigeants de société cotée. Ils sont très distincts et on les étudiera successivement en France (1) et en Allemagne (2).

1) Les conventions réglementées en France

La procédure dite des conventions réglementées est une particularité française visant notamment à prévenir les conflits d'intérêt entre la société et ses dirigeants. Son fonctionnement est défini aux articles L. 225-38 à L. 225-42 du Code de commerce en ce qui concerne les sociétés anonymes. Quel est tout d'abord son champ d'application ?

a) Champ d'application

L'art. L. 225-38 C. com. prévoit qu'est soumise à la procédure « toute convention intervenant directement ou par personne interposée entre la société et son directeur général, l'un de ses directeurs généraux délégués, l'un de ses administrateurs [...] ». Les dirigeants potentiellement concernés sont donc bien ceux dont on étudie la rémunération à savoir le président du conseil d'administration et le directeur général. L'alinéa 2 complète l'énumération par les conventions auxquelles une des personnes visées à l'alinéa premier est indirectement intéressée. Enfin l'alinéa 3 soumet à la procédure les « conventions intervenant entre la société et une entreprise, si le directeur général, l'un des directeurs généraux délégués ou l'un des administrateurs de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, membre du conseil de surveillance ou, de façon générale, dirigeant de cette entreprise ». Le champ d'application *rationae personae* de la disposition se veut volontairement large pour éviter des conflits d'intérêt par personne interposée, hypothèse très fréquente en matière de sociétés.

Rationae materiae, ce sont bien des conventions qui sont concernées par la procédure. En l'absence de contrat de direction entre le dirigeant et la société et en raison de la nature institutionnelle de la rémunération des dirigeants, on peut douter de l'intérêt de la procédure à propos de notre sujet. La fixation de la rémunération des dirigeants en vertu des articles L. 225-47 et

L. 225-53, décision unilatérale du conseil d'administration, n'est pas soumise à la procédure. Néanmoins, d'autres formes de rémunérations reposant elles sur un contrat entre la société et le dirigeant peuvent être qualifiées de conventions réglementées.

C'est l'idée prévalant à l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 2 mai 1993¹⁶³ dans lequel elle affirme qu'« en excluant ainsi, de façon générale, les divers rémunérations et avantages perçus par certains administrateurs et le président du conseil d'administration de la société B entre 1969 et 1972, du contrôle prévu par les articles susvisés, sans rechercher si, selon leur nature, ces rémunérations et avantages n'étaient pas soumis à un tel contrôle », la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. Monsieur Didier, rédacteur de la note à propos de cet arrêt, en déduit au vu de l'espèce le champ d'application suivant. Dans les rémunérations versées au titre du mandat social, les rémunérations ordinaires tels les jetons de présence ou la rémunération particulière des dirigeants échappent à la procédure des conventions réglementées et relèvent de la compétence exclusive de l'assemblée générale ou du conseil d'administration. En revanche, les rémunérations exceptionnelles pour des missions ou mandats particuliers sont soumises à la procédure. Concernant les rémunérations versées au titre d'un éventuel contrat de travail (conclu avant l'entrée en fonctions du dirigeant), toutes les modifications directes ou indirectes de la rémunération seront soumises à la procédure. Un arrêt de la chambre sociale du 8 juillet 2009¹⁶⁴ a paru étendre le champ d'application de la procédure des conventions réglementées à l'ensemble des rémunérations perçues par un dirigeant salarié mais il nous semble qu'il s'agisse plutôt d'une maladresse de rédaction.

Rationae temporis, la procédure s'applique aux engagements pris pendant les fonctions du dirigeant. Les engagements pris avant l'entrée en fonction du dirigeant ou après la cessation des fonctions ne devraient pas être soumis à la procédure puisque l'intéressé n'a plus la qualité de dirigeant¹⁶⁵. Cette brèche dans le champ d'application est assez regrettable car les décisions d'indemnisation des dirigeants en cas de cessation des fonctions font souvent partie des négociations ayant pour but d'attirer le dirigeant dans la société et peuvent donc être décidées avant l'entrée en fonction effective du nouveau dirigeant.

Dans les sociétés non cotées, la pension de retraite n'est pas soumise à la procédure si elle peut s'analyser en un complément de rémunération. Cela suppose que les conditions de l'arrêt

¹⁶³ Cass. com., 2 mai 1983, n°81-12717 *Rev.soc.*, 1984, 775, note DIDIER P.

¹⁶⁴ Cass. soc., 8 juillet 2009, n° 08-41589, *Bull. Joly Sociétés*, 2009, p. 1069, note MAGNIER V. et PACLOT Y.

¹⁶⁵ Le CANNU P., « L'encadrement des rémunérations des dirigeants de sociétés cotées : l'apport de la loi n°2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat », *préc.*

« Lebon »¹⁶⁶ soient réunies : la rémunération doit être la contrepartie de services particuliers rendus à la société par le dirigeant pendant l'exercice de ses fonctions, proportionnée aux services rendus, et ne pas constituer une charge excessive pour la société. Si ces conditions ne sont pas remplies elle s'analyse en une indemnité de départ.

Les indemnités allouées au dirigeant démissionnaire sont ainsi soumises à la procédure des conventions réglementées¹⁶⁷.

Dans les sociétés cotées, les engagements correspondant à des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement des fonctions sociales, c'est-à-dire notamment les parachutes dorés et les retraites-chapeaux ont été soumis à la procédure des conventions réglementées par l'art. L 225-42-1 C. com. al. 1 issu de la loi pour la confiance et la modernisation de l'économie de 2005¹⁶⁸.

Il est enfin nécessaire de préciser que l'art. L. 225-39 C. com. exclut expressément de la procédure les « conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales ». La notion est difficile à cerner : elle fait référence à un montant peu élevé de l'opération et à une mission rentrant dans le cadre de l'activité ordinaire de la société.

b) Déroulement de la procédure¹⁶⁹

Si un dirigeant énuméré à l'art. L. 225-38 conclut une convention avec la société, il doit en informer le conseil d'administration et lui communiquer tous les éléments utiles relatifs à cette convention. Le conseil d'administration décide ensuite par un vote auquel l'intéressé ne prend pas part de l'autorisation préalable de la convention. Etant précisé qu'une délibération formelle doit intervenir sur le sujet. Le président du conseil d'administration informe ensuite le commissaire aux comptes de l'existence de cette convention autorisée qui établit un rapport spécial à ce propos. A l'assemblée générale ordinaire, les conventions autorisées par le conseil d'administration sont soumises à l'approbation des actionnaires qui se prononcent sur la base du rapport établi par le commissaire aux comptes.

¹⁶⁶ Cass. com., 3 mars 1987, *préc.*

¹⁶⁷ Cass.com., 18 oct. 1994, n° 92-22052

¹⁶⁸ Loi n°2005-842 du 26 juillet 2005

¹⁶⁹ LE CANNU P., *Droit des sociétés, préc.*, n° 755

c) Sanctions

Les sanctions du non-respect de la procédure ne sont pas très sévères.

En l'absence d'autorisation du conseil d'administration, la convention est annulable si des conséquences dommageables pour la société du fait de cette convention sont démontrées. La nullité de la convention non autorisée peut cependant être couverte par un vote de l'assemblée générale, puisque ce sont les actionnaires qui sont protégés par les dispositions relatives aux conventions réglementées.

En présence d'une autorisation préalable, le vote d'approbation ou de désapprobation de la convention par l'assemblée générale n'aura pas d'effet sur la validité de la convention. Cependant, si la société a subi des conséquences préjudiciables en raison de la convention, la responsabilité du dirigeant partie à la convention peut être engagée et il devra indemniser la société du préjudice subi.

Les conséquences préjudiciables sont, comme souvent en matière de rémunération, appréciée par rapport au critère de l'intérêt social, c'est-à-dire l'existence d'une contrepartie pour la société.

d) Dispositions particulières aux sociétés cotées

L'art. L. 225-42-1 C. com. prévoit des dispositions particulières aux sociétés cotées, relativement aux retraites-chapeaux et autres parachutes dorés.

L'alinéa 3 de cet article prévoit la publication de l'autorisation préalable du conseil d'administration. Pour Alain Viandier, l'intérêt de cette disposition pour les actionnaires est de disposer d'une information contemporaine de l'accord. « Jusqu'alors, les actionnaires prenaient connaissance de l'accord d'indemnisation à travers la résolution de ratification soumise à l'assemblée générale, soit plusieurs mois après la conclusion de l'accord, puisque la ratification des conventions se fait en principe lors de l'assemblée générale annuelle qui connaît des comptes de l'exercice pendant lequel les conventions ont été passées »¹⁷⁰. Cette publication est rapide puisqu'elle intervient sur internet en vertu de l'art. R. 225-34-1 C. com.

En outre, aux termes du quatrième alinéa du même article, « la soumission à l'approbation de l'assemblée générale en application de l'art. L. 225-40 fait l'objet d'une résolution spécifique pour chaque bénéficiaire ». Pour Yann Paclot et Christophe Malecki¹⁷¹, on peut parler d'un nouveau régime de convention réglementée « individuelle », la procédure classique ne prévoyant pas nécessairement un vote de l'assemblée générale spécifique à chaque convention.

¹⁷⁰ VIANDIER A., *op. préc.*

¹⁷¹ PACLOT Y. et MALECKI C., *op. préc.*

Précisons ici que c'est bien l'engagement qui est soumis à l'approbation et non le versement de la rémunération. L'assemblée générale ne se prononce donc pas sur l'appréciation des performances par le conseil d'administration, ce qui est regrettable selon Paul Le Cannu¹⁷² car cela permettrait un contrôle plus abouti. En effet, il faut distinguer au sein de cet article le contrôle des engagements de rémunération (engagement d'indemnisation du dirigeant en cas de cessation de fonction, engagement de retraite) par l'autorisation préalable du conseil d'administration selon la procédure des conventions réglementées, de celui du versement des rémunérations convenues, qui est lui conditionné par la performance du dirigeant et dont l'appréciation donne lieu à un second vote du conseil d'administration une fois les fonctions du dirigeant terminées (cf. Partie I Section 2).

La sanction de la règle sur l'approbation individuelle par l'assemblée générale des rémunérations différées est la même que celle prévue par l'art. L. 225-41, à savoir la responsabilité du dirigeant concerné.

e) Critique

« Produit de réformes successives, la procédure des conventions réglementées est mal conçue, nul n'en disconvient »¹⁷³. La principale incohérence dans le cadre de notre sujet tient au fait que la procédure consiste à soumettre à l'autorisation (prétendument) préalable du conseil d'administration une convention qui a déjà été décidée par le conseil d'administration lui-même en vertu de sa compétence en matière de rémunération. En outre, la procédure repose sur la coopération du président du conseil d'administration avec le commissaire aux comptes ; or si c'est de sa rémunération qu'il s'agit, il est légitime de craindre une absence de zèle.

Le développement du rôle du commissaire aux comptes pourrait d'ailleurs être un autre mécanisme permettant de mieux surveiller les rémunérations des dirigeants¹⁷⁴.

Avec les conventions réglementées, on était déjà passé un stade au dessus de la simple information des actionnaires puisque l'assemblée générale pouvait être amenée à se prononcer sur l'engagement de rémunération souscrit au profit du dirigeant. Michel Germain parle d'évolution de la transparence à la surveillance juridique¹⁷⁵. Une telle évolution est-elle observable en Allemagne ?

¹⁷² LE CANNU P., « L'encadrement des rémunérations des dirigeants de sociétés cotées : l'apport de la loi n°2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat », *préc.*

¹⁷³ MAGNIER V. et PACLOT Y., « Rémunérations d'un dirigeant salarié et procédure des conventions réglementées », note sous Cass. soc., 8 juillet 2009, n° 08-41589, *Bull. Joly Sociétés*, 2009, p. 1069

¹⁷⁴ PACLOT Y. et MALECKI C., *op. préc.*

¹⁷⁵ GERMAIN M., « Rémunération des dirigeants : évolution ou révolution ? », *JCP E*, 4 juin 2009, 1576

2) En Allemagne

Deux mécanismes particuliers peuvent être invoqués. Bien qu'ils ne soient tous deux que d'un faible niveau contraignant en pratique, ils n'en restent pas moins théoriquement de droit dur. Le premier mécanisme est l'obligation de diminuer la rémunération incombant au conseil de surveillance (a) et le deuxième permet à l'assemblée générale de se prononcer sur le système de rémunération des dirigeants (b).

a) L'obligation de diminuer la rémunération en vertu du §87 Abs. 2 AktG

Suite à sa compétence de fixation de la rémunération, le conseil de surveillance doit réduire les rémunérations à un montant approprié en cas d'une telle aggravation de la situation de la société que le fait de continuer à verser les rémunérations initialement convenues serait inéquitable pour la société. Cette obligation de modification unilatérale du contrat est une exception légale au principe *pacta sunt servanda*¹⁷⁶. L'obligation est formulée simplement, comme « *soll-Vorschrift* » (obligation morale) mais elle n'empêche pas la responsabilité du conseil de surveillance si celui-ci omet de réduire la rémunération du dirigeant alors que les conditions de réduction sont réunies¹⁷⁷. Il n'est pas possible de déroger à cette disposition par les statuts ni même dans le contrat de service. Toutefois, il est possible de prévoir des clauses permettant la réduction de la rémunération sous des conditions moins strictes. La disposition s'adresse à toutes les sociétés, cotées ou non.

En premier lieu, on note la référence à un seul des critères de fixation, la situation de la société, puis la référence globale au caractère approprié : on peut en déduire que le conseil de surveillance devra continuer de prendre en compte les autres critères pour apprécier le caractère approprié mais seul un d'entre eux, la situation sociale, pourra justifier une réduction de rémunération. Par exemple, il n'y aura pas de réduction s'il s'avère que les performances fournies par le dirigeant ne valent pas sa rémunération. Des performances défailtantes peuvent en revanche jouer un rôle pour apprécier l'iniquité du fait de continuer à verser au dirigeant la rémunération convenue. L'iniquité doit être appréciée au cas par cas des rapports entre le dirigeant et la société. Il peut être significatif de savoir dans quelle mesure la dégradation de la situation sociale est due à l'exercice de ses fonctions par le dirigeant.

¹⁷⁶ MERTENS H.-J., CAHN A., § 87 Rn. 104

¹⁷⁷ *Ibid.*, § 87 Rn. 103

Avec la *VorstAG*, le législateur a voulu rendre cette réduction plus facile en supprimant l'exigence d'une dégradation « essentielle » et d'une « grave » iniquité. La disposition a en outre été étendue aux pensions de retraites, pensions du conjoint survivant et prestations similaires. Ces deux modifications ont été critiquées par la doctrine¹⁷⁸. Tout d'abord, elle estime que la réduction après-coup de rémunérations pour des prestations passées ne sert pas à grand chose d'autant que cette possibilité est limitée aux pensions versées durant les trois années suivant le départ du dirigeant. La réduction ne servirait qu'à indiquer que la dégradation de la situation sociale est imputable au dirigeant. Plus juridiquement, la suppression des adjectifs « essentiel » et « grave » soulève des difficultés constitutionnelles car l'art. 14 GG¹⁷⁹ s'étend à la protection des intérêts contractuels ; le législateur ne peut donc pas autoriser ou ordonner le retrait de droits contractuels existant de manière discrétionnaire. « *Indessen kann der Gesetzgeber, schon im Hinblick auf Art. 14 GG, dessen Schutzbereich auch auf vertragliche Anspruchspositionen erstreckt, den Entzug bestehender Ansprüche durch eine Vertragspartei nicht in beliebiger Weise zulassen oder, wie hier, gar gebieten* »¹⁸⁰. Par conséquent, il faut que le changement de situation soit suffisamment important pour justifier une diminution qui ne remette pas en question la situation juridique du dirigeant telle qu'elle est protégée par la loi fondamentale.

Il est alors nécessaire de s'interroger sur les droits du dirigeant face à cette possibilité. En effet, le critère du caractère approprié, jusqu'alors étudié comme limite supérieure est présenté dans l'alinéa 2 du § 87 *AktG* comme une limite inférieure : le conseil de surveillance doit baisser la rémunération jusqu'à ce qu'elle soit appropriée. Le dirigeant pourrait-il s'en prévaloir et estimer que sa rémunération n'est pas appropriée en ce qu'elle est trop basse ? Cela paraît discutable au vu du contexte dans lequel la loi a été votée. Pour la majorité des auteurs¹⁸¹, le principe de la rémunération appropriée n'est pas une disposition protectrice créant des droits au bénéfice du dirigeant. Il s'agit uniquement d'une limite supérieure c'est-à-dire que le dirigeant ne peut agir en augmentation de sa rémunération. Cependant, il lui est possible, dans le cas de réduction de sa rémunération, d'agir contre la société en paiement de la rémunération initiale ou en détermination judiciaire du montant juste selon le § 315 *Abs. 3 S. 2 BGB*¹⁸². Cette action est la conséquence du droit de diminution

¹⁷⁸ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, § 87 Rn. 105

¹⁷⁹ *Grundgesetz*, loi fondamentale

¹⁸⁰ *BVerfGE* 89, 1, 8 et *BVerfGE* 68, 193, 222 f., « Toutefois le législateur ne peut pas, au regard de l'article 14 de la loi fondamentale dont le champ d'application s'étend à la protection des intérêts contractuels, permettre, ou même, comme ici, ordonner d'une quelconque manière le retrait discrétionnaire de droits existants par un cocontractant » (traduction par votre serviteur)

¹⁸¹ SCHMIDT K., LUTTER M., *op. préc.*, § 87 Rn. 16

¹⁸² MERTENS H.-J., CAHN A., § 87 Rn. 100

conféré au conseil de surveillance, qui se qualifie de « droit de modifier un droit existant » au sens du § 315 Abs. 2 BGB. Selon les auteurs du *Kölner Kommentar*, allant à l'encontre de l'opinion majoritaire présentée par le *Münchener Kommentar*, une action en constatation de l'invalidité de la réduction est également recevable. Quoiqu'il en soit, si une décision est rendue en faveur du dirigeant, elle ne peut fonder une obligation d'égalité de traitement en faveur des autres dirigeants. Le conseil de surveillance peut également prévoir une limitation de la réduction dans le temps si une amélioration de la société est envisageable.

Un deuxième droit du dirigeant face à une réduction de sa rémunération est défini au § 87 Abs. 2 S. 4 qui prévoit un droit extraordinaire de résiliation du contrat de service au bénéfice du dirigeant. S'il fait usage de ce droit, il n'aura droit qu'à la rémunération réduite jusqu'à la fin initialement prévue de ses fonctions. Une réduction injustifiée représente de toute façon une raison importante justifiant la résiliation immédiate du contrat selon le § 626 BGB¹⁸³. Si la réduction est « grossièrement » injuste, le dirigeant aura même droit à des dommages-intérêts selon le § 628 Abs. 2 BGB.

A noter que la réduction des prestations sociales, incluses dans la rémunération, répond à des conditions plus strictes définies par une jurisprudence des tribunaux du travail¹⁸⁴.

Ces observations nous mènent à l'obligation pour le conseil de surveillance de prendre une décision justifiée au regard des critères précédemment évoqués. La décision de réduction doit en outre être déterminée c'est-à-dire préciser quelles rémunérations seront atteintes, à partir de quand et pour quelle période elles le seront. La décision ne peut revenir sur une rémunération déjà versée, mais si le dirigeant a reçu des avances dépassant le montant réduit de la rémunération, la société a un droit d'action en enrichissement sans cause (*Bereicherungsanspruch*).

- b) La possibilité de l'assemblée générale d'une société cotée de prendre des résolutions non contraignantes sur le système de rémunération §120 Abs. 4 AktG (issu de art. 1 Nr. 6 VorstAG).

Cette possibilité est inspirée du *say on pay* des assemblées d'actionnaires dans les *public limited companies* en droit anglais¹⁸⁵. Cette idée anglaise possède une influence au niveau communautaire puisque la recommandation de la commission européenne du 14 décembre 2004 (2004/913/EG) complétée par la recommandation du 30 avril 2009 (2009/385/EG) en fait état. En

¹⁸³ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, § 87 Rn. 109

¹⁸⁴ SCHMIDT K., LUTTER M., *op. préc.*, § 87 Rn. 22

¹⁸⁵ FLEISCHER H., *op. préc.*

Allemagne, cette possibilité offerte à l'assemblée générale s'accorde avec les dispositions du code de gouvernement d'entreprise prévoyant un rapport du conseil de surveillance à l'assemblée générale sur le système de rémunération¹⁸⁶. Il ne s'agit pas d'une décision régulière comme la décision de quitus du § 120 *Abs. 1 AktG*. Si le directoire ou le conseil de surveillance ne la porte pas à l'ordre du jour, des actionnaires représentant 1/20^{ème} du capital ou 500 000 euros peuvent l'exiger (§ 122 *Abs. 1 S. 1 AktG*). La résolution ne fonde ni droits ni obligations. Elle représente surtout une manière symbolique pour les actionnaires d'exprimer leur défiance¹⁸⁷. Avec Mertens et Cahn, on peut néanmoins se demander pourquoi le législateur mentionne uniquement le système de rémunération et non les rémunérations individuelles et leur montant. Si l'assemblée avait pu se prononcer sur les rémunérations individuelles et leur montant, l'effet symbolique de la résolution en eût été accru. L'expérience anglaise nous montre que la règle n'a pas empêché l'augmentation des rémunérations. D'un autre côté, les actionnaires sont plus sensibilisés aux questions de rémunération si les performances du management sont mauvaises¹⁸⁸.

3) Comparaison

Parmi les deux mécanismes particuliers de contrôle des rémunérations qu'on a développés pour l'Allemagne, seul le premier peut avoir un effet direct sur le montant des rémunérations. Le second ne vise que le système de rémunération et n'a pas d'effet contraignant. En France, le mécanisme des conventions réglementées n'a pas non plus d'effet direct sur le montant des rémunérations.

Bien que l'obligation légale de diminuer la rémunération en cas d'aggravation de la situation sociale soit une particularité allemande, le mécanisme n'est pas non plus totalement étranger du droit français. Le mécanisme n'est pas prévu explicitement en droit français en raison de la nature institutionnelle de la rémunération des dirigeants dans l'esprit du législateur. Au contraire d'un contrat qui ne peut en principe être modifié par la seule volonté d'un des cocontractants, la rémunération du dirigeant français peut en théorie être modifiée ou supprimée à tout moment en cours de mandat dès lors qu'une décision du conseil d'administration est formellement intervenue sur ce point¹⁸⁹. Seul l'abus pourra venir limiter la discrétion du conseil d'administration ainsi que le

¹⁸⁶ Ziff. 4. 2. 3 et 4. 2. 5. *DCGK*

¹⁸⁷ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, §87 Rn. 22

¹⁸⁸ FLEISCHER H., *op. préc.*

¹⁸⁹ Lefebvre, *Mémento pratique Sociétés commerciales*, 2011, n°40572

laisse entendre un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 24 octobre 2000¹⁹⁰. Une telle modification ne pourra pas avoir d'effet rétroactif sauf accord du dirigeant concerné et même si les sommes ont déjà été versées¹⁹¹. Cependant, il n'est pas question dans la loi d'une quelconque obligation, même morale, de réduire la rémunération du dirigeant. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 novembre 1981 avait pourtant retenu, que « lorsque l'activité de la société se dégrade et qu'il devient nécessaire de diminuer les charges sociales, le président commet une faute en ne réduisant pas sa propre rémunération et s'expose à devoir reverser la fraction jugée excessive de celle-ci ». Il convient de relativiser la portée de cet arrêt qui n'a pas été réitéré par la suite. En outre, le destinataire de l'obligation de diminution est ici le dirigeant lui-même et non le conseil de surveillance. En anticipant sur l'étude de la responsabilité des dirigeants, on peut déjà remarquer ici la tendance de la jurisprudence française à responsabiliser le dirigeant par rapport à sa propre rémunération au contraire du droit allemand qui se repose surtout sur la responsabilité des membres du conseil de surveillance.

Parallèlement, si la procédure des conventions réglementées n'a pas d'équivalent en Allemagne, on peut comparer le rôle que jouent les assemblées générales d'actionnaires dans les deux pays.

Au contraire de l'assemblée française qui dispose d'une compétence en matière de rémunération puisqu'elle décide de l'attribution des jetons de présence aux administrateurs, l'assemblée générale allemande n'a pas de compétence de principe pour décider de la rémunération des membres du directoire (elle décide en revanche de la rémunération des membres du conseil de surveillance comme dans le système dualiste français). Au niveau du contrôle des rémunérations, le législateur allemand lui a néanmoins conféré une possibilité de résolution non contraignante. *In fine*, cette possibilité n'est pas tellement éloignée de la compétence de l'assemblée générale pour l'approbation des conventions réglementées. En effet, l'approbation ou non des conventions réglementées n'aura pas d'effet non plus sur la validité de la rémunération en jeu. Son intérêt par rapport au *say on pay* du droit allemand est de permettre la mise en cause de la responsabilité du

¹⁹⁰ Cass. com. 24 oct. 2000, n° 98-18367, *RJDA*, février 2001, n°177 : «le conseil d'administration d'une société anonyme est seul compétent pour fixer la rémunération du président, en vertu de l'article 110 de la loi du 24 juillet 1966 [nouvel art. L. 225-47 C. com.] ; entre dans les prévisions de ce texte l'octroi d'un complément de retraite ayant pour contrepartie des services particuliers rendus à la société pendant l'exercice de ses fonctions par le président dès lors que l'avantage accordé est proportionné à ces services et ne constitue pas une charge excessive pour la société. Une cour d'appel, ayant retenu que la décision du conseil d'administration de supprimer ce complément de retraite, versé sous la forme d'une pension viagère, répondait à des difficultés économiques rencontrées par la société, ce dont il résultait que cette pension était devenue une charge excessive pour celle-ci et qu'ainsi, il appartenait, sauf abus de droit, au conseil d'administration de la modifier ou de la supprimer, a pu rejeter la demande d'annulation de cette décision »

¹⁹¹ Cass. com. 10 fév. 2009, n° 08-12564, *RJDA*, octobre 2009, n° 848

dirigeant en cas de conséquences préjudiciables. D'un autre côté, toutes les rémunérations n'étant pas soumises à la procédure réglementée en France, la résolution de l'assemblée générale allemande sur le système de rémunération dans son ensemble peut avoir une portée plus large.

Enfin, toujours en rapport avec le rôle des assemblées générales dans le contrôle de rémunérations, on note leur compétence en matière de stock-options. Nécessitant une modification des statuts, l'émission de stock-options, qui passe généralement par une augmentation de capital, nécessite la réunion d'une assemblée générale extraordinaire qui devra consentir à la mise à disposition des actions. Si l'assemblée générale ne peut en aucun cas intervenir dans la compétence de rémunération du conseil de surveillance ou du conseil d'administration, il n'en reste pas moins qu'elle peut, au moins en théorie, les empêcher de recourir à ce mode de rémunération.

Pour conclure, si on ne constate aucune convergence quant aux modalités des mécanismes, on remarque que ces derniers reposent souvent sur le renforcement du rôle des actionnaires face aux compétences exclusives des conseils d'administration ou de surveillance en matière de rémunération. Ce renforcement, quand il est inspiré du droit anglais, on pense notamment au *say on pay*, peut prêter le flanc à la critique dans la mesure où la stricte répartition des compétences est au cœur du droit des sociétés continental, notamment en Allemagne. Il se justifie néanmoins sur le terrain de l'opportunité d'autant plus que ces mécanismes sont très peu contraignants et qu'ils ne remettent pas du tout en question l'architecture globale du droit des sociétés.

On vient de l'admettre, les mécanismes de droit dur demeurent peu contraignants. L'encadrement des rémunérations ne serait-il pas rendu plus efficace par le droit mou plutôt que par ce droit dur peu contraignant (que l'on pourrait qualifier de demi-dur ou de demi-mou, pour l'image) ?

II) Le mécanisme de droit « mou » : le gouvernement d'entreprise

La *corporate governance* trouve ses origines en droit anglo-saxon au début des années 1990. Elle se veut « un cadre réglementaire juridique et factuel pour la direction et la surveillance d'une entreprise »¹⁹² et c'est à ce titre qu'elle revêt une importance particulière en matière de rémunération des dirigeants. Sur le plan théorique, son étude a soulevé des débats fournis en raison

¹⁹² RINGLEB H.-M., KREMER T., LUTTER M., WERDER A. v., *Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex*, 4. Aufl., Beck, München, 2010, Rn. 1 : « Corporate governance bezeichnet den rechtlichen und faktischen Ordnungsrahmen für die Leitung und Überwachung eines Unternehmens »,

de son statut ambigu de *soft law* ; on traduit même littéralement de droit « mou » afin d'en mieux ressentir la matière. Comme on le verra, son efficacité pratique est tout aussi contestée. Le mouvement de gouvernement d'entreprise possède désormais des implications très hétérogènes dans de nombreux pays tant au niveau de son contenu que de sa source (supranationale, nationale, extranationale)¹⁹³. La comparaison des règles françaises et allemandes (B) de gouvernement d'entreprise à propos de la rémunération des dirigeants, sous influence de l'Union européenne (A), en fournit un exemple frappant.

A) A l'échelon de l'Union européenne

L'influence du droit européen n'entend pas se limiter à la *soft law* et s'étend ainsi parfois au droit dur.

La directive n° 2006/46/ CE du 14 juin 2006 insère dans la directive n°78/660/CEE du 25 juillet 1978 un article 46 bis, aux termes duquel « toute société dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé doit inclure une déclaration sur le gouvernement d'entreprise dans son rapport de gestion »¹⁹⁴. Le champ d'application de cette obligation à destination des Etats-membres -quant aux buts à atteindre et non quant aux moyens à employer- est donc limité aux seules sociétés cotées. Il s'agit de déclarer les pratiques de gouvernement d'entreprise allant au-delà des exigences légales nationales. Cette déclaration peut également comprendre la désignation du code de gouvernement d'entreprise auquel la société se soumet et/ou du code qu'elle a décidé d'appliquer volontairement. C'est le fameux système inspiré du droit britannique « *comply or explain* »¹⁹⁵.

Cependant, il n'existe pas de code européen de bonne gouvernance d'entreprise, conformément à l'opinion émise par le *High Level Group*, groupe d'experts auprès de la commission européenne. Selon les conclusions de ce groupe, la plupart des codes paraphrase en grande partie la législation qu'ils veulent compléter ; en raison de cette dépendance à la législation nationale, un code européen aurait été trop lourd à élaborer et à mettre en œuvre¹⁹⁶.

¹⁹³ RINGLEB H.-M., KREMER T., LUTTER M., WERDER A. v., *op. préc.*, Rn. 3-5

¹⁹⁴ FAGES B., « Les codes de gouvernement d'entreprise : une comparaison franco-allemande », in MENJUCQ M. et FAGES B. (dir.), *Actualité et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés*, Dalloz, 2010

¹⁹⁵ *Idem*

¹⁹⁶ HOPT K. J., « Actualité et évolutions comparées du droit allemand et du droit français des sociétés », *Rev. Sociétés*, 2009, p. 309

Plus spécifique à la rémunération, le rapport de la commission européenne du 2 juin 2010¹⁹⁷ nous donne l'occasion de faire le point sur les recommandations émises par la commission européenne sur le sujet et notamment leur suivi en Allemagne et en France.

Les recommandations émises en 2004 et 2005 ne couvrant pas tous les aspects de la rémunération notamment celui de la concordance entre rémunération et intérêt à long terme de l'entreprise, la recommandation de 2009 avait pour objectif de renforcer cette concordance ainsi que l'effectivité du contrôle par les actionnaires¹⁹⁸.

On étudiera ces recommandations directement à travers leur mise en œuvre par les Etats-membres notamment en France et en Allemagne.

-Structure de la politique de rémunération :

«Une minorité d'Etats-membres [dont l'Allemagne] a mis en œuvre au moins la moitié des recommandations. [...] De nombreux Etats-membres [dont la France et l'Allemagne] exigent ou recommandent que la rémunération variable soit liée aux performances et promeuve la viabilité à long terme de l'entreprise. » Le problème de la définition du critère de performance n'est pas résolu par la recommandation.

-Limitation des indemnités de fin de contrat :

La majorité des Etats exige des limites pour les indemnités de fin de contrat mais l'Allemagne et la France ne la limitent que par rapport à la rémunération annuelle totale et non par rapport à la rémunération fixe comme recommandé. En Allemagne et en France, ces indemnités peuvent être basées sur la rémunération variable moyenne. Peu d'Etats ont vraiment posé des limites de montant, celles-ci étant considérées comme trop peu flexibles.

-Rémunération basée sur des actions :

¹⁹⁷ Comm. CE, Rapport 2010/285 CE, 2 juin 2010, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0285:FIN:FR:PDF>

¹⁹⁸ Comm. CE, Rapport 2010/285 CE, 2 juin 2010, *préc.* «En conséquence, la Commission a adopté en avril 2009 une nouvelle recommandation (2009/385/CE) sur la structure de la rémunération des administrateurs et la manière dont est élaborée et mise en œuvre la politique de rémunération des administrateurs de sociétés cotées, qui énonce une série de nouveaux principes qui complètent les recommandations précédentes. Une politique de rémunération appropriée devrait lier la rémunération à la performance et inciter les administrateurs à assurer la viabilité de l'entreprise à moyen et long termes. La recommandation de 2009 de la Commission précise des orientations supplémentaires à cette fin. Elle est basée sur les meilleures pratiques en matière d'élaboration des politiques de rémunération. Elle traite de certains aspects de la structure de la rémunération des administrateurs et de la gouvernance en matière de rémunération des administrateurs, notamment la surveillance par les actionnaires».

Dans de nombreux Etats-membres, la rémunération basée sur des actions doit être liée à des critères de performance, mais l'acquisition définitive des actions, soumise elle aussi au critère de performance, n'est pas toujours soumise à des délais comme c'est le cas en France et en Allemagne.

- Divulgateion de la politique de rémunération et vote des actionnaires :

«Une minorité d'États membres [dont l'Allemagne] a pris des mesures pour promouvoir le vote des actionnaires quant aux questions de rémunération». Selon la Commission, la simple possibilité d'un vote n'est pas un encouragement. Le constat d'application de la recommandation est donc sévère. Même en Allemagne, le vote des actionnaires sur le système de rémunération n'est qu'une possibilité. Le droit allemand pouvait difficilement faire mieux étant donné le principe de la répartition stricte des compétences, que la Commission ne prend absolument pas en compte.

Ceci dit, « les dispositions de la recommandation de 2004 relatives à la divulgation d'informations et au vote des actionnaires sont de plus en plus suivies depuis quelques années. En outre, les États membres ont tendance à prendre des mesures contraignantes à cet égard ». Le rapport constate cependant que la recommandation d'une rémunération claire et compréhensible n'est pas appliquée. Mais qu'est-ce qu'une rémunération claire et compréhensible ? C'est toujours le même problème de définition des critères qui fait obstacle à un encadrement efficace des rémunérations.

-Comité de rémunération :

La recommandation première était que l'un au moins des membres du comité ait des compétences en matière de rémunération. Elle peut prêter à sourire s'agissant d'un comité de rémunération et pourtant, « une minorité [dont l'Allemagne] a suivi les recommandations en matière de comités de rémunération. »

Le réexamen périodique de la structure n'est pas non plus recommandé par les Etats-membres et très peu sont ceux qui recommandent la proportionnalité de la rémunération entre dirigeants et salariés, comparaison verticale que l'on retrouve dans une certaine mesure en Allemagne mais qui est absente du droit français bien qu'au cœur des préoccupations de l'opinion publique.

Dans l'ensemble, les recommandations sur la partie variable de rémunération sont plus suivies que celles sur le comité de rémunération. Concernant la divulgation d'information envers les

actionnaires, elle se développe bien depuis 2004 mais de grandes différences sur le contenu de l'information communiqué subsistent encore.

Que faut-il retirer de ce bilan contrasté de l'application de la *soft law* communautaire ?

Il est en partie vrai que l'échelon communautaire n'est pas adapté pour régler ce type de questions en raison des divergences profondes subsistant encore en matière d'organisation des sociétés. Le non-suivi des recommandations s'explique donc avant tout par un problème de compréhension des recommandations : les notions de report, d'acquisition d'action ou de compétence ne sont pas les mêmes partout et les critères posés par le droit communautaire ne sont pas suffisamment précis. Comment pourraient-ils l'être plus s'agissant de recommandations devant pouvoir s'appliquer à tous. On se retrouve dans un cercle vicieux habituel du droit communautaire.

Deuxièmement, on remarque que les recommandations formulées par la Commission relèvent souvent de dispositions non réglées par le droit dur étatique mais abandonnées à la *soft law*. Or, en France, la *soft law* n'est pas élaborée par l'Etat mais par des organismes privés, qui ne sont donc pas directement destinataires des recommandations.

B) A l'échelon national

A l'échelon national, les mêmes questions se posent quant à la capacité de la *soft law* à encadrer la rémunération des dirigeants. Le législateur semble désormais moins enclin à laisser la pratique s'autoréguler ; droit mou et droit dur se rejoignent de plus en plus souvent. Le choix d'un code élaboré par une commission gouvernementale en Allemagne (b) démontre-t-il un niveau de contrainte plus élevé qu'en France, où plusieurs codes peuvent être adoptés par les sociétés cotées (a)?

1) Les Codes français de gouvernement d'entreprise

Après un rappel du caractère juridique de la *soft law* en France, on en présentera le contenu quant à la rémunération, en se basant principalement sur les principes AFEP/ MEDEF en raison de leur importance pratique.

a) Caractère juridique

La loi du 3 juillet 2008¹⁹⁹ a introduit le principe du *comply or explain* (se conformer ou s'expliquer) aux articles L. 225-37 al. 7 et L. 225-68 C. com. Ces articles prévoient désormais que « lorsqu'une société se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par des organisations représentatives des entreprises, le rapport prévu au présent article précise également les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été ». « Si une société ne se réfère pas à un tel code de gouvernement d'entreprise, ce rapport indique les règles retenues en complément des exigences requises par la loi et explique les raisons pour lesquelles la société a décidé de n'appliquer aucune disposition de ce code de gouvernement d'entreprise. »

Le rapport mentionné est celui du président du conseil d'administration (ou du directoire) à l'assemblée générale. Les entreprises sont donc libres de se référer à un code de gouvernement d'entreprise ou non et d'en écarter voire d'en ajouter des dispositions particulières, du moment que les raisons de ces choix sont exposées. On voit tout de suite quels problèmes pratiques et théoriques peuvent se poser. Qui contrôle la motivation de ces choix ? Personne n'est désigné par la loi. Qui apprécie l'effectivité des déclarations c'est-à-dire l'application pratique des règles de gouvernement d'entreprise que le président déclare suivre ? Là-encore personne. Voilà qui peut laisser dubitatif ; certains auteurs parlent même d'une « consécration en trompe l'œil » du principe « conformer ou s'expliquer »²⁰⁰. Et ce d'autant que les règles de gouvernement d'entreprise dont il est question ne sont souvent qu'une répétition des règles législatives ; l'intérêt pour les entreprises de déclarer qu'elles se conforment à la loi pourrait donc paraître minime.

La loi ne mentionne aucun code et les entreprises sont donc totalement libres du code qu'elles adoptent dès lors que celui-ci a été élaboré par « une organisation représentative des entreprises ». Dans la pratique, deux codes sont suffisamment importants pour être ici mentionnés : le code de gouvernement d'entreprise AFEP/MEDEF (Association française des entreprises privées/ Mouvement des entreprises de France) auquel se réfèrent la plupart des grandes sociétés cotées, et le code Middledext qui convient plutôt aux petites et moyennes entreprises. On se contentera ici d'étudier le contenu du code AFEP/MEDEF dans la mesure où il concerne les sociétés où les problèmes de rémunération ont été le plus décriés, tout en étant bien conscient qu'il reste assez proche des idées développées dans le code Middledext.

¹⁹⁹ Loi du 3 juillet 2008, n° 2008-649

²⁰⁰ MAGNIER V., « Le principe « se conformer ou s'expliquer », une consécration en trompe l'œil ? », *JCP E*, 2008, 280

b) Contenu sur la rémunération

Le code AFEP/MEDEF qu'on présentera est celui issu des rapports Vienot de 1995 et 1999, et Bouton de septembre 2002 ainsi que des recommandations émises en 2007 et 2008 lesquelles s'attardent tout particulièrement sur la rémunération²⁰¹.

Le code prévoit tout d'abord des dispositions relatives à la fixation des rémunérations, ce qui n'est pas sans intérêt au vu de l'absence de critères explicites dans la loi française. Il recommande en effet que la rémunération soit déterminée par le conseil d'administration sur proposition du comité de rémunération en respectant les principes suivants : exhaustivité (prise en compte de la part fixe, ces stock-options, actions gratuites jetons de présence, retraite, avantages particuliers), équilibre, *benchmark*, (c'est-à-dire en comparaison avec le marché de référence de l'entreprise), cohérence, lisibilité, mesure²⁰². La rémunération du président doit être fixée en fonction du marché, du travail effectué par le président, des résultats qu'il a obtenus, de la responsabilité assumée et des missions particulières qui peuvent lui être confiées ou de situations particulières, par exemple en cas de redressement d'une entreprise en difficulté²⁰³. La partie fixe de rémunération doit être revue à échéances longues, par exemple tous les trois ans, être liée à des événements affectant la société et être fixée en proportion de la partie variable de rémunération²⁰⁴. Elle inclut les avantages en nature. Quant à la partie variable, elle doit être fixée pour une période déterminée et il est souhaitable que son montant ne soit pas lié au cours de bourse mais récompense la performance du dirigeant à court terme et le progrès de l'entreprise à moyen terme. Il est également recommandé que les critères de performance retenus correspondent aux objectifs de la société, soient exigeants, explicables et autant que possibles, pérennes. Au sein de la partie variable de la rémunération, la part qualitative devrait être mesurée et permettre de tenir compte de circonstances exceptionnelles. Il serait souhaitable que les critères qualitatifs soient simples, peu nombreux, objectifs, mesurables et adaptés à la stratégie de l'entreprise²⁰⁵.

Dès ce stade, le rapprochement avec les critères légaux allemands, tels qu'interprétés par la doctrine, est assez frappant ; il ne s'agit pas nécessairement d'un phénomène de convergence dans

²⁰¹ AFEP/ MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, <http://www.code-afep-medef.com/>

²⁰² Art. 20. 1. Code de gouvernance AFEP/MEDEF

²⁰³ Art. 20. 2. Code de gouvernance AFEP/MEDEF

²⁰⁴ Art. 20.2. 1. Code de gouvernance AFEP/MEDEF

²⁰⁵ Art. 20. 2.2. Code de gouvernance AFEP/MEDEF

la mesure où ces critères sont logiques, sains et auraient du être appliqués depuis longtemps par les entreprises.

En 2008, d'autres dispositions sont venues compléter le code. Celles-ci sont plus prohibitives et des auteurs les ont même présentés sous forme de commandements divins²⁰⁶.

Elles interdisent tout cumul du mandat social avec un contrat de travail, même antérieur.

Les indemnités de départ sont interdites sauf le cas de départ contraint du dirigeant à la condition de performances de sa part (l'hypothèse n'est pas aisément concevable : on révoque le dirigeant mais ses performances justifient une indemnité...). Le montant de telles indemnités serait dans tous les cas limité à deux ans de rémunération.

Les retraites supplémentaires à prestations définies, autrement dit les « retraites-chapeaux », sont soumises à la condition que le bénéficiaire soit salarié ou mandataire social de l'entreprise lorsqu'il fait valoir ses droits à la retraite et ce avec une ancienneté « raisonnable ».

L'intéressement des dirigeants fait l'objet de règles fournies. Tout administrateur doit être actionnaire à titre personnel et détenir un nombre significatif d'actions. Les actions gratuites attribuées au dirigeant sont renommées « actions de performance » en raison de la condition à laquelle leur attribution doit désormais être soumise. Les actions de performance, de même que les options d'actions, ne peuvent être remises à un dirigeant au moment de son départ. La règle permet de conserver le sens principal de l'intéressement. Les salariés de l'entreprise doivent également être associés aux performances de l'entreprise.

Les stock-options ne doivent pas représenter une part trop importante de la rémunération et aucune décote ne peut être appliquée sur leur prix. Leur exercice est conditionné à la réalisation de performances, et ce, plusieurs années de suite. Les effets d'aubaine sont bien sûr interdits.

Une information permanente et annuelle est enfin prévue. Le code reprend ici les obligations légales d'information et les développe. Par exemple, les éléments de rémunération décidés doivent être publiés immédiatement après la réunion du conseil d'administration. Une présentation standardisée de ces éléments est même proposée en annexe au code.

Ces dispositions, bien que facultatives, représentent tout de même une « dernière chance donnée à l'autorégulation et à l'éthique avant que le législateur ne soit amené à s'emparer du sujet

²⁰⁶ CHAMPAUD C., DANET D., « Dirigeants sociaux. Rémunérations. Recommandations MEDEF/AFEP », *RTD Com.*, 2009, p. 154
<http://www.code-afep-medef.com/>

des rémunérations directoriales »²⁰⁷. Elles ont en effet un caractère plus menaçant que les premières dispositions relatives à la fixation de la rémunération.

Par ailleurs, on mentionnera l'existence d'un « comité des sages », mis en place par le MEDEF²⁰⁸, et chargé de veiller à ce que les dirigeants des sociétés adhérant au code de gouvernement d'entreprise et qui mettent en place des plans sociaux d'ampleur ou recourent au chômage partiel « reconsidèrent » leur rémunération. Conformément à l'esprit *soft law*, il a un rôle purement consultatif. Il peut être saisi par les conseils d'administration, les comités de rémunération, les assemblées générales d'actionnaires avant ou après l'octroi de la rémunération. Les avis qu'il rend sont confidentiels mais le comité peut communiquer sur ses avis s'il estime qu'ils n'ont pas été suivis de manière appropriée. Cette sanction par la transparence est assez originale et tout à fait en accord avec le principe du gouvernement d'entreprise, sanctionné uniquement par le marché.

La *Corporate Governance* allemande repose sur le même principe.

2) Le *Deutscher Corporate Governance Kodex*

a) Caractère juridique

Ce code de gouvernement d'entreprise a été élaboré par une commission désignée en août 2001 par le ministère fédéral de la justice et composée de praticiens (dirigeants d'entreprise de secteurs variés) et de professeurs de droit, sous la présidence du Dr. Gerhard Cromme, président du conseil de surveillance de *ThyssenKrupp AG*²⁰⁹. Publié dès le 26 février 2002 par le ministère de la justice, ce code a été traduit en plusieurs langues notamment en français afin d'en faciliter la compréhension aux investisseurs étrangers²¹⁰. La dernière modification de ce code date du 18 juin 2009, c'est à dire avant le vote de la *VorstAG*. Néanmoins, la commission était au courant des discussions parlementaires en cours et a adapté le code à ces travaux. Elle a même participé au processus législatif par la voix de son président, entendu par la commission parlementaire, en défendant les évolutions envisagées du *Kodex* comme une alternative au projet du gouvernement. Le législateur a quand même maintenu le projet du gouvernement dans ses grandes lignes et c'est bien la *Kodexkommission* qui a dû s'adapter²¹¹.

²⁰⁷ CHAMPAUD C., DANET D., *op. préc.*

²⁰⁸ Lefebvre, *Mémento pratique Sociétés commerciales*, 2011, n° 40575

²⁰⁹ RINGLEB H.-M., KREMER T., LUTTER M., WERDER A. (v.), *op. préc.*, Rn. 9

²¹⁰ *Ibid.*, Rn. 36

Cf. www.corporate-governance-code.de

²¹¹ RINGLEB H.-M., KREMER T., LUTTER M., WERDER A. (v.), *op. préc.*, Rn. 702 b

Dès juillet 2002, le § 161 *AktG* a imposé aux directoires et conseils de surveillance des sociétés cotées de déclarer quelles recommandations du code ont été suivies et lesquelles non. Suite à la directive de 2006²¹², la loi de modernisation du droit comptable²¹³ a introduit l'obligation d'expliquer le cas échéant pourquoi certaines dispositions du code n'ont pas été suivies. Il faut à ce stade distinguer entre les recommandations (*Empfehlungen*) marquées par l'emploi de l'indicatif *soll* et les incitations (*Anregung*) introduites par le conditionnel *sollte* (la société « devrait ») ou le verbe *kann* (« peut »). Si l'entreprise souhaite se détourner d'une recommandation, elle aura à le publier et le justifier. Au contraire, si elle décide de ne pas appliquer une *Anregung*, elle n'a aucune obligation de le faire puisque seules les recommandations sont visées par le § 161. La différence entre « *sollte* » et « *kann* » indiquant simplement le degré d'importance que les rédacteurs du Kodex accordent à la règle. Des modifications dans le degré d'obligation peuvent ainsi intervenir selon le taux de suivi des règles ou les problèmes pratiques apparus.

Quelles sont les sanctions d'une méconnaissance de ces obligations ?

En cas d'absence de déclaration de conformité, ou en présence d'une déclaration incomplète ou défectueuse, trois types de sanctions sont envisageables; car le § 161 exige certes une déclaration mais encore faut-il que celle-ci soit correcte. Premièrement, la décision de quitus de l'assemblée générale au bénéfice du *Vorstand* est annulable si elle a été donnée dans l'ignorance de la violation d'une obligation légale²¹⁴. Par exemple si la déclaration affirme faussement avoir suivi certaines recommandations dans le passé. Deuxièmement, la responsabilité interne ou externe des dirigeants pourra être engagée²¹⁵ conformément aux règles générales que l'on étudiera par la suite. On note tout de même que la société ou le tiers (un actionnaire, un investisseur) doit avoir subi un dommage causé par ce manque de déclaration pour engager cette responsabilité ce qui réduit considérablement la portée de la sanction. Troisièmement, la violation de cette obligation constitue une contravention au sens du § 334 *Abs. 1 Nr. 1 lit. d)* et *Nr. 2 lit. f) HGB* et elle peut jouer un rôle dans l'appréciation du délit d'abus de biens sociaux § 266 *StGB*²¹⁶.

Au contraire, pour le cas où la société ne se conforme pas par la suite à une recommandation à laquelle elle avait déclaré vouloir se conformer en vertu du § 161, il n'existe pas de sanction²¹⁷. De même, le bien-fondé et plus généralement la teneur des explications figurant dans la déclaration ne

²¹² Dir. n° 2006/46/ CE du 14 juin 2006

²¹³ *BilMoG (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz)* du 25.5.2009

²¹⁴ SPINDLER G. in SCHMIDT K., LUTTER M., *op. préc.*, § 161 Rn. 64

²¹⁵ *Ibid.*, § 161 Rn 65-79

²¹⁶ *Ibid.*, § 161 Rn. 80-81

²¹⁷ *Ibid.*, § 161 Rn. 67

sont pas sanctionnés²¹⁸. Il s'agit donc bien de droit mou, reposant avant tout sur l'idée d'une sanction par le marché.

b) Contenu sur la rémunération

En plus de représenter un standard plus élevé d'exigences par rapport à la loi, le *DCGK* se veut un outil de concrétisation de celle-ci. Il comporte par conséquent de nombreuses parties de paraphrase de la loi. Le chiffre 4. 2 *DCGK* sur la rémunération comporte ainsi de nombreuses références aux critères prédéfinis du § 87 *AktG*. C'est pourquoi on présentera successivement les règles qui développent plus ou moins précisément les critères légaux et les règles représentant des exigences supplémentaires à celles de la loi, tout en étant conscient qu'une entreprise peut très bien décider de ne pas appliquer ces règles.

-Développement des règles légales :

Certaines règles ne font que paraphraser les critères légaux.

Si les performances du dirigeant sont mentionnées, on n'apprend rien sur la manière de les apprécier, ce qui est particulièrement délicat notamment lorsque le dirigeant est nommé pour la première fois²¹⁹. On peut juste déduire que cette appréciation doit être annuelle de même que l'appréciation du résultat commercial avec le bilan²²⁰. Les critères d'évaluation ne sont donc pas aisés à établir mais l'utilisation de conventions d'objectifs peut être une solution²²¹.

Même la notion de développement durable de l'entreprise au *Ziff. 4.2.3 Abs.2 S. 1* n'est pas vraiment précisée. Certes, les commentateurs estiment que le critère va de soi puisque le dirigeant, chargé du patrimoine d'un tiers, la société, a l'obligation de le conserver et de l'améliorer. S'agit-il seulement de l'augmentation de la valeur de l'entreprise ou l'innovation, les relations sociales et l'écologie doivent-ils être pris en compte ? Le code n'apporte pas de réponse. En outre, il recommande une rémunération monétaire composée d'éléments fixes et variables, ce qui est déjà le cas dans la majorité des sociétés²²², et sans expliquer quelle part elles doivent l'une et l'autre représenter.

Au *Ziff. 4. 2. 3 Abs. 2 S. 2*, on apprend peu sur le sens de la pluri annualité. D'après les commentateurs, si on se réfère aux délais prévus pour l'exercice des options (§ 193 *Abs. 2 Nr. 4*

²¹⁸ *Ibid.*, § 161 Rn. 42

²¹⁹ RINGLEB H.-M., KREMER T., LUTTER M., WERDER A. (v.), *op. préc.*, Rn. 711

²²⁰ *Ibid.*, Rn. 712

²²¹ *Ibid.*, Rn. 716

²²² *Ibid.*, Rn. 722 c

AktG), on peut penser à une durée comprise entre 2 et 4 ans, cette dernière durée étant conseillée par Ringleb²²³. L'unique apport par rapport à la loi du code sur ce point étant que les évolutions positives et négatives de l'entreprise doivent être considérées dans la rémunération variable, ce qui semble à nouveau évident.

Le *Kodex* recommande également l'obligation de prévoir une limitation de montant des rémunérations variables en cas d' « évolutions extraordinaires » (*Ziff.* 4. 2. 3. *Abs.* 3 S. 4).

Une telle limitation figure déjà dans le § 87 *Abs.*1 S. 3 *Hs.* 2 pour les sociétés cotées mais ce n'est qu'une disposition facultative (« *soll-Vorschrift* ») à laquelle le conseil de surveillance peut déroger en cas de circonstances particulières.

Elle vise à empêcher les rémunérations excessives dues uniquement aux fluctuations boursières. Cette limitation n'avait pas été jugée nécessaire lors de la première publication du code car on pensait que la proportionnalité et la transparence suffirait à éviter les excès. Elle repose sur la même idée que l'imprévision § 313 *BGB*²²⁴ à un degré peut-être moindre, les « évolutions extraordinaires » nous paraissant moins restrictives que le « bouleversement des fondements du contrat ». Quoiqu'il en soit, la limitation formulée n'est ni chiffrée, ni à entendre strictement comme le montre l'emploi d' « en principe ».

Il nous faut tout de même nuancer la critique en mentionnant que certaines règles figuraient d'abord dans le code avant d'être transformées en droit dur par le législateur. Ainsi l'obligation pour le conseil de surveillance de statuer en session plénière sur la structure de rémunération et ses éléments essentiels, prévue au *Ziff.* 4.2.2. *Abs.* 1 *DCGK* est désormais de droit dur (modification du §107 *Abs.* 3 *AktG* par la *VorstAG*). Elle a bien sûr pour objectif d'assurer la plus grande transparence sur la question au sein du conseil de surveillance.

Toujours en matière de transparence, cette fois-ci à l'égard du marché, le *Ziff.* 4.2.4 prévoit une obligation légale de publication individuelle qui figure depuis la *VorstOG* de 2005 au § 285 *HGB*. Le *Kodex* apporte-t-il des précisions quant à la manière de publication ? Le *Ziff.* 4. 2. 5 prévoit qu'elle doit être effectuée dans le rapport annuel mais la structure et le contenu sont assez libres. L'idée est qu'un investisseur puisse comprendre le système et juger de sa proportionnalité et de son orientation durable. La référence aux plans de stock-options et aux accords sociaux a été supprimée du code en 2009 mais des informations à ce sujet (conditions d'exercice des options, valeurs) apparaîtraient pertinentes dans le rapport. Désormais la présentation préconisée est uniquement la distinction entre la part variable et la part fixe de rémunération²²⁵.

²²³ *Ibid.*, Rn. 722 d

²²⁴ RINGLEB H.-M., KREMER T., LUTTER M., WERDER A. (v.), *op. préc.*, Rn. 759-760

²²⁵ *Ibid.*, Rn. 782 et s.

En revanche, le *Kodex* fait parfois œuvre d'une réelle concrétisation du critère de proportionnalité et de ses composantes.

Par exemple, le critère de situation de la société est développé en « situation économique, succès (commercial) et perspectives d'avenir » au *Ziff. 4. 2. Abs. 2 S. 2.* ce qui reste large mais vient tout de même préciser la loi. Le caractère habituel fait expressément référence à la comparabilité horizontale et verticale dans l'entreprise par l'emploi des termes de « contexte » et de « structure de la rémunération qui vaut par ailleurs dans la société »²²⁶. Sans plus débattre de sa pertinence, l'ajout de la comparabilité verticale est une réelle indication d'interprétation du § 87 *AktG* étant donné que son inclusion dans le caractère habituel est discutée en doctrine. Puis, le *Ziff. 4. 2. 3 Abs. 2 S. 5* concrétise la loi en ce qu'il prévoit non seulement la proportionnalité des éléments de rémunération dans leur ensemble mais aussi les uns par rapport aux autres.

Enfin, le *Ziff. 4. 2. 3. Abs. 3* développe la notion de composants d'une rémunération variable, « en rapport avec les actions ou des données de référence de l'entreprise ». Ils doivent reposer sur des paramètres « pertinents » et « exigeants ». Ces deux adjectifs n'excluent donc pas l'évolution du cours des actions comme paramètre. Cependant l'adjectif « exigeant » a pour but d'éviter les *windfall profits* et l'adjectif « pertinent » de repréciser que la rémunération variable présente un risque en cas d'échec de l'entreprise²²⁷.

-Règles plus exigeantes :

Sur le système de rémunération en général, on apprend que les rémunérations versées par d'autres sociétés du même groupe doivent faire partie de l'appréciation de la proportionnalité de la rémunération. (*Ziff. 4. 2. 2. Abs. 2 DCGK*). En revanche, les rémunérations des mandats dans des sociétés extérieures au groupe ne sont pas prises en compte²²⁸.

Pour renforcer la transparence, le *Kodex* prévoit un rapport du président du conseil de surveillance à l'assemblée générale à propos des grandes lignes du système de rémunération et de ses modifications (*Ziff. 4. 2. 3. Abs. 6*). Comme on l'a vu, l'intérêt de ce rapport réside dans le fait que l'assemblée générale peut se prononcer de manière non contraignante sur le système de

²²⁶ *Ziff. 4. 2. 2 Abs. 2 S. 2 DCGK*, « Vergleichumfeld », « Vergütungsstruktur, die ansonsten in der Gesellschaft gilt »

²²⁷ RINGLEB H.-M., KREMER T., LUTTER M., WERDER A. (v.), *op. préc.*, Rn. 743

²²⁸ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, §87 Rn. 12

rémunération en vertu du § 120 Abs. 4 AktG, le législateur faisant confiance aux « effets purement pratiques d'un vote monétaire de défiance »²²⁹.

Une nouveauté en 2009 est la recommandation de s'assurer de l'indépendance d'un conseiller externe si on a recours à ses services (Ziff. 4. 2. 2. Abs. 3). La commission craignait en effet qu'avec la *VorstAG* et le renforcement de la responsabilité des membres du conseil de surveillance, ces derniers se tournent plus souvent vers des conseillers. Il faut ici entendre l'indépendance par rapport au *Vorstand*²³⁰.

En matière de rémunération variable, le Ziff. 4. 2. 3 S. 3 interdit le *repricing* c'est-à-dire la modification postérieure des buts à atteindre ou des paramètres de référence. L'effet incitatif devant être associé aux rémunérations variables pourrait être diminué si le dirigeant ne supporte pas les risques d'une dégradation de la situation sociale. Il ne serait en effet pas équilibré que le dirigeant ait des chances de gains élevés et peu de risques de perte. D'un autre côté, le *repricing* permet de fixer des buts plus réalistes et d'éviter ainsi des comportements trop risqués. Il peut aussi renforcer l'attachement du dirigeant à la société car le changement de circonstances justifiant le *repricing* n'est pas nécessairement imputable au dirigeant actuel. Enfin, les buts à atteindre sont liés à la stratégie de l'entreprise qui doit être en mouvement car elle s'intègre dans un environnement économique en perpétuelle évolution²³¹. Sur ce point le *Kodex* diverge des exigences du *BaFin*, l'équivalent allemand de l'AMF, à propos des dirigeants de banque : le système de rémunération doit prendre en compte les changements de stratégie et ne pas être uniquement en harmonie avec les buts qu'elle fixe²³². Cette exigence est donc critiquable²³³ mais les sociétés peuvent de toute manière y déroger en partie si elles le déclarent.

Enfin, un « *Cap* » est prévu pour limiter les indemnités de départ en cas de rupture prématurée du *Anstellungsvertrag* sans raison importante (Ziff. 4. 2. 3. Abs. 4 S. 1 DCGK). Cette limitation, qui doit être votée par le conseil de surveillance au complet lors de la conclusion du contrat, est double : l'indemnité ne doit pas dépasser le montant de deux ans de rémunération ni le montant de la rémunération pour le temps qu'il restait à courir au contrat. Ce qui n'était au départ qu'une simple incitation (*Anregung*) est depuis le 6 juin 2008 une recommandation, objet du § 161 AktG, évolution qui pourrait laisser présager d'une intervention législative si la règle n'est pas suivie.

²²⁹ FLEISCHER H., *op. préc.*

²³⁰ RINGLEB H.-M., KREMER T., LUTTER M., WERDER A. (v.), *op. préc.*, Rn. 719 a

²³¹ DAUNER-LIEB B., PREEN A. (v.), SIMON S., *op. préc.*

²³² *Idem*

²³³ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, §87 Rn. 70

Son accueil par l'opinion public est positif mais la doctrine a émis des critiques quant à sa mise en œuvre²³⁴. Selon les auteurs du *Kölner Kommentar*²³⁵, cette disposition n'est pas opportune si le contrat est rompu alors qu'il reste plus de deux ans à courir : en effet, s'il n'y a pas de raison importante de résilier le *Anstellungsvertrag*, le dirigeant a de toute façon un droit au reste de sa rémunération. Les versements visés par le « *Cap* » seraient donc des versements encore supplémentaires à la rémunération du temps restant, ce qui laisse envisager des montants conséquents. En outre, la disposition ne s'applique pas si l'indemnité est intégrée au contrat pendant les négociations du départ, c'est-à-dire qu'elle survient par une modification ultérieure du contrat ; le montant de l'indemnité n'étant dans ce cas pas déterminé à la conclusion du contrat comme le prévoit le *Kodex*. Dans cette hypothèse, il n'y aurait pas non plus de publication selon § 161 *AktG*. Cette interprétation littérale de la disposition peut néanmoins être contestée et on peut considérer téléologiquement, comme Ringleb, que le *Ziff. 4. 2. 3. Abs. 4 DCGK* englobe aussi le cas de la modification ultérieure du contrat. Il est néanmoins tout à fait sensé pour le cas où la révocation met fin au contrat de service sans raison importante alors que les parties avaient convenu de la résiliation du *Anstellungsvertrag* en cas de révocation, car une indemnisation pour le temps restant à courir peut tout à fait avoir été prévue dès la conclusion du contrat²³⁶.

Si l'indemnité est prévue en cas de changement de contrôle de la société, le maximum autorisé par le *Ziff. 4. 2. 3. Abs. 5 DCGK* est de 150% du « *Cap* » tel que défini ci-dessus, donc trois ans de rémunération. Le temps restant à courir des fonctions n'étant pas mentionné, il semble que seule la première limite soit applicable²³⁷.

En conclusion, on retient que l'idée centrale en matière de rémunération des dirigeants, à savoir celle de la liberté d'appréciation des conseils de surveillance, est conservée par le *Kodex* au vu de la généralité de ses termes. Cela n'est pas surprenant étant donné que *business judgement rule* et *corporate governance* proviennent du même système juridique.

S'il on a souvent l'impression que le *Kodex* ne sert qu'à reformuler la loi de manière plus ou moins habile, il contient des dispositions novatrices bien que perfectibles qui pourraient bien inspirer le législateur si elles ne sont pas suivies. Le *Kodex*, au-delà de sa mollesse juridique, peut remplir une fonction dissuasive envers les entreprises et leurs dirigeants. En cela il se rapproche des principes AFEP/MEDEF.

3) Comparaison

²³⁴ RINGLEB H.-M., KREMER T., LUTTER M., WERDER A. (v.), *op. préc.*, Rn. 763 a et s.

²³⁵ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, §87 Rn. 84

²³⁶ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, §87 Rn. 84

²³⁷ *Ibid.*, §87 Rn. 85

La comparaison des droits mous français et allemands pourrait mener vers des distinctions subtiles au sein d'un droit mou au statut déjà ambigu en fonction de l'origine de la *soft law*. Le fait que le code allemand ait été élaboré par une commission gouvernementale, à laquelle, au demeurant, nombre de praticiens ont participé, ne doit pourtant pas lui conférer une valeur plus contraignante que les différents codes de gouvernement d'entreprise français, élaborés par des organismes privés, dans la mesure où l'entreprise a toujours le choix de ne pas s'y référer et d'écarter certaines dispositions si elle s'en explique. Les deux codes présentent donc les caractéristiques ambiguës du *soft law* anglo-saxon. Il s'agit de règles dont la valeur est supérieure à celle de simples recommandations au vu de leur reconnaissance par le droit dur mais qui ne sont pas assorties de sanctions. Désormais, l'inspiration anglo-saxonne n'est plus si clairement marquée car le mécanisme a été entièrement assimilé par le droit européen et c'est sous son influence que les mécanismes continuent de se développer au niveau national. Chose remarquable, cette influence communautaire s'exerce elle aussi par le biais de droit flexible, directives ou recommandation.

Au niveau du contenu, le Code allemand paraît plus perfectionné²³⁸. Une première explication repose sur la forme puisque l'allemand permet une gradation dans la recommandation grâce aux verbes modaux *soll*, *sollte* ou *kann* qui sont par ailleurs déjà utilisés dans le droit dur. Il est également plus développé au niveau du contenu ; Bertrand Fages en déduit que l'Allemagne est plus en avance mais la France plus libérale²³⁹.

Les deux Codes couvrent les principaux aspects du gouvernement d'entreprise dont la rémunération, étant remarqué que le Code allemand met plutôt l'accent sur la transparence et les pouvoirs respectifs du directoire et du conseil de surveillance.

A propos des critères de fixation, le code AFEP/MEDEF se révèle très utile pour le juriste car il détaille des critères jusqu'alors absents de la loi (à part la performance). Au contraire, le juriste allemand peut se plaindre de l'absence de précision sur la signification des critères légaux.

Les deux codes trouvent leur intérêt principal en matière de mécanismes de contrôle, et les normes proposées sont sensiblement plus sévères que les dispositions légales. En France, à la suite des interventions législatives de 2007, les indemnités de départ et les retraites-chapeaux sont particulièrement encadrées ce qui révèle bien la fonction de menace législative remplie par la *soft law*. L'Allemagne, qui connaît des limitations de montant non seulement pour les indemnités de

²³⁸ FAGES B., *op. préc.*

²³⁹ *Idem*

départ mais aussi en cas d'évolutions extraordinaires se montre à nouveau plus en avance, que la France qui répugne à employer ce moyen de contrôle peu flexible au demeurant critiqué par une partie de la doctrine allemande. Le Code français prévoit néanmoins lui aussi une limite de montant des indemnités de départ à deux ans de rémunération, qui se révèle finalement plus sévère et moins flexible que la limite allemande (trois ans de rémunération).

Il est donc difficile de tirer des conclusions globales de la comparaison des deux *soft laws*, plutôt soumises à des considérations d'ordre contingent.

-Une efficacité relative:

Qu'en est-il de l'efficacité de ces codes de gouvernement d'entreprise ?

Ils contribuent de manière certaine à l'amélioration de l'image des entreprises auprès des investisseurs et du public. Clients de l'entreprise et salariés sont également inclus dans leurs destinataires²⁴⁰. Les échos de la doctrine en sont dans l'ensemble assez positifs et la majorité des entreprises du CAC 40 (35 sur 40 en 2009)²⁴¹ déclarent se référer à un code de gouvernement d'entreprise selon l'AFEP et le MEDEF, le taux d'adhésion des entreprises étant croissant.

L'exemple anglais montre néanmoins que beaucoup de ces dispositions ne sont pas suivies dans la réalité notamment en matière de rémunération des dirigeants exécutifs²⁴².

Le problème du principe « se conformer ou s'expliquer » réside dans la définition et les modalités de l'explication. Alors que le *Combined Code* anglais exige une « explication minutieuse et claire », rien n'est dit dans les codes français et allemands. Toutefois, même s'il ne s'agit que d'une déclaration d'intention, elle a son importance justement parce qu'il s'agit de *soft law*.

Conclusion de la Section 1 :

En Allemagne comme en France, beaucoup de dispositions sont passées du droit mou au droit dur. A titre d'exemple, on citera la collégialité du conseil de surveillance en Allemagne pour la fixation du système de rémunération et de ses éléments essentiels qui trouve son origine dans le *Ziff. 4.2.2. Abs. 1 DCGK*. A l'intérieur même du *Kodex* allemand, le degré de contrainte peut être modifié

²⁴⁰ FAGES B., *op. préc.*

²⁴¹ MEDEF, « 2^o rapport annuel sur le code AFEP-MEDEF », nov. 2010, http://www.medef.com/fileadmin/www.medef.fr/documents/AFEP-MEDEF/Rapport_application_afep_medef.pdf

²⁴² FAGES B., *op. préc.*

par un simple changement de verbe modal ; un *sollte* transformé en *soll* a tout de même pour conséquence l'obligation de publication selon le § 161 AktG.

A propos de la France, Michel Germain décrit cette évolution : on est passé de la transparence à la surveillance juridique d'une part, et du coaching à l'obligation éthique d'autre part²⁴³.

Le même constat est effectué par Thomas Ehren : la *VorstAG* de 2009 en Allemagne est représentative d'une relative perte de confiance du législateur dans la régulation par les organes sociaux d'où le renforcement des mécanismes judiciaires²⁴⁴.

Section 2 : Le contrôle judiciaire

Le contrôle du juge est théoriquement plus sévère, plus strict, en tout cas plus neutre, que celui des organes sociaux. Le juge ne joue cependant pas un rôle majeur dans le contrôle de la rémunération des dirigeants. Son intervention reste en effet principalement indirecte et le législateur n'a pas voulu que la question de la rémunération des dirigeants se règle judiciairement, choix qui ne pourrait être qu'approuvé si les mécanismes mis en place par ailleurs étaient efficaces. Bien qu'ils restent marginaux, des mécanismes de contrôle direct peuvent être relevés dans les deux systèmes.

On distinguera les hypothèses où le juge remet en cause le principe de la rémunération, hypothèses de contrôle indirect (I), des hypothèses dans lesquelles le juge modifie le montant de la rémunération, hypothèses de contrôle direct (II). Dans le premier cas, la rémunération peut rester valable, bien que l'intervention du juge condamne implicitement son montant excessif. Dans le deuxième cas, le juge est amené lui-même à procéder à la réduction de la rémunération.

I) Le contrôle indirect

La responsabilité des dirigeants est souvent invoquée comme justification des montants de rémunération importants versés aux dirigeants d'entreprise. L'activité de dirigeant présente en effet un risque d'engagement de responsabilité important. Comme on l'a déjà remarqué à plusieurs reprises, ce risque reste très théorique ; en raison notamment du développement des assurances *D&O* pour indemniser le dirigeant si sa responsabilité civile est invoquée, de la théorie de la faute séparable des fonctions pour la responsabilité envers les tiers, et du mécanisme de la délégation de

²⁴³ GERMAIN M., *op. préc.*

²⁴⁴ EHREN T., GROS M., *op. préc.*

pouvoir, pratique très répandue pour exonérer le dirigeant de sa responsabilité pénale pour des faits commis dans le fonctionnement de l'entreprise auxquels il n'aurait pas participé personnellement.

Dans le cadre de la présente étude, la responsabilité aussi bien civile (A) que pénale (B) des dirigeants présente un intérêt accru en tant que mécanisme de contrôle indirect de la rémunération des dirigeants. On s'attachera moins à rechercher une quelconque justification des montants de rémunération que la possibilité pour le juge de remettre en cause la validité d'une rémunération excessive. C'est donc la responsabilité du dirigeant envers la société et non envers les tiers qui sera ici présentée.

A) La responsabilité civile des dirigeants

1) Dans le modèle moniste

a) Principe

L'art. L. 225-251 C. com., dans sa rédaction issue de la loi NRE de 2001, prévoit l'engagement de la responsabilité des administrateurs et du directeur général à l'égard de la société dans trois cas :

- la violation des dispositions législatives ou réglementaires applicables aux SA
- la violation des statuts
- les fautes de gestion, le critère de la faute étant à nouveau la contrariété à l'intérêt social, ce qui ne suppose pas nécessairement l'intention de lui nuire. La faute peut être constituée par une simple abstention, par exemple le fait de ne pas dénoncer des agissements frauduleux commis par le directeur général ou le président du conseil d'administration²⁴⁵.

Les conditions classiques de la responsabilité civile, à savoir l'existence d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice, doivent bien entendues être réunies.

Si l'on en croit Paul Le Cannu, la jurisprudence semble clémente envers les dirigeants et n'engage que rarement leur responsabilité²⁴⁶ ; ce qui peut paraître paradoxal quand on sait que la responsabilité des dirigeants sociaux est de plus en plus fréquemment mise en cause²⁴⁷. On pourrait aussi soutenir que c'est justement en raison de la mise en cause fréquente de la responsabilité civile

²⁴⁵ Lefebvre, *Mémento pratique Sociétés commerciales*, 2011

²⁴⁶ LE CANNU P., *Droit des sociétés, préc.*, n° 473

²⁴⁷ EL AHDAB J., « La prise en charge financière par la société de la responsabilité de ses dirigeants : vers un modèle américain ? », *Rev. Sociétés*, 2008, p. 239

des dirigeants que les juges se montrent particulièrement exigeants sur ses conditions d'engagement. Aucun élément ne nous permet cependant d'être catégorique, d'autant qu'il faut nuancer le constat. A titre d'exemple, la responsabilité des directeurs généraux est plus souvent mise en cause que celle de leurs collègues administrateurs pour la simple et bonne raison qu'ils réalisent plus d'actes de gestion au nom de la société que ces derniers²⁴⁸. Les administrateurs se voient eux souvent reprocher un manque de surveillance des activités du conseil d'administration²⁴⁹, ce qui tend à donner aux administrateurs un rôle apparenté à celui des membres du conseil de surveillance dans le modèle dualiste²⁵⁰. La faute personnelle de l'administrateur doit en principe être constatée mais il existe des hypothèses de faute collective entraînant une responsabilité solidaire²⁵¹.

b) Les faits générateurs de responsabilité en matière de rémunération

On l'a vu la violation des dispositions législatives va permettre d'engager la responsabilité civile du dirigeant à l'égard de la société.

Ainsi, le non respect des délais de conservation des actions tels que prévus par la loi du 31 décembre 2006 ou le défaut d'accomplissement des formalités de publicité sont susceptibles d'être imputées au dirigeant. Le non respect des règles relatives aux conventions réglementées, bien qu'un régime spécial de responsabilité de l'intéressé à la convention soit prévu à l'art. L. 225-41 al. 2 C. com., va aussi pouvoir être reproché au président du conseil d'administration qui n'aurait pas rempli ses obligations dans la procédure (défaut de communication au commissaire aux comptes par exemple).

Ici, le mécanisme de la responsabilité ne permet pas de remettre en cause le principe de rémunérations versées mais représente toutefois une sanction efficace d'autres mécanismes d'encadrement tant au niveau préventif que curatif.

L'octroi de rémunérations abusives est une faute de gestion, génératrice de responsabilité. La question étant encore de définir l'abus, on s'en tiendra à la définition du Mémento Pratique Francis Lefebvre, les rémunérations abusives sont celles « qui dépassent ce qui est justement dû pour rétribuer chacun des intéressés compte tenu des fonctions qu'il occupe »²⁵². Des actionnaires minoritaires ne rapportent cependant pas la preuve d'une rémunération abusive « lorsqu'ils se

²⁴⁸ LE CANNU P., *Droit des sociétés, préc.*, n°792 : « En pratique, le directeur général est plus exposé que les administrateurs, car il agit davantage et doit agir davantage »

²⁴⁹ *Ibid.*, n°716

²⁵⁰ MAGNIER V., *Cours de droit spécial des sociétés, préc.*

²⁵¹ Lefebvre, *Mémento pratique Sociétés commerciales*, 2011

²⁵² Lefebvre, *Mémento pratique Sociétés commerciales*, 2009, n°2365

bornent à soutenir que la multiplicité des fonctions exercées par les dirigeants rend leur exercice concrètement impossible et prive ainsi de véritable contrepartie les rémunérations importantes octroyées à ceux-ci »²⁵³. A l'inverse, a été retenu comme fautif le fait d'avoir perçu des salaires excessifs dès lors que l'activité de la société se dégradait et que le salaire annuel de l'intéressé apparaissait disproportionné par rapport aux tâches réduites qui lui incombait²⁵⁴. En l'occurrence ce n'est pas le principe de la rémunération qui est remis en question mais son montant excessif. On reste pourtant dans une hypothèse de contrôle indirect dans la mesure où le juge ne va pas ramener la rémunération versée à un montant raisonnable. Il va simplement indemniser la société pour le préjudice subi par cet excès de rémunération, ce qui même en pratique ne revient pas tout à fait au même puisque le préjudice que démontrera la société ne sera pas nécessairement égal à la différence entre la rémunération excessive et une rémunération raisonnable selon le juge.

Si c'est la responsabilité des administrateurs pour rémunération excessive qui est en cause, il existe de fortes chances pour que le conseil d'administration soit déclaré responsable dans son ensemble puisque la décision d'attribution de la rémunération au(x) dirigeant(s) est collégiale. Pour s'exonérer de sa responsabilité personnelle, un administrateur peut tenter de démontrer son opposition à la décision de rémunération en produisant des extraits des procès-verbaux de décision²⁵⁵.

c) Les titulaires de l'action en responsabilité

Les dirigeants sont, en tant que représentants légaux de la société, les premiers à pouvoir agir en responsabilité au nom de la société. On perçoit immédiatement le problème : ils ne vont pas agir au nom de la société contre eux-mêmes²⁵⁶. L'hypothèse est en réalité celle du nouveau dirigeant agissant contre un ancien dirigeant ayant grevé les finances de la société en percevant des rémunérations excessives.

A certaines conditions, les actionnaires peuvent également agir au nom de la société : c'est l'action sociale *ut singuli*.

L'art. L. 225-252 C. com. prévoit plusieurs possibilités : soit l'actionnaire agit seul au nom de la société, ce qui est un droit propre auquel on ne peut déroger dans les statuts ni soumettre à

²⁵³ Cass. com. 21 sept. 2004, *RJDA*, janvier 2005, n° 47

²⁵⁴ CA Paris 17 jan. 1981, Sté des établissements Marlaud, dans le même sens, CA Bordeaux 23 avr. 2007, *RJDA*, mars 2008, n° 288

²⁵⁵ Lefebvre, *Mémento pratique Sociétés commerciales*, 2009, n°8500

²⁵⁶ LE CANNU P., *Droit des sociétés, préc.*, n°479

l'approbation de l'assemblée générale²⁵⁷, soit agir en association (cf. art. L. 225-120), soit agir en groupe conformément à l'art. R. 225-169 al. 1 C. com. (issu d'un décret en Conseil d'Etat). Dans le cas où l'actionnaire agit seul, les frais de procédure sont à sa charge et les dommages-intérêts reviennent à la société puisqu'il s'agit d'une action sociale. Cet élément a très souvent un effet dissuasif pour l'actionnaire minoritaire. Par ailleurs, la jurisprudence n'a retenu que peu d'hypothèses dans lesquelles l'actionnaire a réussi à démontrer un préjudice distinct de celui de la société et à engager une action en son nom propre.

d) L'exclusion de la responsabilité

Outre les réticences qu'il peut y avoir à mettre en mouvement une action en responsabilité à l'encontre d'un dirigeant, ceux-ci sont de toute manière protégés par des contrats d'assurance responsabilité civile, autrement dénommés les assurances *D&O (Directors and Officers)*.

Ces contrats ne sont pas interdits par la loi mais beaucoup de questions peuvent être soulevées quant à leur qualification juridique au regard du droit civil des sûretés, du droit des sociétés ou des assurances et quant à leur régime. Il n'existe en effet aucune disposition légale spéciale pour ces contrats et la jurisprudence est peu fournie.

Leur objet est la couverture des conséquences financières des actions en responsabilité civile exercées contre les dirigeants du fait de leur gestion, la plupart du temps, mais aussi de la violation de dispositions légales ou des statuts. En pratique, elle couvre d'éventuels dommages-intérêts et les frais de défense engagés.

L'assurance est généralement exclue en cas de faute intentionnelle ou dolosive, de dommages corporels ou matériels causés aux tiers, pour les amendes fiscales et pénales, les réclamations fondées sur la recherche d'un profit auquel l'assuré n'a pas droit, etc²⁵⁸.

Au vu de la jurisprudence sur la faute séparable des fonctions et de la responsabilité de la personne morale, le champ d'application des assurances *D&O* paraît relativement réduit en France²⁵⁹.

Le plus souvent, c'est la société qui souscrit le contrat pour le compte de ses dirigeants. Elle couvre ainsi le risque d'un dirigeant contre une action en responsabilité qui pourrait être engagée par elle-même par l'intermédiaire des nouveaux dirigeants ou des actionnaires. Se pose alors une

²⁵⁷ *Ibid.*, n°480

²⁵⁸ Lefebvre, *Mémento pratique Sociétés commerciales*, 2009, n° 2488

²⁵⁹ EL AHDAB J., *op. préc.*

question légitime : est-il normal que ce soit la société qui paie la prime d'assurance ? Pour Le Cannu, « il serait étonnant que la société subisse le poids d'une assurance destinée à l'indemniser elle-même des conséquences de la faute d'autrui »²⁶⁰. Selon lui, les primes pourraient cependant constituer un élément de rémunération. On verra ci-dessous la différence de point de vue à ce sujet entre Le Cannu et la doctrine allemande qui fait une toute autre analyse de des primes d'assurances, bien qu'elle ne soit pas non plus unanime.

Quoiqu'il en soit, le Mémento Lefebvre conseille de soumettre la souscription d'une telle assurance à la procédure des conventions réglementées car il n'est pas exclu que la jurisprudence considère qu'il s'agit d'un contrat conclu par le dirigeant par personne interposée²⁶¹. Selon ses auteurs, on n'aurait pas non plus besoin de faire mentionner les cotisations au rapport de gestion car elles ne constituent pas un avantage versé à chaque mandataire social mais un avantage profitant à l'ensemble des mandataires sociaux. Cette opinion ne paraît pas conforme aux objectifs de transparence accrue poursuivis par le législateur depuis une dizaine d'années²⁶².

2) Dans le modèle dualiste

Seule la responsabilité interne, c'est-à-dire la responsabilité entre la société et ses organes, est réglée dans l'AktG. Il convient de distinguer entre la responsabilité des membres du directoire (a) et celle des membres du conseil de surveillance (b). C'est surtout la seconde qui constitue un mécanisme de contrôle indirect de la rémunération des dirigeants ; mais elle se construit beaucoup en référence à la première.

a) Responsabilité des membres du directoire

-Les devoirs du dirigeant :

Les devoirs du dirigeant définis au § 93 AktG sont communs aux membres du directoire et aux membres du conseil de surveillance.

Le paragraphe définit le devoir général dont la violation pourra donner lieu à responsabilité mais n'exclut pas une responsabilité en cas de violation d'autres devoirs prévus par la loi.

²⁶⁰ LE CANNU P., *Droit des sociétés, préc.*, n°486

²⁶¹ Lefebvre, *Mémento pratique Sociétés commerciales*, 2009, n° 2499

²⁶² EL AHDAB J., *op. préc.*

Le devoir général du dirigeant est le devoir de diligence, c'est-à-dire le devoir d'appliquer la diligence d'un homme d'affaires ordonné et consciencieux. Il est apprécié objectivement, en référence à un homme d'affaires doté d'un standard de connaissances et d'un engagement nécessaire²⁶³.

La loi exige également du dirigeant qu'il respecte les dispositions légales relatives à l'organisation interne de l'entreprise et celles relatives aux relations externes à l'entreprise²⁶⁴.

Les dirigeants ont le devoir de « coopérer collégialement » et sont soumis à une obligation de loyauté à l'égard de la société²⁶⁵.

Une particularité du droit allemand par rapport au droit français réside dans la marge d'appréciation laissée par la jurisprudence aux dirigeants dans leur prise de décision, inspirée de la *business judgement rule* du droit américain²⁶⁶. Cette présomption d'irresponsabilité en cas de prise d'une « décision d'entreprise » a été développée par le *BGH* dans son arrêt « ARAG »²⁶⁷. Puis le législateur l'a insérée à la deuxième phrase du § 93 *Abs. 1 S. 2*. Les conditions pour en bénéficier sont l'existence d'une décision d'entreprise. Sont donc exclus les cas de violation du devoir de loyauté, de non-respect des obligations d'information ou d'une violation générale de la loi ou des statuts²⁶⁸. Une décision d'entreprise est une décision incertaine car tournée vers l'avenir, liée à des estimations, des pronostics, par exemple la fixation du prix d'émission de nouvelles actions. La présomption exige en outre que le dirigeant ait pu raisonnablement croire qu'il agissait dans l'intérêt de la société²⁶⁹. Le dirigeant doit avoir agi indépendamment d'un autre intérêt (le sien ou celui d'un tiers), condition qui résulte implicitement de la loi²⁷⁰. Enfin, il doit avoir pris la décision sur la base d'une information appropriée (*auf der Grundlage angemessener Information*) et être de bonne foi²⁷¹.

On précise d'ores et déjà que la violation par le dirigeant des devoirs prévus dans le contrat de service, comme la violation d'une obligation de non-concurrence, n'aura pas d'incidence sur son droit à la rémunération²⁷².

²⁶³ RAISER T., VEIL R., *op. préc.*, § 14 Rn. 87

²⁶⁴ *Ibid.*, §14 Rn. 81

²⁶⁵ *Ibid.*, §14 Rn. 83, 91

²⁶⁶ *Ibid.*, §14 Rn. 66

²⁶⁷ *BGH*, 21.04.1997, « ARAG-Garmenbeck » *BGHZ* 135, 244

²⁶⁸ RAISER T., VEIL R., *op. préc.*, § 14 Rn. 67-68

²⁶⁹ *Ibid.*, §14 Rn. 70

²⁷⁰ *Ibid.*, § 14 Rn. 75

²⁷¹ *Ibid.*, § 14 Rn. 76-77

²⁷² HOPT K. J., WIEDEMANN, *op. préc.*, §84 Rn. 348

-La responsabilité :

Le § 93 *AktG* prévoit la sanction d'un manquement aux devoirs précédemment énoncés : la responsabilité (civile) du dirigeant, à savoir l'obligation à des dommages-intérêts. Les conditions d'un préjudice et d'un lien de causalité sont également à démontrer.

En matière de rémunération, le membre du directoire ne peut pas, en principe, être tenu pour responsable en cas de fixation d'une rémunération excessive car il n'est pas destinataire du § 87 *AktG*²⁷³. Une telle responsabilité ne pourra être engagée que dans des conditions strictes : le membre du directoire doit avoir causé la rémunération excessive par une information erronée donnée au conseil de surveillance ou avoir influencé d'une autre manière illégale cette fixation²⁷⁴. On peut se demander, avec Mertens et Cahn²⁷⁵, si le § 87 concrétise l'obligation de loyauté du membre du directoire à l'égard de la société en posant des limites à la poursuite par le dirigeant de ses intérêts personnels lors de la conclusion d'un contrat. La réponse est négative car lors de la conclusion du contrat de direction, le membre du directoire n'agit pas au nom de la société mais dans son intérêt personnel. On ne saurait lui reprocher de rechercher la situation contractuelle la plus favorable pour lui-même. La seule possibilité pour la société de s'opposer au droit à la rémunération du dirigeant en raison d'un abus de pouvoir de représentation serait donc de prouver que le conseil de surveillance a sciemment franchi les limites posées par le § 87 et que ce dépassement ne pouvait être ignoré par le dirigeant, ce qui représenterait une sorte de collusion frauduleuse, pour utiliser un concept français.

Par ailleurs, on rappelle que la responsabilité du dirigeant peut être engagée en cas d'absence de déclaration ou fausse déclaration de conformité aux règles du gouvernement d'entreprise (cf. Section 1 II)).

-Titulaires de l'action :

Le conseil de surveillance est titulaire de l'action en responsabilité contre les membres du directoire au nom de la société. Dans la pratique, il est cependant rare que le conseil de surveillance fasse valoir ce droit. Soit qu'il n'ait pas connaissance de la violation du devoir, soit qu'il craigne de se

²⁷³ SEIBT C. H. in SCHMIDT K., LUTTER M., *op. préc.*, §87 Rn. 16

²⁷⁴ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, §87 Rn. 5

²⁷⁵ *Idem*

voir reprocher un manque de surveillance qui entraînerait sa propre responsabilité. Souvent, les hypothèses de responsabilité se présentent en procédure collective quand c'est l'administrateur judiciaire qui agit ou bien quand il y a litige après que le dirigeant a quitté ses fonctions.

Les créanciers de la société peuvent agir s'ils ne peuvent obtenir satisfaction de la part de la société²⁷⁶.

Un actionnaire ne peut agir individuellement en vertu du § 93 car cette disposition n'est pas protectrice des actionnaires²⁷⁷. Une minorité d'actionnaires représentant au moins 10% du capital peut néanmoins agir en vertu du § 147 *Abs. 1 AktG*. Depuis la *UMAG*²⁷⁸ (sur l'intégrité au sein des sociétés et la modernisation du droit au recours), des actionnaires représentant 1 % du capital ou 100 000 euros en valeur nominale des actions disposent d'une action pour agir en leur nom, c'est-à-dire sans l'intermédiaire d'un mandataire mais pour la société (§ 148 *AktG*). L'action doit néanmoins être déclarée recevable par le tribunal du siège social de la société qui vérifiera que les actionnaires détenaient bien leurs actions avant les faits reprochés, qu'ils ont demandé en vain à la société d'agir elle-même, que des soupçons de fautes juridiques graves existent et qu'aucune raison tirée de l'intérêt social ne s'oppose à leur action en justice²⁷⁹.

-L'exclusion de la responsabilité :

La responsabilité du dirigeant est exclue si l'action litigieuse repose sur une résolution légale de l'assemblée générale. En revanche, sa responsabilité peut être engagée même si le conseil de surveillance a consenti à l'agissement (§93 *Abs. 4 S. 1 et 2*).

Pour se prémunir contre les risques de responsabilité, les dirigeants allemands peuvent également bénéficier d'une assurance *D&O*.

Il s'agit, de même qu'en droit français d'une assurance conclue par la société au bénéfice de ses organes contre le risque d'une responsabilité personnelle envers la société ou des tiers. Selon les auteurs du *Kölner Kommentar*, la souscription d'une telle assurance par la société est conforme à l'intérêt social dans la mesure où, eu égard aux montants très élevés dont il est généralement question, elle protège la société d'une éventuelle insolvabilité du dirigeant²⁸⁰. Si elle n'est pas

²⁷⁶ RAISER T., VEIL R., *op. préc.*, § 14 Rn. 105

²⁷⁷ *Ibid.*, § 14 Rn. 106

²⁷⁸ *Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts*

²⁷⁹ GERMAIN M., HOEVERMANN J., « Questions actuelles sur la responsabilité des dirigeants de société en Allemagne et en France », *Dr. sociétés*, n°6, juin 2006, étude n° 12

²⁸⁰ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, § 93 Rn. 242

obligatoire, elle est cependant très courante dans la pratique des sociétés cotées, et ce d'autant que les modifications législatives renforcent la responsabilité des dirigeants. Elle est d'ailleurs explicitement envisagée au § 93 Abs. 2 AktG et dans le Ziff. 3. 8 DCGK.

La compétence de l'organe qui conclut l'assurance au nom de la société dépend de sa qualification comme partie de la rémunération ou comme *Fürsorgeaufwendung* (prestation sociale)²⁸¹. Selon la première opinion, le conseil de surveillance est compétent pour décider de sa conclusion et de ses modalités mais c'est le *Vorstand* qui conclut le contrat au nom de la société. Selon la seconde opinion, l'assurance D&O étant également conclue dans l'intérêt de la société, elle ne présente pas exclusivement de caractère rémunérant et peut donc être conclue par le *Vorstand*. En outre, on conclut généralement ces assurances en groupe pour tous les dirigeants, si bien qu'il est difficile de prendre en compte le caractère approprié exigé par le § 87 AktG. De cette absence de caractère rémunérant résulte également l'absence de nécessité de la publier en vertu du § 285 Nr. 9 HGB. Elle ne représente pas non plus un élément de rémunération du conseil de surveillance donc il n'est pas nécessaire de la fixer dans les statuts ou qu'elle soit autorisée par l'assemblée générale (§ 113 Abs. 1 S. 2 AktG).

Des critiques similaires²⁸² à l'encontre de cette pratique peuvent être mentionnées. La responsabilité personnelle, qui agit préventivement et pose une règle de conduite pour les actes des dirigeants, est contournée. Pour certains auteurs, l'assurance responsabilité violerait donc le § 93 Abs. 2 AktG. En outre on avance parfois qu'elle équivaut à une exclusion de responsabilité (*Haftungsverzicht*) pourtant prohibée par la §93 Abs. 4 S. 3 AktG, ce qui devrait conduire, selon une autre opinion, à sa nullité selon le § 134 BGB. Si une franchise est prévue au contrat, l'assurance devient valable car l'effet préventif de la responsabilité est maintenu.

Pour les auteurs du *Kölner Kommentar*, la loi n'exige pas une responsabilité à tout prix, comme le démontre la possibilité de renoncer aux dommages-intérêts offerte à l'assemblée générale par le §93 Abs. 4 S. 3. L'assurance responsabilité civile représenterait un « contrepois sensé à la responsabilité organique sévère prévue par la loi »²⁸³. Le problème de l'absence d'effet préventif peut être résolu par le fait que subsiste une menace de révocation ou de ne pas être reconduit, de perte de réputation, sans compter que l'assurance D&O ne couvre pas tous les risques ; sont ainsi exclues les fautes intentionnelles et une limite d'indemnisation généralement entre 250 000 et 300

²⁸¹ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, § 93 Rn. 246

²⁸² *Ibid.*, § 93 Rn. 244

²⁸³ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, § 93 Rn. 244 : « Die D&O-Versicherung bildet somit ein sinnvolles Gegengewicht zu der strengen gesetzlichen Organhaftung »

Millions d'euros est souvent prévue ainsi que des clauses spécifiques. Depuis la *VorstAG*, le § 93 *Abs.* 2 S. 3 prévoit même une franchise obligatoire²⁸⁴.

La franchise est obligatoire en ce qui concerne les membres du *Vorstand* mais l'assurance en elle-même reste facultative. Son objectif est de conserver la fonction préventive de la responsabilité. La doctrine doute cependant de son efficacité. En effet, la prévention ne peut fonctionner qu'en cas d'action intentionnelle ou consciente entraînant une responsabilité ; si le dirigeant ne sait pas qu'il viole la loi, la responsabilité ne remplit aucun effet préventif.

En l'absence de franchise, le contrat d'assurance devrait rester valable car il ne s'agit que d'une question de rapports internes à la société. Selon une autre opinion, le contrat serait valable mais la franchise légale s'imposerait d'office²⁸⁵.

Son montant est de 10 % du dommage subi et dans tous les cas, elle représente au minimum le montant d'un an et demi de rémunération fixe du membre du directoire assuré²⁸⁶.

En conclusion, on mentionnera la proposition de Barbara Dauner-Lieb et de ses coauteurs : renforcer la responsabilité des dirigeants dans la fixation de leur propre rémunération²⁸⁷. La proposition nous paraît pertinente au vu du constat de responsabilité toute relative des membres du directoire qui peut être dressé après cette brève étude, surtout en ce qui concerne la fixation de leur rémunération.

b) Responsabilité des membres du conseil de surveillance

La responsabilité des membres du conseil de surveillance est le mécanisme essentiel en l'état actuel du droit allemand de contrôle indirect de la rémunération des membres du directoire. En effet, le §87 *AktG* n'est pas un fondement direct à l'annulation de la décision de fixation de rémunération car ce n'est pas une loi prohibitive (*Verbotsgesetz*) au sens du §134 *BGB*²⁸⁸. Etant précisé que c'est effectivement le droit commun de la nullité qui s'applique aux décisions du conseil de surveillance. La seule limite à la validité de la rémunération définie par le conseil de surveillance réside donc dans le § 138 *BGB* (nullité pour contrariété aux bonnes mœurs). Le membre du directoire, en revanche aura lui un droit à percevoir la rémunération excessive !

²⁸⁴ MERTENS H.-J., CAHN A., §93 Rn. 247

²⁸⁵ *Ibid.*, §93 Rn. 249

²⁸⁶ *Ibid.*, §93 Rn. 251

²⁸⁷ DAUNER-LIEB B., PREEN A. (v.), SIMON S, *op. préc.*

²⁸⁸ DRYGALAT T. *in* SCHMIDT K. , LUTTER M., *op. préc.*, § 116 Rn. 17

Par ailleurs, une décision du tribunal supra régional de München est venue préciser qu'une violation du § 87 n'était pas nécessairement cause de nullité de la résolution de l'assemblée générale donnant quitus au conseil de surveillance²⁸⁹.

La fixation d'une rémunération excessive par le conseil de surveillance ne pouvant être annulée ni même entraîner nécessairement le refus de quitus, le moyen de contrôler cette fixation ne peut être qu'indirect. Le juge ne pourra toucher ni au montant ni au principe de la rémunération mais sera amené à se prononcer sur le caractère approprié ou non de la rémunération.

-Les devoirs :

Le §116 *AktG*, disposition spéciale à la responsabilité des membres du conseil de surveillance, renvoie pour large part au § 93 quant à la définition des devoirs.

L'obligation essentielle du conseil de surveillance est, cela va sans dire, l'obligation de surveillance des activités du directoire ; elle inclut donc la surveillance de la légalité de la direction de l'entreprise, ce qui oblige également le conseil à respecter les dispositions légales²⁹⁰. Remarquons également que le conseil de surveillance est astreint à une obligation de non ingérence dans la direction générale de la société par le directoire²⁹¹, idée que le § 117 *AktG* renforce en sanctionnant les pressions illégitimes exercées sur le directoire, quelque soit leur auteur. Pour la fixation de la rémunération, c'est le devoir général de diligence dont la violation va permettre d'engager la responsabilité du conseil de surveillance²⁹². Le comportement du conseil de surveillance sera apprécié objectivement. Cependant, une fonction particulière comme celle de président ou l'appartenance à un comité, celui des rémunérations notamment, pourra donner lieu à une appréciation plus sévère car elle suppose des compétences particulières dans le domaine en cause. On pourrait aussi plus simplement soutenir, que le conseil de surveillance engage sa responsabilité pour violation d'une disposition légale (le § 87 *AktG*)²⁹³.

-La responsabilité :

En cas de violation d'un de ses devoirs, le conseil de surveillance est tenu d'une obligation de dommages-intérêts, qui se traduira en pratique par le remboursement à la société de la partie excessive de la rémunération décidée.

²⁸⁹ OLG München, 7.5.2008, « REW Energie AG », 7 U 5618/07, ZIP, 2008, 1237

²⁹⁰ RAISER T., VEIL R, *op. préc.*, § 15 Rn. 100

²⁹¹ *Ibid.*, § 15 Rn. 104

²⁹² DRYGALAT T. in SCHMIDT K., LUTTER M., *op. préc.*, § 116 Rn. 36

²⁹³ HOPT K. J., WIEDEMANN, *op. préc.*, § 87 Rn. 70

De même que le directoire, le conseil de surveillance bénéficie de la *business judgement rule*. A cet égard, la fixation de la rémunération du directoire est considérée par la jurisprudence comme une mesure d'entreprise. L'arrêt « ARAG »²⁹⁴ nous donne un exemple de la manière assez souple dont la jurisprudence allemande considère le mécanisme de responsabilité des dirigeants. En l'espèce, le président du directoire avait réalisé des actes financiers pour le moins litigieux. Le conseil de surveillance ayant refusé d'agir en dommages-intérêts, les membres minoritaires du conseil ont attaqué la décision du conseil de surveillance en nullité. Pour le *BGH*, le conseil de surveillance a l'obligation d'examiner les actions en dommages-intérêts sous sa propre responsabilité, ce qui comprend l'obligation de laisser au directoire un large pouvoir d'appréciation sans lequel la direction de la société est impossible. Si le conseil de surveillance estime que le directoire a engagé sa responsabilité, il doit estimer les chances de succès d'une action en justice. Si l'action apparaît comme ayant des chances de succès, le conseil de surveillance a l'obligation d'agir. Dans des cas exceptionnels où l'intérêt supérieur de l'entreprise commande de ne pas agir, il peut s'en abstenir. Le critère de la marge d'appréciation du conseil de surveillance est donc à nouveau l'intérêt social.

La responsabilité pour mauvaise fixation de la rémunération est désormais expressément consacrée par le § 116 S.3 *AktG* dans sa rédaction issue de la *VorstAG*. Il ne s'agit pas d'une cause de responsabilité indépendante. Ses conditions sont : un dommage pour la société, une action potentiellement incompatible avec les devoirs du membre du conseil, un lien de causalité entre les deux, et l'absence de preuve d'une décision de quitus. Cette disposition a donc une signification purement déclarative²⁹⁵.

Inversement, la non réduction de la rémunération va pouvoir conduire à des dommages-intérêts car une simple omission peut constituer un fait générateur²⁹⁶.

Un problème mis en lumière par le Professeur Drygalat, contributeur au commentaire de Schmidt et Lutter, est celui de l'évaluation du dommage en cas de fixation d'une rémunération disproportionnée²⁹⁷. Cette évaluation doit être effectuée selon le § 249 *Abs. 1 BGB*. En raison de l'imprécision des concepts du § 87 *AktG*, une telle évaluation est très difficile en pratique. Grâce au § 287 *ZPO*²⁹⁸, une certaine forfaitisation est néanmoins permise aux tribunaux. Il est également nécessaire de rappeler que le critère du caractère approprié est quantitatif et qualitatif, c'est-à-dire que ce n'est pas seulement le montant mais aussi la fixation des composants particuliers qui peut

²⁹⁴ *BGH*, 21.04.1997, « ARAG-Garmenbeck », *préc.*

²⁹⁵ HÜFFER U., *op. préc.*, § 116 Rn. 10

²⁹⁶ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, § 87 Rn. 103

²⁹⁷ DRYGALAT T. *in* SCHMIDT K., LUTTER M., *op. préc.*, § 116 Rn. 52

²⁹⁸ *Zivilprozessordnung*, Code de procédure civile

être jugée inappropriée alors même que leur montant n'est pas connu ; cela rajoute encore à la complexité de l'évaluation.

Enfin un dernier cas de responsabilité peut être mentionné. C'est celui de la fixation de l'indemnité de départ non contentieuse que l'on avait déjà mentionnée car elle n'est soumise à aucun critère légal²⁹⁹.

-Les titulaires de l'action :

Comme dans l'arrêt « ARAG », l'action d'un membre du conseil de surveillance en nullité de la décision de son organe d'appartenance est tout à fait possible³⁰⁰.

En vertu du § 78 Abs. 1 AktG, c'est le directoire qui peut agir au nom de la société contre le conseil de surveillance. Cela explique qu'en pratique, la responsabilité du directoire ne soit que très peu engagée : le directoire ne va en effet jamais reprocher au conseil de surveillance un manque de surveillance de son activité ou la fixation d'une rémunération trop élevée³⁰¹.

C'est donc soit l'assemblée générale (§147 Abs. 1 AktG) soit une minorité d'actionnaires (§147 Abs. 2 AktG) qui va être compétent. Une faible minorité d'actionnaires va également pouvoir obtenir du tribunal l'autorisation d'agir en justice (§148 AktG).

-L'exclusion de la responsabilité :

La présence accrue des conseillers en rémunération au côté du conseil de surveillance est-elle de nature à diminuer voire exclure la responsabilité de ses membres ?

A certaines conditions et sous certains aspects, un conseiller en rémunération déchargera le conseil de surveillance de sa responsabilité. C'est selon la qualité de l'information donnée par le conseiller : si le conseiller est indépendant est compétent dans le domaine, si on lui a transmis tous les éléments nécessaires à l'appréciation de la situation et que cette appréciation a donné lieu à un contrôle de plausibilité par le conseil de surveillance ou une de ses commissions, la jurisprudence admet une décharge de responsabilité au profit du conseil de surveillance³⁰². Si la responsabilité ne peut être en principe déléguée, les membres du conseil de surveillance ont néanmoins la possibilité de recourir à des assistants pour des questions techniques³⁰³, ce qui est par ailleurs recommandé par

²⁹⁹ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, § 87 Rn. 83

³⁰⁰ RAISER T., VEIL R., *op. préc.*, §15 Rn. 127

³⁰¹ *Ibid.*, §15 Rn. 92

³⁰² SCHMIDT K., LUTTER M., *op. préc.*, § 116 Rn. 40

³⁰³ RAISER T., VEIL R., *op. préc.*, §15 Rn. 110

la Commission européenne. Dans l'arrêt « Hertie »³⁰⁴, le *BGH* précise tout de même que chaque membre du conseil de surveillance doit posséder un minimum de connaissances et compétences pour comprendre et juger de toutes les démarches habituelles ; en l'espèce il s'agissait d'un membre du conseil représentant des salariés qui exigeait de consulter le rapport du commissaire aux comptes avec l'aide d'un spécialiste du syndicat. Cette jurisprudence n'est pas incompatible avec l'existence d'un conseiller permanent mais perd un peu de sa teneur.

Enfin, le problème des assurances *D&O* se pose dans les mêmes termes que pour les membres du directoire.

3) Comparaison

A la comparaison, on remarque immédiatement, que la jurisprudence française et la *Rechtssprechung* allemande jouent le rôle de tempérament de l'apparente sévérité de la loi face aux dirigeants sociaux. L'efficacité de ce mode de contrôle indirect n'est donc qu'extrêmement limitée dans les deux pays bien que sa justification soit indubitable.

La jurisprudence paraît même encore plus favorable aux dirigeants en Allemagne, grâce au système de présomption inspiré du droit américain : la *business judgement rule*. Cet exemple est révélateur du fait qu'au-delà de la convergence de résultat, les mécanismes français et allemands de la responsabilité restent très distincts au niveau technique.

Alors qu'en Allemagne, les membres du directoire ne sont que très rarement responsables pour la fixation de leur propre rémunération, les dirigeants français voient leur responsabilité engagée pour le fait d'avoir perçu une rémunération jugée excessive. Cette divergence est encore une fois imputable à la nature du lien juridique qui unit le dirigeant à la société : le dirigeant allemand a conclu un contrat avec la société donc il paraît naturel qu'il recherche par ce contrat à maximiser ses intérêts propres. Au contraire en droit français, la rémunération étant un « cadeau », car facultative en théorie, de la part du conseil d'administration, il serait mal vu d'en abuser. De surcroît, les dirigeants ont un rôle plus actif dans le contrôle de leur rémunération, à travers notamment la procédure des conventions réglementées dans laquelle le président du conseil d'administration a un rôle central. La loi française est assez cohérente sur ce point. Par ailleurs, c'est l'abus dans la rémunération générateur de responsabilité qui a permis à la jurisprudence d'affirmer des critères de rémunération jusqu'alors absents.

La responsabilité des membres du conseil d'administration non dirigeants au sens de notre étude se rapproche de celle des membres du conseil de surveillance allemande dans la mesure où

³⁰⁴ BGH, 15.11.1982, «Hertie», *BGHZ* 85, 293

c'est l'absence ou le défaut de surveillance qui peut générer leur responsabilité. Cependant, la responsabilité des membres du conseil de surveillance pour l'acte positif de fixation de la rémunération paraît plus importante en droit allemand, comme le démontre le § 116 S. 3 *AktG*.

Concernant les primes d'assurance *D&O*, le droit allemand se révèle plus restrictif dans l'ensemble. C'est ainsi qu'une franchise légale existe désormais en droit allemand. Paradoxalement, la doctrine allemande³⁰⁵ défend plus vigoureusement la conformité à l'intérêt social de la prime que les auteurs français³⁰⁶ dont certains³⁰⁷ remettent même en cause son efficacité au vu de son champ d'application réduit. En raison de l'insécurité du régime juridique de la prime en France, on ne peut que souhaiter une intervention législative sur le sujet avant que de nouveaux scandales n'éclatent. A ce propos, on remarque la meilleure capacité allemande à transposer des institutions étatsuniennes ; alors qu'en France, les concepts sont repris sans vraiment de réflexion juridique préalable (voir par exemple la notion d'administrateur indépendant³⁰⁸), le droit allemand s'inspire des notions tout en les encadrant strictement en conformité avec le modèle allemand. Sur les assurances *D&O*, il faut tout de même noter la relative tardiveté de l'intervention du législateur allemand. En outre, les primes d'assurances ne sont pas mentionnées obligatoirement au rapport de gestion en Allemagne de même qu'en France, ce dont on peut trouver à redire pour deux législateurs adeptes de la transparence.

Quant aux titulaires de l'action sociale face aux dirigeants, le droit allemand qui encadre l'action des actionnaires beaucoup plus strictement qu'en France a récemment évolué légèrement vers le modèle français en permettant l'action des minoritaires au § 148 *AktG* mais ne connaît toujours pas d'action sociale *ut singuli* à proprement parler. La loi allemande prévoit néanmoins la possibilité de mettre à la charge de la société les coûts de l'action engagés par la minorité d'actionnaire si l'action est déclarée recevable par le tribunal (et qu'elle ne se révèle pas abusive par la suite, auquel cas la société pourrait se retourner contre les actionnaires). Elle innove sur ce point par rapport au droit français où l'actionnaire agissant *ut singuli* supporte seul les coûts de l'action sociale³⁰⁹.

En conclusion sur la responsabilité civile des dirigeants, on remarque à nouveau un regard commun vers les Etats-Unis et peu de convergence réciproque entre France et Allemagne, à part

³⁰⁵ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, §93 Rn. 244

³⁰⁶ LE CANNU P., *Droit des sociétés, préc.*, n°486

³⁰⁷ EL AHDAB, *op. préc.*

³⁰⁸ DELGA J., « L'administrateur indépendant en France : un mythe ? », *JCP E*, 2004, 166

³⁰⁹ GERMAIN M., HOEVERMANN J., *op. préc.*

peut-être pour l'action sociale des actionnaires. Pourtant, le modèle américain, notamment en matière de responsabilité demeure très différent. Aux Etats-Unis, la pratique des assurances *D&O* se justifie nettement plus qu'en France ou en Allemagne car la responsabilité encourue est là-bas bien réelle³¹⁰. Il est assez paradoxal de noter que l'inspiration anglo-saxonne se fait justement sentir du côté de la limitation de la responsabilité et non de son renforcement, et ce n'est pas l'insertion d'une disposition symbolique au § 116 S. 3 *AktG* qui est de nature à remettre en question le constat. Pour nuancer la critique des législateurs, il faut encore préciser que l'assouplissement du régime de responsabilité des dirigeants est souvent dû à la jurisprudence.

La responsabilité pénale des dirigeants qui ne peut être exclue par aucune assurance, serait-elle un moyen de contrôle plus efficace, au moins dans son aspect dissuasif ?

B) La responsabilité pénale des dirigeants

Il ne sera pas ici question de la responsabilité des dirigeants d'entreprise pour les fautes commises par leurs préposés dans le fonctionnement de l'entreprise, comme les infractions aux règles d'hygiène, de sécurité ou de droit du travail. Le mécanisme de contrôle indirect de la rémunération des dirigeants est bien celui de la responsabilité personnelle du dirigeant pour des fautes qu'il est parfois le seul, en cette qualité, à pouvoir commettre. Le Code de commerce français incrimine par exemple des actes dont un élément constitutif est la qualité de dirigeant social. Les incriminations peuvent concerner non seulement les règles de la vie sociale mais aussi des infractions propres au titre de la gestion et de l'administration de la société. Ainsi l'abus de biens sociaux, l'abus de pouvoirs ou de voix, la distribution de dividendes fictifs, la présentation des comptes sociaux infidèles ou défaut d'établissement de compte³¹¹. En matière de procédures collectives, la banqueroute (art. L. 654-1 et s. C. com.) peut également être mentionnée à côté des achats pour revendre au dessous du cours, de l'emploi de moyens ruineux, de la dissimulation d'actif, de l'augmentation frauduleuse du passif etc.

En Allemagne, les dirigeants peuvent également être responsables pénalement de manquement à leurs obligations de rapport ou de secret (§§399 à 405 *AktG*) manquement aux obligations de rapport ou de secret, d'une escroquerie (§263 *StGB*, *Betrug*), ou d'infractions de procédure collective (faillite banqueroute, §§ 283 et s. *StGB*)³¹². Nos recherches se sont limitées au délit d'*Untreue*, équivalent de l'abus de bien sociaux (toutes proportions gardées), qui est l'infraction

³¹⁰ EL AHDAB J., *op. préc.*

³¹¹ Lefebvre, *Mémento pratique Sociétés commerciales*, 2009, n° 8540-8541

³¹² RAISER T., VEIL R., *op. préc.*, §14 Rn. 96

« reine » en matière de rémunération. Pour cette raison, on limitera le champ de cette étude à la comparaison des incriminations d'abus de biens sociaux en France et en Allemagne.

1) En France : l'abus de biens sociaux

L'art. L. 242-6, 3°) C. com. réprime le fait pour « le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement » de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 375 000 €.

La mauvaise foi s'entend de la conscience du préjudice causé ou du risque qu'il fait courir à la société. Elle se déduit nécessairement de la clandestinité des opérations menées³¹³.

Un usage contraire à l'intérêt social est le deuxième élément constitutif de l'infraction. Il s'agit de l'appauvrissement du patrimoine social sans contrepartie pour la société, la restitution des biens détournés n'effaçant pas l'infraction car c'est bien l'usage abusif qui est réprimé. L'usage peut s'entendre aussi bien d'une action que d'une abstention volontaire. Même si des avantages à court terme pourraient être procurés par la commission de l'infraction, l'utilisation des fonds sociaux dans le but exclusif de commettre un délit est toujours contraire à l'intérêt social. En matière de rémunération, on voit difficilement comment plaider l'intérêt social d'une rémunération excessive, sachant que l'excès est apprécié au regard des performances du dirigeant et de la situation sociale. A titre d'exemple, on rappelle l'arrêt de la chambre criminelle qui avait décidé qu' était « justifiée la condamnation, pour abus de biens sociaux, du Président Directeur Général d'une société anonyme qui s'est attribué, de son propre chef, des rémunérations dont les juges du fond constatent qu'il savait qu'elles étaient excessives eu égard aux ressources et à la situation de la société qui avait subi des pertes excédant de trois fois le montant du capital social »³¹⁴.

Ensuite, l'usage effectué doit l'être dans un but personnel, que celui-ci soit matériel (enrichissement) ou moral (entretien de bonnes relations avec un tiers³¹⁵). Si les biens sociaux ont disparu de manière inexplicquée c'est au dirigeant de prouver qu'il a agi dans le seul intérêt de la société³¹⁶.

³¹³ Lefebvre, *Mémento pratique Sociétés commerciales*, 2011, n° 42290 et s.

³¹⁴ Cass. crim., 9 mai 1973, *préc.*

³¹⁵ Cass. crim., 9 mai 1973, *préc.*

³¹⁶ Lefebvre, *Mémento pratique Sociétés commerciales*, 2011, n° 42290 et s.

Ces éléments constitutifs sont donc admis de façon large par la jurisprudence notamment à propos de la contrariété à l'intérêt social et de la notion de « fins personnelles »³¹⁷.

A titre illustratif, le fait pour un dirigeant de s'être attribué une rémunération excessive compte tenu des difficultés financières de la société et de l'insuffisance du travail fourni³¹⁸ ou bien d'avoir octroyé à un ancien président une rémunération ne correspondant à aucune activité effective est ainsi constitutif d'abus de biens sociaux³¹⁹.

Le délit n'est imputable qu'aux dirigeants ayant participé personnellement à la commission de l'infraction. Le dirigeant ne peut être exonéré au motif de l'accord des actionnaires ou du respect de la procédure des conventions réglementées qui ne permet d'ailleurs pas d'exclure toute atteinte à l'intérêt social si le dirigeant est soutenu par les principaux associés et détient tous les pouvoirs³²⁰. De même l'approbation donnée par le CA à la perception d'une rémunération abusive ne suffit pas à faire disparaître le caractère délictueux de ce prélèvement³²¹.

La prescription est également un point sur lequel la jurisprudence se montre sévère en matière d'abus de biens sociaux. En effet, l'abus de biens sociaux a longtemps été considéré comme une infraction clandestine c'est-à-dire que le point de départ de l'infraction était fixé au jour où le délit est apparu et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique. Désormais le délai court à partir de la présentation des comptes sociaux si les opérations litigieuses n'ont pas été dissimulées par le dirigeant³²².

2) En Allemagne : *Untreue*

Le délit d'*Untreue*, littéralement, infidélité, est plus large que la notion d'abus de biens sociaux. En effet, cette incrimination correspond plutôt à l'abus de confiance car d'autres personnes que les dirigeants, qui ne sont d'ailleurs pas expressément nommées, sont susceptibles d'en remplir les éléments constitutifs. Le délit est donc réprimé dans le code pénal au § 266 *StGB*³²³ et non dans le code de commerce. On s'en tiendra cependant à ses implications en droit des sociétés.

La difficulté première en matière de sociétés par rapport au droit français est l'identification du responsable. Les organes de la personne morale sont une aide à la formation de la volonté de la

³¹⁷ LE CANNU P., *Droit des sociétés, préc.*, n° 793

³¹⁸ Cass. crim. 21 oct. 2009, n° 09-80393, *RJDA*, avril 2010, n°393

³¹⁹ Cass. crim. 28 mars 1996, *Bull. crim.* n°142

³²⁰ CA Versailles, 30 juin 2005, n° 04-748, *RJDA*, novembre 2005, n° 1238

³²¹ Cass. crim. ,22 sept 2004, n° 5242, *RJDA*, août septembre 2005, n° 992, 1) espèce

³²² LE CANNU P., *Droit des sociétés, préc.*, n° 793

³²³ *Strafgesetzbuch*, Code pénal

personne morale, ils ne devraient pas avoir de volonté propre et l'on impute normalement leurs actions à la société. La commission du délit suppose donc un dépassement de compétences internes tel qu'on puisse l'imputer à une personne physique³²⁴.

En matière de rémunération, c'est avant tout la responsabilité des membres du conseil de surveillance qui est recherchée. Les membres du directoire peuvent néanmoins être condamnés comme complices. Ainsi dans l'arrêt « Mannesmann »³²⁵, l'abus de biens sociaux avait été reconnu à l'encontre de trois membres de la présidence du conseil de surveillance et le président du directoire avait été condamné comme complice à côté du dirigeant des services du personnel compétent (salarié). En l'espèce, il s'agissait pourtant d'une prime de reconnaissance accordée à quatre membres du directoire. La responsabilité pénale du conseil de surveillance découle à nouveau de la compétence exclusive du conseil de surveillance dans la fixation de la rémunération.

L'incrimination d'*Untreue* présente deux alternatives légales : la *Missbrauchsuntreue* qui suppose le dépassement du droit d'agir en interne dans le cadre de la possibilité d'agir en externe, et la *Treuebruchuntreue* qui représente la violation d'une obligation de prendre soin d'un patrimoine. La différence entre ces deux alternatives tient au fait de savoir si le propriétaire de la chose détournée va être lié par l'acte du possesseur de la chose. Dans le premier cas, le propriétaire n'a aucun recours face au tiers de bonne foi, dans le deuxième cas, l'acte accompli par l'agent avec un tiers va pouvoir être annulé.

Quoiqu'il en soit, la violation du devoir doit avoir causé un dommage au propriétaire, ici la société.

Dans la problématique de la rémunération des dirigeants sociaux, c'est la première alternative qui présente un intérêt. La fixation de la rémunération du directoire selon le § 87 combiné avec le § 112 *AktG* qui pose le pouvoir de représentation du conseil de surveillance à l'encontre du directoire va pouvoir donner lieu à la responsabilité pénale du conseil. Ce dernier dispose d'une marge d'appréciation et il ne s'agit pas de savoir si la rémunération est gravement fautive mais si l'existence, c'est-à-dire le capital social, et la rentabilité de l'entreprise sont mises en danger par le montant excessif de rémunération. Par ailleurs, la proportionnalité de la rémunération dans son ensemble doit également être prise en compte au regard des critères préalablement exposés (cf. Partie 1). En conséquence, si la rémunération met en danger la société et est disproportionnée, la jurisprudence considère que l'obligation de conservation du patrimoine social incombant au conseil de surveillance a été violée. La doctrine parle d'une accessoriété asymétrique

³²⁴ BRAMMSEN J., « Aufsichtsratsuntreue », *ZIP*, 2009, 1504-1511

³²⁵ BGH, 21.12.2005, « Mannesmann », *préc.*

dans la mesure où l'obligation n'est pas appréciée en référence au droit civil ou au droit pénal uniquement³²⁶ ; si la violation d'une obligation civile est nécessaire, elle n'est pas suffisante pour entraîner une responsabilité pénale, solution qui mérite d'être approuvée.

Comment déterminer le dommage patrimonial provoqué par cette violation ? Le principe est celui de la *Gesamtsaldierung*, selon laquelle le dommage n'est pas constitué si l'action ayant provoqué la diminution du patrimoine a également provoqué une augmentation compensant cette diminution, sauf si cette diminution suivie d'une augmentation n'est qu'une manœuvre du dirigeant pour échapper à la responsabilité. Une abstention d'accroître le patrimoine peut constituer un dommage patrimonial si la chance d'accroître le patrimoine était suffisamment élevée³²⁷. Si le dommage n'est que potentiel, la jurisprudence permet de le prendre en compte dans la mesure où un dommage potentiel représente généralement en soi un dommage réel³²⁸.

Enfin un élément intentionnel doit être démontré ; il suffit pour cela que l'auteur des faits ait pu estimer comme sérieusement possible la réalisation du dommage.

Si tous ces éléments sont réunis, le dirigeant fautif encourt cinq ans de prison (de même qu'en France) et une amende, fixée par le juge selon la fortune du condamné (§ 40 *StGB*) ; pour des dirigeants bien payés, l'amende peut donc être élevée.

3) Comparaison

L'incrimination allemande est nettement plus large que l'incrimination française, spécifique aux dirigeants. Pourtant le droit français connaît lui aussi le délit d'abus de confiance. Cette incrimination ne permet cependant pas de réprimer l'abus de biens sociaux car la remise des biens détournés n'a pas été nécessairement effectuée dans un but particulier : le dirigeant peut faire ce qu'il veut avec sa rémunération. Dès 1935, l'abus de biens sociaux est donc introduit par un décret loi dans le code de commerce. On pourrait penser que la présence d'un seul article de loi est préférable et donc approuver le système allemand mais la disposition est très technique et difficilement maniable. Une disposition particulière serait peut-être à conseiller mais pas sur le modèle de l'abus de biens sociaux français qui comporte toujours quelques zones d'ombre notamment à propos de l'élément matériel, la jurisprudence française hésitant à reconnaître

³²⁶ BRAMMSEN J., *op. préc.*

³²⁷ *Idem*

³²⁸ *Idem*

l'abstention³²⁹. En revanche, l'absence de référence au dommage patrimonial subi par la société dans l'incrimination française paraît devoir être approuvée dans la mesure où la jurisprudence allemande est amenée à en assouplir l'exigence. Dans la pratique, le dommage patrimonial n'est en effet pas toujours facilement identifiable.

Quant aux peines encourues, elles sont similaires et n'appellent aucune remarque particulière.

En matière de rémunération, les incriminations aboutissent toutes deux à un contrôle indirect du montant puisque le juge va pouvoir condamner son excès. A nouveau, c'est la responsabilité des membres du conseil de surveillance qui est mise en avant en Allemagne face à celle du dirigeant lui-même en France. Il ne faudrait pas croire, au vu du nombre important d'arrêts cités en exemple en France, que les dirigeants sont plus souvent condamnés en France. L'Allemagne a également connu son lot de spectaculaires procédures de délinquance économique avec les affaires « ARAG », « Bremer Vulkan », « Kinowelt », « Bawag Bank » et bien entendu le célèbre « Mannesmann ». Ces scandales, bien qu'ils aient donné lieu à des condamnations n'ont pas manqué de relancer l'opinion publique sur le thème du contrôle direct de la rémunération des dirigeants notamment celui des limitations de montant.

II) Le contrôle direct

Les mécanismes de contrôle indirect sont très variés d'un pays à l'autre et il est nécessaire de les présenter séparément (A, B) avant de tenter d'en rapprocher certains(C).

A) En Allemagne

Reposant souvent sur une clause générale, les mécanismes de droit civil (1) sont à utiliser avec modération, pour autant qu'ils le permettent. Les mécanismes de droit spécial (2) paraissent plus à même de contrôler directement et efficacement la rémunération des dirigeants.

1) Les mécanismes de droit civil

³²⁹ HIRSOUX E., *Cours de droit pénal des affaires*, Faculté Jean Monnet (Université Paris-Sud XI), 1^{er} semestre M1 Droit des affaires, 2010

a) L'imprévision, §313 BGB

Admise depuis longtemps dans la doctrine et la jurisprudence allemande, la théorie de l'imprévision figure au §313 BGB³³⁰ depuis 2001 et la loi de modernisation du droit des obligations³³¹. L'imprévision permet au juge de modifier le contrat initialement prévu par les parties en cas de bouleversement des fondements du contrat (*Störung der Geschäftsgrundlage*).

Pour que l'imprévision puisse jouer, la loi requière plusieurs conditions.

Il faut en premier lieu un changement très sérieux des fondements du contrat. Par exemple, la prestation et la contreprestation doivent être en déséquilibre tel qu'il n'y ait plus aucun intérêt économique pour une partie à continuer d'exécuter le contrat. Pour un exemple se rapportant à notre sujet, on pourrait dire que la société serait menacée de liquidation judiciaire si elle continuait de verser les sommes convenues au dirigeant. Cette modification des conditions de base du contrat doit être intervenue soit après la conclusion du contrat (§ 313 Abs. 1 BGB) soit dès le moment de sa conclusion (§ 313 Abs. 2 BGB) mais en aucun cas avant, ce qui revient à admettre une imprévision subjective et objective.

Deuxièmement, la partie qui se prévaut de l'imprévision doit démontrer que si les parties avaient prévu un tel bouleversement, elles n'auraient pas contracté ou bien à d'autres conditions.

Le bouleversement ne doit être imputable à aucune des parties.

Lorsque ces conditions sont réunies, l'une ou l'autre des parties a le droit de demander l'adaptation judiciaire du contrat conformément aux nouvelles conditions qui sont à la base du contrat.

Comme tout contrat, le contrat de service, *Anstellungsvertrag*, conclu entre le dirigeant et la société est soumis à ce principe général. Cependant les conditions de l'imprévision sont si strictes qu'il serait étonnant que le conseil de surveillance n'ait pas déjà diminué la rémunération en vertu du § 87 Abs. 2 AktG. L'hypothèse est plutôt envisageable si la situation économique ou financière se dégrade tellement que la rémunération fixe devienne trop élevée ou que la rémunération variable explose suite à une amélioration globale du marché pour donner lieu à un *windfall profit*, constitutif d'une rémunération excessive.

³³⁰ ROTH G. H. in REBMANN K., SÄCKER F. J., RIXECKER R., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4. Aufl., Beck, München, 2003, §313

³³¹ SMG, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v.26.11.2001

Qui pourrait agir en justice en imprévision ? Le conseil de surveillance car il est compétent pour agir au nom de la société face au directoire (§ 112 *AktG*). Or il a déjà la possibilité, et même l'obligation, de diminuer la rémunération si les circonstances le justifient sans qu'il y ait besoin de démontrer que la société est menacée dans son existence économique. En outre, le § 87 *Abs. 2 AktG* permet une diminution unilatérale de la rémunération même si le changement de circonstances n'est pas extérieur au cocontractant, au contraire de l'imprévision qui exige un bouleversement extérieur.

Une diminution selon le § 87 *Abs. 2 AktG* ne serait cependant que temporaire ; l'intérêt de l'imprévision résidant dans la modification durable du contrat³³². Aucun cas de diminution de la rémunération pour imprévision n'a été porté à notre connaissance.

Concernant les primes de reconnaissances non prévues dans le *Anstellungsvertrag* initial et sans contrepartie directe autre que les effets incitatifs pour les autres dirigeants, une décision du AR conseil de surveillance modifiant le contrat est nécessaire. Comme le dirigeant n'apporte pas de contrepartie matérielle à la prime de reconnaissance, on peut se demander si la jurisprudence serait plus souple à admettre l'imprévision au bénéfice de la société comme elle l'est en présence de prestations à titre gratuit (*unentgeltliche Zuwendungen*)³³³.

b) La détermination du montant équitable, § 315 *Abs. 3 S. 2 BGB*

En cas de diminution de la rémunération du dirigeant par le conseil de surveillance sur le fondement du § 87 *Abs. 2 AktG*, le dirigeant peut agir contre la société en paiement de la rémunération initiale ou en détermination judiciaire du montant juste³³⁴, ainsi qu'il est prévu au § 315 *Abs. 3 S. 2 BGB* qui contrebalance les droits de modifier un droit existant³³⁵. Il ne s'agit pas vraiment d'un mécanisme de contrôle mais d'un mécanisme de fixation judiciaire de la rémunération par le juge en cas de contestation par le dirigeant. En outre, la rémunération ne pourra dépasser le montant initialement convenu dans le *Anstellungsvertrag*³³⁶. Si c'est le tribunal qui a désigné le dirigeant en vertu du § 85 *AktG*, c'est uniquement lui qui peut décider de la réduction de rémunération (§ 85 *Abs. 3 S. 2 AktG*) à condition que la rémunération ne repose pas sur une convention entre la société et le dirigeant. La décision du tribunal peut également être contestée³³⁷.

³³² MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, §87 Rn. 94

³³³ ROTH G. H. *in* REBMANN K., SÄCKER F. J., RIXECKER R., *op. préc.*, §313, Rn. 125

³³⁴ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, § 87 Rn. 100

³³⁵ GOTTWALD P. *in* REBMANN K., SÄCKER F. J., RIXECKER R., *op. préc.* § 315

³³⁶ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, § 87 Rn. 104

³³⁷ *Ibid.*, § 87 Rn. 101

c) Les bonnes mœurs, § 318 BGB

Comme on l'a déjà évoqué, le § 138 BGB est la seule limite à la validité d'une rémunération fixée par le conseil de surveillance. Elle pourrait donc donner lieu à un exemple de contrôle direct par la remise en question du principe même et du montant de la rémunération. Aucun cas d'application concret ne peut cependant être mentionné à l'appui de cette idée.

Les mécanismes de droit spécial permettent-ils de compléter un droit civil peu fourni sur la question (ce qui est normal, sa vocation n'étant pas de régler les questions particulières)?

2) Les mécanismes de droit spécial

Les mécanismes de droit spécial encadrant la rémunération des dirigeants sociaux sont principalement à rechercher dans deux secteurs touchés par la crise de 2008/2009 à savoir la finance (a) et les assurances (b). Le droit fiscal est également à moindre échelle un moyen de limiter les montants des rémunérations mais il est difficilement qualifiable de mécanisme de contrôle direct (c).

a) Dans le secteur financier

Pour les banques ayant accepté l'aide proposée par l'Etat lors de la crise financière, le règlement du 20 octobre 2008³³⁸ prévoit une exception au principe de prise en compte des conditions du marché pour déterminer le caractère approprié de la rémunération. En effet, le § 3 Abs. 2 Nr. 4 a) S. 3 du règlement dispose qu'une rémunération monétaire de plus de 500 000 € par an est déclarée en principe inadéquate dans les sociétés qui ont fait usage des mesures de stabilisation du fonds de stabilisation des marchés financiers³³⁹. Par ailleurs, certains mécanismes de *soft law* deviennent ici impératifs ; ainsi de la publication individualisée et répartie selon les éléments liés à la performance ou non et les éléments avec effet incitatif à long terme.

La limitation de montant est une première dans l'histoire juridique allemande et c'est le principal intérêt du règlement à propos de la rémunération des dirigeants qui ne fait pour le reste que reprendre les dispositions déjà existantes. La limitation à 500 000 € n'est cependant qu'un principe auquel le Fonds de stabilisation semble pouvoir déroger en cas de circonstances exceptionnelles, bien que l'exception ne soit pas expresse dans le règlement. Le mécanisme de

³³⁸Règlement-fonds de stabilisation des marchés financiers, *Finanzmarktstabilisierungsfonds-Verordnung* v. 20.10.08 (rendu sur la base du § 10 II Nr. 3 de la loi sur l'établissement d'un fonds de stabilisation des marchés financiers, *Gesetz zur Errichtung eines Finanzmarktstabilisierungsfonds, FMStFG* v. 17.10.08)

³³⁹ MERTENS H.-J., CAHN A., *op. préc.*, §87 Rn. 8, Rn. 97

contrôle direct n'est pas confié au juge mais reste dans les mains du Fonds de stabilisation, c'est-à-dire une institution financière étatique, ce qui peut être critiqué.

b) Dans le secteur des assurances

Récemment, le régime des dirigeants de compagnie d'assurances a été calqué sur celui des dirigeants de banque, notamment en ce qui concerne leur rémunération. Le Professeur Armbrüster critique cette assimilation car les assurances, en raison des risques qu'elles prennent, sont intrinsèquement engagées sur le long terme³⁴⁰.

c) En droit fiscal ?

Le § 10 Nr. 4 KStG³⁴¹ prévoit que la moitié des rémunérations de toute sorte versées au conseil de surveillance n'est pas déductible. En 1906, l'interdiction de déduction portait sur la totalité des rémunérations car la fonction rémunérée n'était pas particulièrement difficile ; en raison de la professionnalisation de la fonction, la loi a été modifiée. Des critiques subsistent néanmoins étant donné que c'est l'assemblée générale elle-même qui fixe cette rémunération ce qui limite les risques de rémunération excessive de manière considérable.

Cette règle ne nous paraît pas en mesure de limiter la rémunération des membres du directoire et on peut se demander pourquoi une telle règle n'existe pas aussi à leur propos.

Une limitation de déduction des indemnités versées aux dirigeants à un million d'euros a déjà été proposée par les Verts en 2007 pour répondre aux incertitudes relatives aux indemnités et mises en lumière par l'arrêt « Mannesmann » et en 2009, ils proposaient une limitation de la déduction des rémunérations à 500 000 euros par tête³⁴². Aucune de ces propositions n'a jusqu'alors abouti.

B) En France

C'est du côté des mécanismes de droit spécial (2) que l'on trouvera des éléments de comparaison avec le droit allemand. En effet, les mécanismes de contrôle direct civils paraissent absents(1).

³⁴⁰ ARMBRÜSTER C., « Neue Vorgaben zur Managervergütung im Versicherungssektor », *VersR*, 2011, 1

³⁴¹ *Körperschaftsteuergesetz*, loi sur l'impôt des corporations

³⁴² FLEISCHER H., HUPKA J., « Zur Regulierung der Vorstandsvergütung durch das Steuerrecht », *DB*, 2010, 601-607

1) Les mécanismes de droit civil

En l'absence de mécanisme légal de contrôle direct, on mentionnera l'arrêt précité où le juge s'est reconnu le droit de réviser le prix des prestations d'un dirigeant³⁴³. Dans le cadre d'une convention de gestion entre deux entreprises, c'est-à-dire d'une convention prévoyant la mise à disposition d'un dirigeant d'une société à une autre société, le prix des prestations peut être révisé par le juge. La solution s'explique par le fait qu'on est en présence d'un contrat similaire au contrat d'entreprise où la jurisprudence prévoit la possibilité de moduler judiciairement le prix³⁴⁴, et aussi que le prix de la prestation du dirigeant ne lui est pas directement versé car c'est la société qui est rémunérée. Il ne s'agit donc pas à proprement de la rémunération du dirigeant social même si au cas d'espèce, il ne fait aucun doute que la somme lui était reversée immédiatement.

2) Les mécanismes de droit spécial

a) Le droit des marchés financiers

Face à la crise financière, le législateur français a également pris des mesures d'urgence. Le décret du 30 mars 2009³⁴⁵ en est la principale. Ce décret, qui n'avait vocation qu'à s'appliquer jusqu'au 31 décembre 2010, n'a pas été prorogé. En revanche, le décret n°2009-445 du 20 avril 2009 portant modernisation du fonctionnement du Fonds de développement économique et social, et qui prévoit des conditions de rémunération des dirigeants identiques est toujours en vigueur.

L'aide d'Etat consistait en la création d'une société de prise de participation qui rachetait les actions émises par la société en difficulté. En échange de cet investissement, l'Etat avait imposé des conditions strictes notamment en matière de rémunération des dirigeants.

Les sociétés concernées par le décret étaient les banques se refinançant auprès de la société de prise de participation de l'Etat, les entreprises du secteur de l'automobile bénéficiant d'un prêt de la part de l'Etat supérieur à vingt-cinq millions d'euros, les entreprises bénéficiant d'un prêt du Fonds de développement économique et social également supérieur à cette somme. Le décret interdisait à ces entreprises d'octroyer des actions gratuites ou des stock-options à ses dirigeants. De surcroît, les conseils d'administration ou de surveillance ne devaient autoriser les autres éléments de

³⁴³ Cass. com., 14 sept. 2010, n° 09-16084, *Samo Gestion c/ Sorepla Industrie*, *préc.*

³⁴⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 4 oct. 1989, *Bull. civ. I*, n° 301

³⁴⁵ Décret n° 2009-348 du 30 mars 2009

rémunération variable que pour un an maximum et uniquement en fonction de critères de performance quantitatifs et qualitatifs préétablis non liés au cours de la bourse. Si l'entreprise devait procéder à des licenciements de grande ampleur, la rémunération variable était tout simplement interdite.

Pour les entreprises publiques et les entreprises accompagnées par le fonds stratégique d'investissement, des principes éthiques particuliers ont été posés par le décret : le dirigeant lié par un contrat de travail devait renoncer à son contrat au plus tard au moment du renouvellement de ses fonctions. Des indemnités de départ ne pouvaient être versées qu'en cas de départ contraint, elles étaient limitées à deux ans de rémunération et soumises à des critères stricts de performance. De même que dans les entreprises précitées, les éléments variables de rémunération devaient être autorisés par le conseil d'administration et récompenser la performance de l'entreprise et son progrès dans le moyen terme. Il est intéressant de noter que ce décret se place dans la logique du législateur consistant à rendre la *soft law* contraignante si celle-ci n'est pas assez respectée.

Dans les sociétés publiques, les administrateurs représentant l'Etat ou les salariés exercent leurs fonctions gratuitement³⁴⁶.

Contrairement au législateur allemand, le législateur français n'a pas imposé de limitation de montant aux rémunérations des dirigeants bien que les exigences posées soient très prohibitives. En outre, les mécanismes posés par le législateur français ne sont pas explicitement confiés au juge. On déduit seulement de la formulation prohibitive des dispositions qu'elles lui permettaient ou lui permettraient (malgré la péremption du décret du 30 mars 2009, la prescription n'étant pas encore écoulée) de remettre en cause le principe de rémunérations versées aux dirigeants dans les entreprises publiques ou aidées par l'Etat ; c'est en ce sens qu'on peut parler d'un contrôle judiciaire direct même s'il se limite à une simple hypothèse. Ainsi que l'exprime Henri Hovasse³⁴⁷, « l'objectif du décret n'est pas tant l'encadrement des rémunérations que la protection des deniers de l'Etat ».

Les deniers de l'Etat, choses précieuses s'il en est, fourniraient-elles une piste vers le contrôle des rémunérations des dirigeants par le droit fiscal?

b) Le droit fiscal ?

Selon l'art. 39, 1. 1°) CGI, « les rémunérations ne sont admises en déduction des résultats que dans la mesure où elles correspondent à un travail effectif et ne sont pas excessives eu égard à

³⁴⁶ Lefebvre, *Mémento pratique Sociétés commerciales*, 2011, n° 40243

³⁴⁷ HOVASSE H., « Politique de rémunération prévue par le décret n° 2009-348 du 30 mars 2009 », *Droit des sociétés*, juin 2009, comm. 115

l'importance du service rendu. Cette disposition s'applique à toutes les rémunérations directes ou indirectes, y compris les indemnités, allocations, avantages en nature et remboursements de frais». Le juge fiscal va donc déterminer si la rémunération est ou non excessive, selon des critères fiscaux, et si oui quel montant n'est pas déductible des bénéfices imposables à l'impôt sur les sociétés. La rémunération en tant que telle ne serait cependant pas remise en cause et on ne peut pas qualifier ce mécanisme de mécanisme de contrôle direct.

La règle selon laquelle les rémunérations différées consenties par les sociétés anonymes cotées sur un marché réglementé ne sont déductibles que dans la limite de six fois le plafond annuel de la sécurité sociale par bénéficiaire (soit 207 720 € en 2010)³⁴⁸ ne représente pas non plus un mécanisme de contrôle direct car le dirigeant va pouvoir percevoir sa rémunération dans son ensemble même si celle-ci n'est pas déductible. Avec le droit fiscal, c'est la société qui est sanctionnée du montant excessif de rémunération qu'elle confère à ses dirigeants, ce qui revient à inciter les actionnaires à être très vigilants.

Dans la presse, les appels sont fréquents à encadrer les rémunérations des dirigeants par la voie du droit fiscal. Ainsi, Christelle Kerdellant de l'Express propose une tranche marginale d'imposition confiscatoire au-delà d'un certain seuil de rémunération (70% ou 80% au-delà du million d'euros)³⁴⁹. Du côté du gouvernement, on envisage la création d'un nouvel impôt direct pour les personnes dont le revenu fiscal de référence dépasse un million d'euros³⁵⁰. Les revenus dépassant cette somme seraient ainsi taxés à un taux compris entre 1 et 2 % ce qui pourrait rapporter de 150 à 300 millions d'euros. La création d'une nouvelle tranche supérieure d'impôt sur le revenu est également invoquée mais le chef de l'Etat s'y oppose³⁵¹.

C) Comparaison

Le premier constat partagé est le faible nombre de mécanismes de contrôle direct en France comme en Allemagne. Il s'explique tout d'abord par la réticence de législateurs libéraux à intervenir dans des décisions d'entreprises par le biais de limitations strictes. C'est la crise financière et la réaction de l'opinion publique qui ont finalement poussé les législateurs à instaurer des mécanismes sévères ; mais les dispositions françaises n'étaient que provisoires et réduites dans leur champ d'application, et la limitation de montant en Allemagne ne constitue qu'un principe au champ d'application tout aussi réduit. Ensuite, la limitation de montant de rémunération n'est peut-être pas

³⁴⁸ Lefebvre, *Mémento pratique Sociétés commerciales*, 2011, n° 40577

³⁴⁹ KERDELLANT C., « Pour en finir (vraiment) avec l'indécence des rémunérations », *L'express*, 13 avril 2011

³⁵⁰ LEFEBVRE E., « Nouvelle piste à l'étude pour taxer les revenus exceptionnels », *Les Echos*, 4 août 2011

³⁵¹ *Idem*

la meilleure solution d'encadrement car elle est peu flexible et va à l'encontre de l'effet incitatif de la rémunération. Seules les rémunérations des dirigeants d'entreprises publiques sont sévèrement encadrées ; peut-être cela permet-il une certaine régulation par l'exemple³⁵² ...

Le contrôle direct ne doit pas être réduit aux limitations de montant et les mécanismes présentés sont très variés. Sur le plan théorique les mécanismes allemands d'intervention judiciaire dans la fixation de la rémunération sont ici à mentionner : imprévision, détermination du montant équitable, bonnes mœurs. Ils ne se retrouvent pas en droit français. Même les bonnes mœurs ne pourraient donner lieu à l'annulation d'une rémunération excessive en France puisque celle-ci ne repose pas sur un contrat. Sur le plan de l'auteur du contrôle, on remarque que le juge n'est finalement pas l'acteur principal du contrôle direct. Même s'il possède en France, le pouvoir d'annuler les rémunérations passées en violation du décret du 30 mars 2009, c'est plutôt l'Etat, à travers sa société de participation ou un Fonds d'investissement qui possède des moyens de contrôle direct sur la rémunération des dirigeants. De même en Allemagne, c'est le Fonds de stabilisation qui dispose des moyens réels de contrôle. Le fait que ces mesures ne soient que passagères illustre la difficulté des législateurs à mettre en place des mécanismes durables d'encadrement de la rémunération. Ces mesures sont également révélatrices d'une certaine convergence dans la réponse des pays de l'Union européenne face à la crise financière.

En droit fiscal, le droit français interdit la déduction des rémunérations excessives, disposition qui n'a son équivalent en droit allemand que pour la rémunération des membres du conseil de surveillance. Dans les deux pays, le droit fiscal est présenté comme une solution possible car encore peu explorée à la limitation des rémunérations des dirigeants. Faudrait-il sur ce point que les deux Etats se tournent à nouveau vers les Etats-Unis ou le Royaume-Uni ? La réponse dépend de la manière dont on envisage de transposer les solutions anglo-saxonnes³⁵³.

En Angleterre, la *bank payroll tax*, prévoit un impôt à 50 % sur les bonus des banquiers au-delà d'un montant de 25 000 £, qui ne peut être déduit de l'impôt sur les sociétés. En conséquence c'est la société qui paie un surplus sur une rémunération élevée (mais pas nécessairement excessive). L'identification de l'assujéti à l'impôt est donc centrale pour évaluer l'efficacité d'une mesure fiscale de contrôle de la rémunération des dirigeants sociaux.

Aux Etats-Unis, une corporation peut déduire toutes les dépenses d'entreprise habituelles et raisonnables ce qui inclut une imputation raisonnable des salaires et rémunérations, d'une manière

³⁵² HOVASSE H., *op. préc.*

³⁵³ FLEISCHER H., HUPKA J., « Zur Regulierung der Vorstandsvergütung durch das Steuerrecht », *DB*, 2010, 601-607

déjà relativement proche du droit français. Le droit américain prévoit également l'interdiction de déduction et une taxe spéciale sur les *golden parachutes* excessifs qui sont présumés comme tels s'ils dépassent de trois fois le revenu annuel du dirigeant. Cette limite maximale est néanmoins devenue une référence d'appréciation du caractère raisonnable des indemnités ; la disposition a donc manqué son but, et ce d'autant plus que c'est la société qui, en pratique, prend en charge la taxe. Enfin une interdiction de déduction de revenus annuels de plus d'un million de dollars, valable dans les sociétés cotées et concernant le *CEO* et les quatre dirigeants les mieux payés, a été introduite en tant que principe. Les rémunérations basées sur la performance en constituent l'exception. En pratique, les sociétés ont continué de verser des rémunérations supérieures même si elles n'étaient pas déductibles, et en raison de l'exception liée à la rémunération de la performance, les plans de stock-options et des prises de risques élevées ont augmenté.

La doctrine américaine entière critiquant ces dispositions³⁵⁴, leur transposition telles quelles en droit français ou allemand n'est pas à recommander. En outre, l'utilisation du droit fiscal aux Etats-Unis a pour principale raison qu'il fait partie de la compétence de l'Etat fédéral contrairement au droit des sociétés qui est réglé au niveau fédéré. A l'inverse, le droit des sociétés est réglé en Allemagne au niveau fédéral. Le droit fiscal n'est donc pas la seule solution offerte aux législateurs français et allemands pour contrôler la rémunération des dirigeants. Le législateur américain, lui, n'a pas vraiment le choix.

Des avantages de recourir au droit fiscal comme moyen de contrôle des rémunérations peuvent néanmoins être avancés. D'une part, un système reposant sur une unique incitation monétaire et la désapprobation symbolique de rémunérations excessives est très flexible, ce que ne manquera pas d'approuver la doctrine³⁵⁵. D'autre part, les coûts de mise en œuvre sont faibles car on utilise les institutions fiscales déjà existantes, dotées qui plus est de compétences importantes en matière de recherche d'information. En revanche, ces autorités ne sont pas assez expérimentées en matière de *corporate governance* et il existerait un besoin renforcé de coordination entre droit fiscal et droit des sociétés au niveau de la définition des notions, qu'on songe par exemple à celle d'excès de rémunération. Les effets secondaires de l'utilisation de limites de déduction chiffrées, à savoir la fixation de standards de référence minimaux, est difficilement évitable. Enfin, l'utilisation du droit fiscal n'est pas nécessairement adaptée à tous les types de société.

Cette réflexion empruntée à Jan Hupka et au Professeur Fleischer sur les possibilités de transposition de mécanismes de droit fiscal pour mieux encadrer la rémunération des dirigeants

³⁵⁴ FLEISCHER H., HUPKA J., *op. préc.*

³⁵⁵ DAUNER-LIEB B., DAMMANN R., KFOURI M.-A., « Eclairage. Encadrement des rémunérations des dirigeants de sociétés cotées : vers une convergence franco-allemande ? », *Bull. Joly Sociétés*, déc. 2010, n°12, p. 958

sociaux est révélatrice d'une idée qui a traversé notre étude et d'une question dont l'actualité croît de jour en jour. La convergence des droits français et allemands des sociétés n'est plus directe mais se fait à travers un regard commun soit vers l'Union européenne, soit vers les Etats-Unis. Les transpositions respectives de ces droits sont néanmoins très délicates à effectuer et nécessitent des réflexions d'envergure qui ne sont que trop rarement menées par les législateurs des deux pays trop prompts à réagir à la contingence des évènements.

BIBLIOGRAPHIE

En langue française

I) Monographies, ouvrages généraux, cours

CASIMIR J.-P. et GERMAIN M., *Dirigeants de sociétés*, Groupe Revue Fiduciaire, 2006

CHAPUT Y. et LEVI A. (dir.), *La direction des sociétés anonymes en Europe. Vers des pratiques harmonisées de gouvernance ?*, Litec, 2008

DONDERO B., *Droit des sociétés*, Dalloz, 2009, p. 349 et s.

HIRSOUX E., *Cours de droit pénal des affaires*, Faculté Jean Monnet (Université Paris-Sud XI), 1^{er} semestre M1 Droit des affaires, 2010

JUNG P., *Cours de droits continentaux des sociétés*, IDC (Université Paris II Panthéon-Assas), 1^{er} semestre M2 Droit européen comparé, 2010

LE CANNU P., *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2010

MAGNIER V., *Cours de droit spécial des sociétés*, Faculté Jean Monnet (Université Paris-Sud XI), 2^{ème} semestre M1 Droit des affaires, 2010

MAGNIER V., *Droit des sociétés*, Dalloz, 2009

MENJUCQ M. et FAGES B. (dir.), *Actualité et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés*, Dalloz, 2010

Rédaction des éditions Francis Lefebvre, *Mémento pratique Sociétés commerciales*, Francis Lefebvre, 2009

Rédaction des éditions Francis Lefebvre, *Mémento pratique Sociétés commerciales*, Francis Lefebvre, 2011

II) Articles

CHAMPAUD C., DANET D., « Dirigeants sociaux. Rémunérations. Recommandations MEDEF/AFEP », *RTD Com.*, 2009, p. 154

COURET A., « La rémunération des dirigeants des sociétés cotées », *Dr. et patr.*, déc. 2007

DAUNER-LIEB B., DAMMANN R., KFOURI M.-A., « Eclairage. Encadrement des rémunérations des dirigeants de sociétés cotées : vers une convergence franco-allemande ? », *Bull. Joly Sociétés*, déc. 2010, n°12, p. 958

DELGA J., « L'administrateur indépendant en France : un mythe ? », *JCP E*, 2004, 166

DUCOULOUX-FAVARD C., « Quand y a-t-il rémunération excessive des dirigeants de sociétés ? », *Gaz. Pal.*, 4 fév. 2010, p.11

EL AHDAB J., « La prise en charge financière par la société de la responsabilité de ses dirigeants : vers un modèle américain ? », *Rev. Sociétés*, 2008, p. 239

GERMAIN M., « Rémunération des dirigeants : évolution ou révolution ? », *JCP E*, 4 juin 2009, 1576

GERMAIN M., HOEVERMANN J., « Questions actuelles sur la responsabilité des dirigeants de société en Allemagne et en France », *Dr. sociétés*, n°6, juin 2006, étude n° 12

HOPT K. J., « Actualité et évolutions comparées du droit allemand et du droit français des sociétés », *Rev. Sociétés*, 2009

HOVASSE H., « Politique de rémunération prévue par le décret n° 2009-348 du 30 mars 2009 », *Droit des sociétés*, juin 2009, comm. 115

JUNG P., « Vers une convergence des droits allemands et français des sociétés ? », *RIDC*, 4-2008, p.861

KERDELLANT C., « Pour en finir (vraiment) avec l'indécence des rémunérations », *L'express*, 13 avril 2011

LE CANNU P., « L'encadrement des rémunérations des dirigeants de sociétés cotées : l'apport de la loi n°2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat », *Rev. Sociétés*, 2007, 465

LEFEBVRE E., « Nouvelle piste à l'étude pour taxer les revenus exceptionnels », *Les Echos*, 4 août 2011

MAGNIER V., « Le principe « se conformer ou s'expliquer », une consécration en trompe l'œil ? », *JCP E*, 2008, 280

MEDEF, « 2° rapport annuel sur le code AFEP-MEDEF », nov. 2010,
http://www.medef.com/fileadmin/www.medef.fr/documents/AFEP-MEDEF/Rapport_application_afep_medef.pdf

PACLOT Y. et MALECKI C., «Le nouveau régime des rémunérations, indemnités et avantages des dirigeants des sociétés cotées », *D.*, 2007, 2481

REIBAUD R., « Le variable et le long terme se renforcent dans les rémunérations des dirigeants de banques », *Les Echos*, 2 mai 2011

ROSEMAIN M., « Salaires des patrons du CAC 40 : le palmarès 2011 », *Les Echos*, 26 avril 2011,
<http://www.lesechos.fr/investisseurs/actualites-boursieres/0201324063985-salaires-des-patrons-du-cac-40-le-palmares-2011-141078.php>

SEUX D., « Le CAC 40, moins que Benzema », Blog Dominique Seux, 26 avril 2011,
<http://blogs.lesechos.fr/dominique-seux/le-salaire-d-un-patron-du-cac40-represente-150-fois-le-smic-a5601.html>

VIANDIER A., « La soumission des indemnités de départ des dirigeants sociaux à la procédure des conventions réglementées », *JCP E*, 2005, 1585

VIANDIER A., « Les engagements d'indemnisation des dirigeants sociaux après la loi n°2007-1223 du 21 août 2007 », *JCP E*, 2007, 2129

III) Mémoire

BARRIERE F. (dir.), D'HEYGERE M., « Quel encadrement pour la rémunération des dirigeants des sociétés anonymes cotées ? », Mémoire Magistère de Juriste d'affaires, Université Paris II Panthéon-Assas, mai 2010

IV) Codes, textes de loi, droit européen

AFEP/ MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, <http://www.code-afep-medef.com/>

Code des sociétés et des marchés financiers, commentaires par VALUET J.-P. et LIENHARD A., Dalloz, édition 2011

Comm. CE, Rapport 2010/285 CE, 2 juin 2010, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0285:FIN:FR:PDF>

V) Jurisprudence

-Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile :

Cass. civ. 1^{ère}, 4 oct. 1989, *Bull. civ. I*, n° 301

-Cour de cassation, chambre commerciale :

Cass. com. 4 oct. 1976, *Bull. civ. IV*, n° 245 p. 210

Cass. com. 10 fév. 1981, *Bull. civ. I*, n° 50

Cass. com., 2 mai 1983, n°81-12717, *Rev.soc.*, 1984, 775, note DIDIER P.

Cass. com., 3 mars 1987, *Rev. soc.*, 1987, p. 266, note GUYON Y.

Cass. com., 26 avr. 1994, *Rev. soc.*, 1994, 725, note COHEN D.

Cass.com., 18 oct. 1994, n° 92-22052

Cass. com., 1 fév. 1994, *Rev. soc.*, 1995, 281

Cass. com., 4 juil. 1995, *Bull. civ. IV*, n° 206

Cass. com. 24 fév. 1998, *Bull. Joly*, 1998, p. 813 note PETIT B.

Cass. com., 26 mai 2004, *JCP E*, 2004, 1344, note VIANDIER A.

Cass. com. 21 sept. 2004, *RJDA*, janvier 2005, n° 47

Cass. com., 22 fév. 2005, n°03-12902, *Bull. civ. IV* n°38 p. 43, *D*, 2005, AJ p. 716, obs. LIENHARD A.

Cass. com., 12 juil. 2005, n° 03-14045, *D.*, 2005, p. 2071, obs. LIENHARD A.

Cass. com., 11 oct. 2005, *JCP E*, 2005, obs. HOVASSE H.

Cass. com. 24 octobre 2000, n° 98-18367, *RJDA*, février 2001, n°177

Cass. com. 10 fév. 2009, n° 08-12564, *RJDA*, octobre 2009, n° 848

Cass.com., 10 nov. 2009, n°08-70302

Cass. com., 14 sept. 2010, n° 09-16084, *Samo Gestion c/ Sorepla Industrie*, *Bull. Joly Sociétés*, 2010, p. 960, note LE CANNU P.

-Cour de cassation, chambre sociale :

Cass. soc., 11 juin 1997, n° 95-40424, *Bull. V*, n° 218

Cass. soc., 8 juillet 2009, n° 08-41589, *Bull. Joly Sociétés*, 2009, p. 1069, note MAGNIER V. et PACLOT Y.

-Cour de cassation, chambre criminelle :

Cass. crim., 9 mai 1973, *D.*, 1974, p. 271, note BOULOC

Cass. crim. 28 mars 1996, *Bull. crim.* n°142

Cass. crim. ,22 sept 2004, n° 5242, *RJDA*, août septembre 2005, n° 992, 1) espèce

Cass. crim., 20 juin 2007, n° 06-85663

Cass. crim. 21 oct. 2009, n° 09-80393, *RJDA*, avril 2010, n°393

-Cour d'appel de Paris :

CA Paris, 7 oct. 2008, n° 07-09681, *SA Carrefour c/ B.*, *Bull. Joly Sociétés*, 2008, p. 977, note SCHMIDT D.

-Cour d'appel de Versailles :

CA Versailles, 30 juin 2005, n° 04-748, *RJDA*, novembre 2005, n° 1238

En langue allemande :

I) Monographies, ouvrages généraux, commentaires de loi

- BAUMBACH A., HOPT K. J., MERKT H., *Handelsgesetzbuch*, 34. Aufl., Beck, München, 2010
- HOPT K. J., WIEDEMANN, *Aktiengesetz*, De Gruyter Recht, Berlin, 2008
- HÜFFER U., *Aktiengesetz*, 9. Aufl., Beck, 2010
- MERTENS H.-J., CAHN A., *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 3. Aufl., Carl Heymann, 2010
- RAISER T., VEIL R., *Recht der Kapitalgesellschaften*, 5. Aufl., Franz Vahlen, München, 2010
- REBMANN K., SÄCKER F. J., RIXECKER R., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4. Aufl., Beck, München, 2003
- RINGLEB H.-M., KREMER T., LUTTER M., WERDER A. (v.), *Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex*, 4. Aufl., Beck, München, 2010
- SCHMIDT K., LUTTER M., *Aktiengesetz*, 2. Aufl., Otto Schmidt, Köln, 2010
- WILHELM J., *Kapitalgesellschaftsrecht*, 3. Aufl., De Gruyter Recht, Berlin, 2009

II) Articles

- ARMBRÜSTER C., « Neue Vorgaben zur Managervergütung im Versicherungssektor », *VersR*, 2011, 1
- BRAMMSEN J., « Aufsichtsratsuntreue », *ZIP*, 2009, 1504-1511
- DAUNER-LIEB B., PREEN A. (v.), SIMON S., « Das VorstAG-Ein Schritt auf dem Weg zum Board-System ? », *DB*, 2010, pp. 377-383
- EHREN T., GROS M., « Anforderungen an eine angemessene Vorstandsvergütung aus Sicht der Praxis », *Der Konzern*, 2010, 412-423
- FLEISCHER H., « Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) », *NZG*, 2009, 801
- FLEISCHER H., HUPKA J., « Zur Regulierung der Vorstandsvergütung durch das Steuerrecht », *DB*, 2010, 601-607
- HOFFMANN-BECKING M., « Vorstandsvergütung nach Mannesmann », *NZG*, 2006, 1227
- HOFFMANN-BECKING M., « Rechtliche Anmerkungen zur Vorstands- und Aufsichtsratsvergütung », *ZHR*, 169, 2005, p. 155-180
- KLING M., « Die Angemessenheit der Vorstandsvergütung gemäss §87 AktG. n. F. », *DZWIR*, 2010, 221-232
- KRAMARSCH M., « Organvergütung », *ZHR*, 169, 2005, p.112 et s.

MARTENS K.-P., « Die Vorstandsvergütung auf dem Prüfstand », *ZHR*, 169, 2005, p. 124 et s.

MERTENS H. J., « Vorstandsvergütung in börsennotierten AG », *AG*, 2011, 57-63

RÖNNAU T., HOHN C., « Die Festsetzung (zu) hoher Vorstandsvergütungen durch den Aufsichtsrat-ein Fall für den Staatsanwalt ? », *NStZ*, 2004, 113-123

SCHWALBACH J., *Vergütungsstudie 2011*, <http://lehre.wiwi.hu-berlin.de/Professuren/bwl/management>

TRAFKOWSKI A., DÖRRWÄCHTER J., « Anmerkungen zum Abfindungs-Cap in Nummer 4. 2. 3 n. F. des Deutschen Corporate Governance Kodex », *NZG*, 2007, 846

Weltonline, «Managergehälter so hoch wie vor der Krise», 20.05.11,
<http://www.welt.de/wirtschaft/article13384487/Managergehaelter-so-hoch-wie-vor-der-Krise.html>

III) **Codes**

www.corporate-governance-code.de

IV) **Jurisprudence**

-Bundesverfassungsgericht :

BVerfGE 89, 1, 8

BVerfGE 68, 193, 222 f.

-Bundesgerichtshof :

BGH, 15.11.1982, «Hertie», *BGHZ* 85, 293

BGH, 21.04.1997, « ARAG-Garmenbeck », *BGHZ* 135, 244

BGH, 21.12.2005, « Mannesmann », 3 StR 370/04, *BGHSt* 50, 331, *NJW*, 2006, p. 522

-Oberlandesgericht München :

OLG München, 7.5.2008, « REW Energie AG », 7 U 5618/07, *ZIP*, 2008, 1237

Dictionnaires :

DOUCET, FLECK, *Dictionnaire juridique et économique*, Beck, 1988

KÖBLER, *Rechtsfranzösisch*, Vahlen, München, 2004

www.leo.org

TABLE DES MATIERES

RESUME.....	2
SOMMAIRE.....	3
LISTE DES ABREVIATIONS.....	4
INTRODUCTION :	6
Section préliminaire : Les différents liens juridiques entre le dirigeant et la société.....	9
I) Le mandat social des dirigeants	10
A) La représentation	10
1) En France	10
2) En Allemagne.....	12
B) La gestion et la direction générale de la société	13
1) En France	13
2) En Allemagne.....	14
C) Comparaison du mandat français et de la <i>Bestellung</i> allemande.....	15
II) Le cumul des mandats sociaux.....	16
A) En France	16
B) En Allemagne.....	17
C) Comparaison	18
III) Mandat social et contrat de travail ou contrat de service	18
A) Le dédoublement du lien juridique en Allemagne	18
1) La notion de <i>Anstellungsvertrag</i>	18
2) La conclusion du <i>Anstellungsvertrag</i>	19
3) La fin du <i>Anstellungsvertrag</i>	20
B) Des hypothèses limitées de cumul en France	20
C) Comparaison du mandat français et du <i>Anstellungsvertrag</i>	22
PARTIE I : LES CRITERES DE FIXATION.....	24
Section 1 : Les critères distincts : caractère habituel et situation de la société à long terme.....	25
I) Le caractère habituel ou usuel de la rémunération	25
A) Le caractère usuel, composante du critère d'adéquation en Allemagne	26
1) Le principe de la rémunération usuelle.....	26
a) Définition du concept.....	26
b) Difficultés pratiques	27
2) La justification particulière d'une rémunération non usuelle.....	28
B) Le caractère non exceptionnel en France	28

1) L'absence de critère légal des rémunérations habituelles.....	29
a) La rémunération en tant qu'administrateur	29
b) Les rémunérations propres au président du conseil d'administration et au directeur général.....	30
2) Les rémunérations exceptionnelles justifiées par des missions particulières	30
C) Un rapprochement possible des deux notions	31
II) La situation économique à long terme de la société	32
A) La situation sociale et le « développement durable » de la société cotée allemande	32
1) La situation de la société	32
2) Le développement durable de la société cotée	34
a) Le concept	34
b) L'aspect positif de la durabilité	35
c) La concrétisation du critère : une base d'appréciation pluri annuelle.....	37
B) L'absence de référence explicite à la situation économique à long terme en droit français	38
C) Comparaison	40

Section 2 : Le critère commun : la performance du dirigeant..... 41

I) La définition ouverte de la performance	41
A) Distinction fonctions/performances du dirigeant.....	41
1) Les fonctions du dirigeant	41
a) En Allemagne.....	41
b) En France	42
2) Les performances du dirigeant.....	43
a) En Allemagne.....	43
b) En France	44
B) Tentatives d'illustration comparées.....	46
II) Le champ d'application du critère.....	48
A) Quant aux sociétés concernées.....	48
B) Quant aux rémunérations concernées.....	49
1) En Allemagne.....	49
2) En France	50
C) Comparaison	51

PARTIE II : LES MECANISMES DE CONTROLE 56

Section 1 : Le contrôle par les organes sociaux 56

I) Les mécanismes de droit « dur ».....	56
A) Les obligations d'information des actionnaires	56
1) En France	57
2) En Allemagne.....	59
a) Les obligations d'information dans toutes les sociétés par actions.....	59
b) Les obligations d'information dans les sociétés cotées	60
3) Comparaison.....	62
a) Domaine des obligations d'information.....	62
b) Destinataires des obligations d'information	63

c)	Intérêt des obligations d'information	63
B)	Les mécanismes particuliers.....	65
1)	Les conventions réglementées en France	65
a)	Champ d'application.....	65
b)	Déroulement de la procédure	67
c)	Sanctions	68
d)	Dispositions particulières aux sociétés cotées	68
e)	Critique	69
2)	En Allemagne.....	70
a)	L'obligation de diminuer la rémunération en vertu du §87 Abs. 2 AktG	70
b)	La possibilité de l'assemblée générale d'une société cotée de prendre des résolutions non contraignantes sur le système de rémunération §120 Abs. 4 AktG (issu de art. 1 Nr. 6 VorstAG).	72
3)	Comparaison.....	73
II)	Le mécanisme de droit « mou » : le gouvernement d'entreprise.....	75
A)	A l'échelon de l'Union européenne.....	76
B)	A l'échelon national.....	79
1)	Les Codes français de gouvernement d'entreprise.....	79
a)	Caractère juridique.....	79
b)	Contenu sur la rémunération	81
2)	Le <i>Deutscher Corporate Governance Kodex</i>	83
a)	Caractère juridique.....	83
b)	Contenu sur la rémunération	85
3)	Comparaison.....	89
	Section 2 : Le contrôle judiciaire	92
I)	Le contrôle indirect	92
A)	La responsabilité civile des dirigeants	93
1)	Dans le modèle moniste	93
a)	Principe.....	93
b)	Les faits générateurs de responsabilité en matière de rémunération.....	94
c)	Les titulaires de l'action en responsabilité	95
d)	L'exclusion de la responsabilité.....	96
2)	Dans le modèle dualiste	97
a)	Responsabilité des membres du directoire.....	97
b)	Responsabilité des membres du conseil de surveillance	102
3)	Comparaison.....	106
B)	La responsabilité pénale des dirigeants	108
1)	En France : l'abus de biens sociaux	109
2)	En Allemagne : <i>Untreue</i>	110
3)	Comparaison.....	112
II)	Le contrôle direct	113
A)	En Allemagne.....	113
1)	Les mécanismes de droit civil.....	113
a)	L'imprévision, §313 BGB.....	114

b) La détermination du montant équitable, § 315 Abs. 3 S. 2 BGB.....	115
c) Les bonnes mœurs, § 318 BGB.....	116
2) Les mécanismes de droit spécial	116
a) Dans le secteur financier	116
b) Dans le secteur des assurances	117
c) En droit fiscal ?	117
B) En France	117
1) Les mécanismes de droit civil.....	118
2) Les mécanismes de droit spécial	118
a) Le droit des marchés financiers.....	118
b) Le droit fiscal ?.....	119
C) Comparaison	120
BIBLIOGRAPHIE.....	124
TABLE DES MATIERES.....	130