

Gouvernance, rémunération du dirigeant et risque pénal

Quels sont les bons réflexes ?

Alexandre Couilliot, Avocat Associé
Spécialiste en droit pénal

I. Gouvernance et rémunération du dirigeant

I.1 Variétés de rémunérations et modalités de fixation

- Différents types de rémunération
- Principes de rémunération des dirigeants
- Rémunération des dirigeants avant leur entrée en fonction
- Rémunération des dirigeants après la cessation de leurs fonctions

I.2 Contrôle de la rémunération du dirigeant

- Objet de la procédure dite du « *say on pay* »
- Vote *ex ante* des actionnaires sur la politique de rémunération des dirigeants
- Contrôle *ex post* des actionnaires sur la rémunération des dirigeants

2. Rémunération du dirigeant et risque pénal

2.1 Rappels sur l'abus de biens sociaux et/ou des pouvoirs

- Fondements juridiques
- Un usage contraire à l'intérêt social
- Application en matière de rémunération

2.2 Approche pratique et appréciation du Juge pénal

- Pratique judiciaire en matière d'abus de biens sociaux
- De la recherche de l'excès vers le contrôle du processus d'attribution

I. Gouvernance et rémunération du dirigeant

I.I Variétés de rémunérations et modalités de fixation

Différents types de rémunération (1/2)

▶ Rémunérations dites « d'activité »

- Rémunération fixe/variable
- Attribution d'options
- Attribution d'actions gratuites
- Jetons de présence
- Convention organisant les conséquences de la cessation des fonctions

▶ Rémunérations dites « différées »

- Retraites complémentaires
- Indemnités de départ
- Stock options

Différents types de rémunération (2/2)

▶ Rémunération fixe

- Révision à intervalle long
- Explicitation de toute augmentation significative

▶ Rémunération variable annuelle

- Cohérence des règles de fixation et information claire (RGE)
- Critère quantifiables simples, pertinents et adaptés à la stratégie d'entreprise
- Critères qualitatifs définis de manière précise avec une limite

▶ Rémunération de long terme

- Pourcentage proportionné des options d'actions et des actions de performance
- Eviter une trop forte concentration
- Cohérence avec les pratiques antérieures

▶ Rémunérations exceptionnelles

- Circonstances très particulières
- Exigence de motivation
- Réalisation de l'événement

Principes de rémunération des dirigeants

- ▶ Exhaustivité
- ▶ Equilibre entre les éléments de la rémunération
- ▶ Comparabilité
- ▶ Cohérence
- ▶ Intelligibilité des règles
- ▶ Mesure

Rémunération des dirigeants avant leur entrée en fonction

Forme sociale	Dirigeant(s)	Grands principes
SA classique	DG, DGD	Compétence exclusive du CA, non-rétroactivité modification/suppression sauf accord de l'intéressé, cumul de rémunérations possible, pas de procédure des conventions réglementées
SA classique	Président du CA	Jetons de présence, possible rémunération complémentaire particulière, compétence exclusive du CA, non-rétroactivité modification/suppression sauf accord de l'intéressé, cumul avec un contrat de travail sous conditions, procédure des conventions réglementées
SA dualiste	Président et vice-président du CS	Compétence exclusive du CS, cumul avec la rémunération de membre du CS, transposition pour le surplus des règles applicable au Président du CA, au DG et au DGD
SA dualiste	Membres du directoire	Montant et mode de rémunération fixé dans l'acte de nomination, compétence exclusive du CS, intervention possible d'un comité <i>ad hoc</i> , pas de procédure des conventions réglementées, pouvoir de modification du CS avec rétroactivité
SAS	Président, autres dirigeants	Modalités de fixation et versement déterminés librement par les statuts, décision prise par les associés ou tout autre organe prévu par les statuts, liberté contractuelle, fixe ou proportionnelle, pas de procédure des conventions réglementées sauf si les statuts prévoient qu'elle n'est pas fixée par l'AG des actionnaires (comité spécifique/tiers).
SARL	Gérant	Modalités de fixation et versement déterminés par les statuts ou DC des associés, conception institutionnelle de la société, mandat social, pas de procédure des conventions réglementées si la rémunération est fixée par les statuts et le gérant peut prendre part au vote de la délibération qui la fixe, mention obligatoire de la rémunération dans un rapport de gestion soumis à la signature des associés et annexé au PV d'assemblée générale ordinaire.

Rémunération des dirigeants après la cessation des fonctions

- ▶ Indemnités de départ et retraites complémentaires
 - Présidents, DG et DGD y sont éligibles
 - Administrateurs et membres du CS en sont exclus
 - Ne doivent pas remettre en cause la libre révocabilité des mandataires sociaux

- ▶ Possibilité d'avantages en nature en contrepartie de services fournis après à la cessation des fonctions

- ▶ Qualification de l'octroi d'une retraite complémentaire en rémunération ou libéralité
 - Dans les sociétés non cotées, complément de rémunération relevant de la compétence exclusive du CA ou du CS
 - Soumis à des critères stricts sous peine de requalification en libéralité

- ▶ Modification ou suppression d'un complément de retraite impossible

1.2 Contrôle de la rémunération du dirigeant

Encadrement des rémunérations dans les SA cotées

- ▶ Procédure dite du « *say on pay* »
- ▶ Vote *ex ante* des actionnaires sur la politique de rémunération des dirigeants
- ▶ Contrôle *ex post* des actionnaires sur la rémunération des dirigeants

2. Rémunération du dirigeant et risque pénal

2.1 Rappels sur l'abus de biens sociaux et/ou de pouvoirs

Fondements juridiques

- ▶ Sociétés concernées :
 - SA (articles L. 242-6, 3° et 4°, L. 242-30, Code de commerce)
 - SARL (article L. 241-3, 4° et 5°, Code de commerce)
 - SAS (article L. 244-I, Code de commerce)
 - Société en commandite par actions (article L. 243-I, Code de commerce)

- ▶ En-dehors de ces sociétés : délit d'abus de confiance (articles 314-I et suivants du Code pénal)

- ▶ Répression : 5 ans d'emprisonnement et/ou 375 000 € d'amende, outre la possibilité de peines complémentaires (interdictions professionnelles)

Un usage contraire à l'intérêt social (1/2)

- ▶ Biens : tous les éléments mobiliers ou immobiliers du patrimoine social

- ▶ Crédit : « la renommée commerciale de la société, née de la bonne marche de l'entreprise, de son capital, du volume et de la nature de ses affaires »

- ▶ Pouvoirs : ensemble des pouvoirs que les dirigeants possèdent en vertu de leur mandat, c'est-à-dire toutes les prérogatives statutaires ou légales

- ▶ Caractères de l'usage :
 - Appropriation ou dissipation, mais aussi simple utilisation ou acte d'administration
 - Simple abstention ou omission
 - Acte instantané, la prise de la décision illicite consommant l'usage sans nécessité d'appropriation de la chose usée

- ▶ Critère temporel : les tribunaux doivent replacer le délit dans son contexte industriel et commercial, et l'examiner tant au regard du préjudice qu'il risquait de faire supporter à la société que des avantages que celle-ci pouvait en attendre

Un usage contraire à l'intérêt social (2/2)

- ▶ Définition large : « *tout acte qui porte effectivement atteinte au patrimoine social* »
- ▶ Interprétation extensive : tout acte faisant courir un risque anormal
- ▶ Intérêt économique
- ▶ « *la société est gérée dans son intérêt social en prenant en considération les enjeux environnementaux et sociaux de la société* » (loi Pacte du 22 mai 2019)
- ▶ Acte commis de mauvaise foi, recherche d'un d'avantage personnel direct ou indirect

Application en matière de rémunération

- ▶ Aucun montant théorique

- ▶ Critère tenant à la situation de la société :
 - Capacités financières de la société
 - Situation financière de la société
 - Performances de la société

- ▶ Critère tenant à la situation du dirigeant
 - Qualités intrinsèques (âge, formation, expérience, etc.)
 - Implication et existence d'une contrepartie effective

- ▶ Sanction de la fixation, de l'augmentation **et** du maintien de la rémunération

- ▶ Absence d'incidence de l'approbation des associés

2.2 Approche pratique et appréciation du Juge pénal

Pratique judiciaire de l'abus de biens sociaux (I/2)

► Rémunérations d'activité

- Président d'une société s'étant attribué, avec l'autorisation partielle du CA, des rémunérations excessives alors que la société n'avait qu'une activité réduite, versées grâce à des emprunts hors de proportion du travail fourni
- Président d'une société en quasi-sommeil et subsistant pour réaliser son actif immobilier, qui perçoit des rémunérations hors de proportion avec l'activité déployée et versées à l'aide d'emprunts assortis de frais financiers élevés
- Le fait que la rémunération ait été fixée par le conseil d'administration et l'absence de réaction d'intervenants extérieurs ne permettent pas en eux-mêmes, d'exclure la qualification d'abus de biens sociaux dès lors que la rémunération s'avère disproportionnée au regard à la fois des prestations fournies et des possibilités financières de la société
- Le président peut être condamné civilement à restituer à la société un complément de rémunération indûment perçu alors même qu'il a été relaxé du chef du délit d'abus de biens sociaux

Pratique judiciaire de l'abus de biens sociaux (2/2)

▶ Rémunérations différées

- Condamnation pour abus de bien sociaux en raison du versement d'une indemnité de rupture sous forme de contrats d'assurance dont les cotisations étaient réglées par la société
- Condamnation d'un dirigeant qui avait reçu une prime d'arrivée dite « *golden hello* » dans le contexte de reprise d'une société en difficulté alors que le « *business plan* » prévoyait une situation déficitaire de la société pour le premier semestre, ce qui conférait un caractère excessif à la rémunération
- Rejet de la qualification d'abus de biens sociaux contre un administrateur qui avait bénéficié d'une indemnité de rupture au titre de son contrat de travail

De la recherche de l'excès vers le contrôle du processus d'attribution

- ▶ Un administrateur ayant conclu un contrat avec sa société, sans perte ni profit pour celle-ci, mais pour se faire attribuer une commission
- ▶ Un prévenu ayant seulement incité les clients d'un établissement bancaire qu'il gérait à retirer les fonds qu'ils y avaient en dépôt et à les lui confier personnellement afin d'en assurer le placement
- ▶ Le PDG d'une SA qui s'est assuré le contrôle du comité des rémunérations et n'a pas mis les membres du CA nommant les membres dudit comité en mesure de remplir leur mission, a été condamné à payer une amende de 375 000 euros pour abus de pouvoirs
- ▶ Constitue un abus de pouvoir le fait pour le président du CA, pour obtenir le dé plafonnement et l'entière variabilité de sa rémunération, de s'assurer le contrôle du comité des rémunérations et de ne pas mettre les membres du conseil d'administration en mesure de remplir leur mission, dès lors que ces agissements ont eu des conséquences sur les charges financières et l'image de la société



MERCI DE VOTRE ATTENTION

**Alexandre Couilliot, Avocat associé
Spécialiste en droit pénal**

Friedland AARPI

103, rue La Boétie – 75008 Paris

Tél. : 01 89 16 91 82

Mob. : 06 25 05 23 56

Email : acouilliot@friedlandco.com

www.friedlandco.com