

Révocation sans indemnités des PDG de SA en France : Mythe ou réalité ?

Jacques DELGA

Docteur d'État en Droit
Professeur associé à L'ESSEC
Avocat à la Cour d'Appel de Paris

RÉSUMÉ

Les PDG de sociétés anonymes peuvent-ils percevoir, lorsqu'ils sont révoqués (en l'absence de faute), des indemnités de révocation à l'instar des dirigeants américains ou anglais ? Le sujet est d'actualité. Il est d'ordre social. Il n'est pas sans incidence sur la gestion de l'entreprise. Il s'agit surtout d'un problème de clarté juridique. Le juriste répugne à s'engager sur cette question. En droit français, le principe est celui de la prohibition des indemnités. Il existe cependant de subtils tempéraments. En pratique, il est tant dérogé au principe de l'interdiction qu'une reconnaissance légale des indemnités pourrait être envisagée.

Le principe jurisprudentiel d'interdiction, les exceptions, les pratiques équivoques actuelles sont examinés dans cet article.

La multiplication des fusions acquisitions, les implantations en France de sociétés anonymes composées d'actionnaires anglais ou américains dès les années 1980, la période de crise qui a suivi, l'alternance politique des années 81 et 93, ont rendu précaire le sort des président-directeurs généraux (1). L'éviction rapide et brutale de ces dirigeants n'est plus rare. Mais ces victimes attendrissent peu l'opinion publique. Certaines, il est vrai, sont bénéficiaires d'importantes protections ministérielles, politiques, ou corporatistes (ce qui est dénoncé bien souvent comme un mal français) et peuvent se recaser sans difficulté. Le sort des autres ne peut être oublié. Les dirigeants sont en effet aujourd'hui plus souvent des « managers », que de puissants actionnaires. Leur situation n'est pas, en fait, très éloignée de celle de certains cadres, tant la subordination à l'actionnaire principal, souvent une banque, peut être grande. Juridiquement toutefois, ils ne sont que mandataires, et à la différence des salariés, ne bénéficient pas des ASSEDIC en cas de chômage. De plus, aucune indemnité de licenciement, ou plus précisément de « limogeage », ce en l'absence même de faute, n'est prévue par la loi française. S'il paraît légitime, en cette période de crise ou de bas salaires,

de ne pas s'attarder sur ceux qui bénéficient de hauts niveaux de revenus, on ne peut toutefois ignorer que la fonction de dirigeant est souvent exercée, de nos jours, par d'anciens salariés qui ont dû quitter leur emploi. Ce problème des indemnités n'est cependant pas uniquement d'ordre social. Il s'agit aussi d'un problème de saine gestion de l'entreprise.

L'absence d'indemnités risque de conduire tout dirigeant à s'inféoder totalement à la vision de l'actionnaire principal et à ne devenir qu'un homme de paille. Or l'actionnaire principal se désintéresse le plus souvent de la manière dont l'entreprise est dirigée — du moins en période de bénéfices. Il n'a essentiellement pour éthique que le profit ou la croissance. Cette perception est insuffisante. De nombreux auteurs anglo-saxons, spécialistes des disciplines de gestion, ont souligné depuis longtemps la nécessité pour le dirigeant de dépasser les seuls rapports avec les actionnaires et de prendre en considération d'autres composantes, (2) qui ne sont pas toujours prescrites par la loi. On ne peut négliger les relations avec les consommateurs, les minorités sociales, l'envi-

ronnement, la lutte contre les pollutions, etc. Il conviendrait donc de valoriser la situation du véritable « manager 7 en le rendant moins dépendant de l'actionnaire. Paradoxalement donc, s'intéresser aujourd'hui aux indemnités d'éviction des PDG ne renforce pas nécessairement le système capitaliste, dont la société anonyme est le modèle.

On ne peut enfin oublier qu'aux États-Unis les indemnités d'éviction sont utilisées comme des manœuvres « poison pills » pour réduire les tentatives de prise de contrôle de la société en rendant les acquisitions plus coûteuses. On cite classiquement le cas du président de Bendix qui s'était assuré en cas de révocation six ans de salaires en sus d'importantes gratifications. On n'insistera pas cependant sur ce dernier aspect dans la mesure où la prise de contrôle, indésirable pour le dirigeant, peut être bénéfique (3) aux actionnaires ou à la société.

Il s'agit enfin et surtout d'un problème de **clarté juridique**.

Les PDG français, ou du moins les plus importants (les autres n'ont pas toujours les moyens d'une telle politique), raisonnant par mimétisme, inspirés par l'exemple américain ou celui en vigueur dans certains pays européens, ont souvent tendance à considérer que les conventions d'indemnisation, ou « golden parachutes », sont un dû. Diverses méthodes se sont développées. Il est de plus en plus fréquent que le PDG d'un groupe de sociétés bénéficie, dès sa nomination, d'un contrat de travail en tant que directeur de filiale. Ainsi, des garanties de ressources ou des indemnités de licenciement lui sont assurées, en raison de sa fonction de salarié. (4) Des conventions de rachat d'actions, d'attribution de stocks options (5), de versement de pension retraite, sont aussi des pratiques courantes. L'esprit des textes, par ce biais, est détourné. La loi est contournée. L'habillage juridique ne peut être nié dans bien des cas. De la dérive à la fraude, la frontière est étroite et le pas est souvent franchi : la mission en tant que salarié n'est pas toujours réelle ; le rachat d'actions peut être effectué à un prix excessif ou l'attribution de stocks options réalisée dans des conditions douteuses (6). En sus, ou à défaut de ces accords préventifs, des indemnités importantes de révocation (7) sont parfois prévues peu de temps avant la révocation, sous forme camouflée, en contrepartie d'un accord de coopération avec le successeur, de l'annonce d'une « démission volontaire pour différence de stratégie », du silence sur les agissements critiquables de l'entreprise ou l'actionnaire majoritaire. Il existe là une forme de chantage des parties en présence.

D'autres méthodes sont utilisées (8). La liste ne peut être exhaustive.

En droit français, (9) la question des indemnités accordées au PDG mérite d'être examinée avec attention. Le sujet est en effet non seulement d'actuali-

té, mais particulièrement délicat. Il est mal connu et fait l'objet de controverses. Le juriste redoute en général de s'engager ou a tendance à répondre par la négative. Il n'existe aucun texte précis. La solution est essentiellement jurisprudentielle. Le principe était à l'origine celui de la prohibition des indemnités « d'éviction » ; il semble encore le demeurer à ce jour. La règle n'est cependant pas absolue et il existe un flou important. Le droit n'est pas aussi hostile qu'il n'y paraît à ce qu'il convient d'appeler les « golden parachutes ». Des indemnités, sous certaines conditions, ont été valablement accordées, parfois de manière arbitraire. Le flou est tel qu'il ne faut s'engager qu'avec prudence sur le terrain judiciaire. Telle est la raison pour laquelle certains dirigeants préfèrent obtenir des actionnaires un engagement indemnitaire « d'honneur » plutôt qu'un engagement juridique trop aventureux. Cette grande complexité explique, pour partie, les pratiques précédentes (et) ou la relative rareté des poursuites et justifie l'étude.

Les solutions énoncées ci dessous ne sauraient présenter un caractère sacré pour le PDG, ou le responsable des relations humaines, qui peut avoir la charge concrète de traiter le problème, (mais, qui n'est pas toujours informé des rémunérations versées, car seul le conseil d'administration a, en droit, compétence pour attribuer le « salaire » du PDG). En effet certaines décisions jurisprudentielles sont aléatoires. De plus, les propos publics de quelques dirigeants montrent que des initiatives audacieuses ont été prises au profit de ces derniers, compte tenu sans doute de leur personnalité ou de circonstances économiques ou sociales particulières à l'entreprise concernée, sans faire, semble-t-il l'objet d'un contrôle judiciaire, fiscal ou social.

L'examen du principe de l'interdiction des indemnités de révocation (caractère et fondement) est indispensable (I) pour mieux appréhender les tempéraments de la jurisprudence contemporaine (II) ou des textes législatifs récents (III) .

I) LE PRINCIPE DE L'INTERDICTION DES INDEMNITÉS DE RÉVOCATION

La liberté de révocation des PDG a justifié la prohibition jurisprudentielle des indemnités de révocation. Mais si le principe de la liberté de révocation présente un caractère d'ordre public, il n'en est pas de même du principe relatif à la prohibition des indemnités d'éviction.

1°) Le principe d'ordre public de libre révocabilité du PDG, fondement de la prohibition des indemnités de révocation.

Tous les présidents de sociétés anonymes, et notamment ceux qui dirigent des sociétés cotées dont

les majorités ne sont pas stables, sont à la merci d'une révocation rapide et brutale. Deux textes distincts permettent en effet au conseil d'administration ou à l'assemblée des actionnaires de limoger le président, directement dans le premier cas, ou indirectement dans le second, selon leur bon plaisir.

L'article L-110 alinéa 3 prévoit : « Le conseil d'administration peut révoquer le président à tout moment, toute disposition contraire est réputée non écrite ».

L'article 90 alinéa 2 indique : « les administrateurs sont rééligibles. Ils peuvent être révoqués à tout moment par l'assemblée générale ordinaire ». L'assemblée générale ordinaire a donc le pouvoir de retirer au président ses fonctions d'administrateur et le prive, par ce biais, de la présidence du conseil d'administration.

Cette rigueur de la loi du 24 juillet 1966 est juridiquement justifiée par l'application des règles contractuelles relatives au mandat. Le P-DG, comme l'administrateur, est un mandataire. Or tout mandat est, selon l'article 2004 du Code civil, révocable à tout moment, sans contrôle de justice et sans motif.

L'article 2004 C. Civ. énonce : « Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble ». L'expression latine révocation « ad nutum », c'est à dire sur un signe de tête, illustre la situation précaire du dirigeant de société anonyme.

On observera toutefois qu'à l'origine la notion de « libre révocabilité », formule utilisée par le Code de Commerce de 1807, ne signifiait pas que cette révocabilité était admise « ad nutum », mais plus simplement que le mandat du dirigeant ne pouvait être indéfini.

La jurisprudence consacre la solution selon laquelle la révocabilité « ad nutum » du PDG est « d'ordre public ». Toute clause contraire est réputée non écrite (10). La Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 2 juin 1992 le rappelle (11). Elle condamne les combinaisons ou conventions qui aboutissent, directement ou indirectement, à porter atteinte à la libre révocation (12). Les magistrats ont ainsi prononcé la nullité de dispositions statutaires ou extra-statutaires pouvant dissuader les actionnaires d'exercer leur libre droit de révocation, telles par exemple le respect d'un préavis (13) d'éviction du PDG ; la garantie d'emploi accordé à ce dernier ; le versement d'indemnités forfaitaires (élevées) ; la promesse d'un contrat de travail ; l'octroi d'un complément de retraite ; ou l'engagement de racheter les actions de l'intéressé à un prix très supérieur à leur valeur. Ainsi, la Cour d'appel de Versailles, en Juillet 1991 (14), a annulé un accord dans lequel l'actionnaire majoritaire avait promis de racheter les actions du président au double de leur valeur si ce dernier était évincé. La Cour d'appel de Paris en date du 28 Mars 1995 a annulé l'accord de rachat d'actions passé entre les actionnaires majori-

taires d'une SA et le PDG dans la mesure où le président détenait 34 % du capital social ce qui aurait constitué pour les acquéreurs une charge trop onéreuse et de nature à restreindre la libre révocabilité. De même, l'engagement d'un futur actionnaire majoritaire garantissant au PDG le maintien de ses fonctions au conseil d'administration – l'usage est courant en cas de prise de contrôle – doit être considéré comme nul. Dans un sens identique, la Cour de Cassation en date du 3 mai 1995 a considéré qu'une convention entre de nouveaux actionnaires majoritaires et le PDG en place, qui prévoyait que le président pourrait bénéficier d'un emploi salarié jusqu'à soixante cinq ans, ou qu'une indemnité égale à deux ans de salaire lui serait versée si son départ en préretraite avant soixante-cinq ans n'était pas accordé, a été déclaré nulle.

2°) La prohibition des indemnités en cas de révocation n'est pas d'ordre public contrairement au principe de libre révocabilité

Si l'article L 110 al 3 prévoit que la libre révocabilité du PDG est d'ordre public, « Toute clause contraire étant réputée non écrite », il n'existe aucune disposition législative interdisant clairement et de manière absolue la perception d'indemnités par le PDG.

Le principe juridique si souvent utilisé, selon lequel ce qui n'est pas interdit est autorisé, ne peut-il pas recevoir application en ce domaine ?

La jurisprudence, sous les réserves précédentes, n'est pas totalement hostile au versement « d'indemnités ». Mais peut-on véritablement les qualifier d'indemnités « de » révocation ?

A l'instar de la France, en Angleterre et dans quelques Etats des Etats-Unis, (15) notamment le Delaware (dans la plupart des autres états la révocation ne peut avoir lieu sans justes motifs) le principe a toujours été celui de la révocation ad nutum. Mais en dépit de cette règle absolue, tant en Angleterre qu'aux Etats-Unis, des indemnités d'éviction ont toujours été autorisées. Il n'y a donc pas eu, comme en France, une étroite liaison entre le principe de la révocabilité ad nutum et celui de l'interdiction d'indemnités d'éviction. On observera toutefois qu'en Angleterre les indemnités d'éviction doivent être autorisées par l'assemblée des actionnaires, ce qui n'est pas le cas en France.

II) LES "TEMPÉRAGEMENTS" DE LA JURISPRUDENCE CONTEMPORAINE

La sévérité d'un limogeage « ad nutum » a incité la jurisprudence à accorder des indemnités (16). Il convient de distinguer les indemnités destinées à réparer, le plus souvent très partiellement, et sous certaines conditions, le préjudice « de » révocation (1°), des indemnités permettant de compenser le préjudice

subi « dans » la révocation (2°), en raison de la manière abusive dont la personne a été évincée.

1°) Reconnaissance d'indemnités « d'éviction » sous réserve d'absence d'obstacle à la libre révocabilité par les organes sociaux

Des indemnités de révocation semblent autorisées si elles ne font pas obstacle à la décision des organes sociaux, actionnaires ou administrateurs, de révoquer librement le président. Les accords d'indemnisation conclus avec des tiers ne participant pas directement ou indirectement au vote de révocation, et donc évidemment non actionnaires, paraissent, selon la jurisprudence et la doctrine, parfaitement valables. Il en est de même d'indemnités accordées après la révocation, ou d'indemnités de faible valeur qui ne sauraient de ce fait présenter un caractère dissuasif.

Indemnités « d'éviction » octroyées par des « tiers » non actionnaires.

Des conventions conclues avec des tiers non actionnaires sont valables (17).

Il a été jugé qu'un accord passé entre le PDG d'une société anonyme et une société tierce, accord selon lequel la société tierce s'engageait à racheter les parts du PDG en cas de cessation de fonction, n'était pas un obstacle au principe de la révocation ad nutum dans la mesure où le conseil d'administration, qui a décidé la révocation du PDG, était étranger à cette convention (18).

Des actionnaires qui s'engagent à indemniser le PDG en cas de révocation et dont la validité de la promesse d'indemnisation est de ce fait douteuse, deviennent, semble-t-il, des tiers engagés valablement lorsqu'ils quittent la société.

On peut se demander si une société liée à un groupe est ou non un tiers et peut donc promettre une indemnisation au PDG d'une autre société faisant partie de ce même groupe ?

Indemnités "d'éviction" octroyées après révocation

Un ex-dirigeant nous semble pouvoir tout à fait valablement discuter, après son éviction, de ses indemnités. Il n'y a pas là obstacle à la libre révocabilité, puisque l'ancien dirigeant est déjà évincé. Il est évident qu'en pratique ces indemnités sont laissées alors au bon vouloir des organes en place et que les moyens de pression de l'ex dirigeant sont alors très limités.

Indemnités "modestes"

La jurisprudence semble aujourd'hui incontestablement valider l'octroi d'indemnités, du moins dans la mesure où ces dernières ne remettent pas en

cause le principe de la libre révocabilité et tendent essentiellement à limiter les conséquences financières de l'éviction du PDG.

L'attendu explicite de la Cour de Cassation en date du 2 juin 1992 (19), selon lequel « il appartient aux juges du fond de rechercher si la convention litigieuse n'a pas pour objet, ou pour effet, de restreindre ou d'entraver la révocation ad nutum de ce directeur de SA », illustre cette observation.

L'arrêt du 6 décembre 1983, ou celui du 7 février 1989 de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation (20) a considéré qu'une convention relative aux conditions de départ du mandataire social n'était pas nulle par essence (21). Il était en l'espèce précisé que le rachat d'actions appartenant au PDG ne présentait qu'une « dépense peu élevée » en raison du nombre limité de titres.

La Cour d'Appel de Versailles, en date du 1^{er} décembre 1988, a accepté l'indemnisation d'un PDG à la charge de la société ou des actionnaires, dans la mesure où une telle charge, « du fait de sa faiblesse, était sans incidence sur l'incitation à révoquer » (22).

La Cour de Cassation a admis à diverses reprises la validité de pension retraite, dans la mesure où « la charge n'était pas excessive pour la société » et en contrepartie de services rendus par le dirigeant (23).

A contrario, la décision d'annuler la convention mettant à la charge de l'actionnaire majoritaire l'obligation de racheter au double de leur valeur les actions du président, en cas de révocation de celui-ci, a été prise en raison de la somme considérable qui était en jeu (cité note 4. Versailles 11 juillet 91 RJDA n° 1040 et Paris 14. 12. 93 RJDA 3/94 n° 290).

Déterminer si la convention d'indemnisation fait ou non échec à la libre révocabilité est un problème de fait. Il existe un arbitraire certain. La solution est fonction de la faiblesse du montant et de l'importance de la société. Le rôle des juges du fond est capital.

2°) Reconnaissance d'indemnités pour préjudice « dans » la révocation

La prohibition de principe des indemnités de révocation n'exclut pas la réparation du préjudice causé par la façon abusive dont s'est déroulée la révocation, (préjudice dans la révocation). Il n'est pas ici question de la sanction d'une révocation « irrégulière », révocation qui ne respecterait pas les règles formelles de procédure prévues par le droit des sociétés et qui n'a pour effet que de rendre nulle la décision de révocation (Cass Com 21 juil 69 D 70, 88). Il s'agit de réparer un abus commis lors de l'exercice du droit de révocation et alors même que la révocation pouvait être parfaitement justifiée et était dans la forme régulière. Il en est ainsi lorsque les annonces publiques de révocation sont par-

ticulièrement brutales, sous des motifs fallacieux, ou sans même que l'intéressé puisse se faire entendre (24), et plus généralement lorsqu'il est injustement porté préjudice à la victime, notamment en raison de l'atteinte à son honneur ou sa réputation. Monsieur le Professeur Philippe Merle cite dans le Précis Dalloz « Sociétés commerciales » (p. 399 4^e édit Dalloz) l'exemple du célèbre champion cycliste Louison Bobet, directeur d'un centre de thalassothérapie, qui avait dû quitter rapidement son bureau et avait été discrédité. Une publicité tapageuse avait accompagné sa révocation, divulguée alors même que commençait le Tour de France. L'affaire fut portée devant la Cour de Cassation en date du 19 octobre 1981 (Revue Société 1982 p. 821). Le coureur obtint cent mille francs de dommages et intérêts pour publicité diffamante et abusive.

En pratique les transactions d'indemnisation sont fréquentes. Le préjudice « de » révocation et le préjudice « dans » la révocation peuvent servir de fondement aux indemnités dont bénéficie le P-DG évincé. Ces deux fondements se cumulent parfois et permettent ainsi d'accroître la somme versée. Il n'est pas toujours aisé de contrôler la véracité de ces justifications.

III) LES TEMPÉRAMEMENTS LÉGISLATIFS

Des dispositions législatives, dont la plupart sont contemporaines, s'ouvrent à la reconnaissance d'indemnités d'éviction au profit du dirigeant de la société anonyme avec directoire (président du directoire), et du président du conseil d'administration de la société anonyme simplifiée, et favorisent indirectement les « parachutes dorés », par la possibilité de cumuler sans restriction, dans toute société anonyme, un mandat social et un contrat de travail.

- Les possibilités d'indemnités d'éviction dans la société anonyme **avec directoire**, et dans toute société anonyme simplifiée (SAS).

La révocation ad nutum du dirigeant, sans indemnités, n'est plus l'apanage de la société anonyme comme tel était le cas avant la loi du 24 juillet 1966.

La loi du 24 juillet 1966 qui a introduit la formule du directoire prévoit que dans la société anonyme **avec directoire**, les membres du directoire, y compris le président, ont droit à des dommages et intérêts s'ils sont révoqués sans justes motifs, c'est-à-dire s'ils n'ont pas commis de faute.

L'article L 121 al. 1 dispose : « Les membres du directoire peuvent être révoqués par l'assemblée générale, sur proposition du conseil de surveillance. Si la révocation est décidée sans justes motif, elle peut donner lieu à des dommages et intérêts ».

La loi récente sur la **société anonyme simplifiée**, en date du 3 janvier 1994, ne paraît pas opposée aux conventions d'indemnisation des PDG, en cas de révocation. En effet elle a implicitement écarté le caractère « d'ordre public » de la révocation ad nutum relatif à la société anonyme de type classique (25). La révocation du PDG de la société anonyme **simplifiée** peut être décidée « ... à tout moment... ou... **dans les conditions prévues par les statuts** ». Cette dernière possibilités ouvre donc des opportunités. Il ne semble plus interdit de prévoir statutairement des conventions limitant la libre révocabilité. La prohibition des indemnités de révocation n'a plus lieu d'être de ce fait.

- La licéité du cumul sans condition de la fonction de mandataire social avec un emploi salarié depuis la loi Madelin du 11 février 94.

La loi « Madelin » du 11 février 1994 a aboli la réglementation spécifique relative au cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social dans les sociétés anonymes. L'ancienne règle (art 93, de la loi du 24 juillet 1966) prévoyait que le contrat de travail devait être antérieur d'au moins deux ans à la nomination en tant que PDG (26). A défaut, le mandataire social ne pouvait être cumulativement salarié (27). La disposition d'antériorité était cependant usuellement détournée par les groupes de sociétés dans la mesure où la fonction de PDG était exercée dans une des sociétés du groupe, et celle de salarié dans une autre, ce qui dispensait alors le mandataire social de toute condition d'antériorité.

La loi récente sur la société anonyme **simplifiée**, en date du 3 janvier 1994 est silencieuse sur les conditions dans lesquelles le PDG peut cumuler ses fonctions avec un contrat de travail. Il faut donc en conclure qu'il n'existe aucune condition spécifique de durée (voir toutefois concernant l'antériorité (supra note 26).

CONCLUSION

Il est tant dérogé au principe de l'interdiction des indemnités de révocation qu'on peut se demander si la règle doit être maintenue.

Il nous semble qu'à l'instar du droit anglais, américain ou allemand, et plus généralement des autres législations étrangères, le PDG français, devrait pouvoir bénéficier, en l'absence de faute, d'une indemnisation légalement autorisée.

La légalisation des indemnités de révocation serait moins choquante que le détournement actuel de la loi ou de son esprit, et le maintien de certains habillages transactionnels, qui aboutissent, in fine, à privilégier la loi du plus fort, et à accorder des sommes plus ou moins importantes, en dépit même

d'infractions pénales commises par le dirigeant (La pratique enseigne que le montant des indemnités se situe souvent entre un minimum de trois mois et un maximum de trois ans de salaires). Elle permettrait de mieux connaître (28) les rémunérations versées au PDG et répondrait ainsi à la demande actuelle des actionnaires. Elle réduirait, le nombre de comités informels, qui se tiennent préalablement au conseil d'administration pour délibérer sur le montant des indemnités, par crainte de la présence des représentants du comité d'entreprise ou des syndicats. Elle limiterait en cas de tentative de prise de contrôle de la société l'importance du conflit entre les actionnaires susceptibles d'être intéressés par la prise de contrôle, et le dirigeant susceptible d'être évincé, grâce à la compensation financière prévue et possible (29).

La réforme relative à la reconnaissance d'indemnités au profit du PDG pourrait logiquement s'étendre aux administrateurs de sociétés. Ces derniers sont aussi dans une situation précaire (révocables ad nutum, sans indemnités (30), sans justes motifs et contrôle de la justice)... lorsqu'ils ne contrôlent pas l'assemblée des actionnaires.

Il est certain que la reconnaissance par la loi des indemnités d'éviction et les incidences décrites ne présentent pas que des avantages. Un parfum de scandale peut entourer la divulgation du montant des indemnités. Tel peut être notamment le cas si l'on prévoit que les actionnaires doivent délibérer sur le montant, ou que les représentants des salariés peuvent en prendre connaissance. Il est toutefois délicat de vouloir se référer au système des « golden parachutes » et maintenir le silence sur sa rémunération. Une évolution des mœurs sur le secret des affaires en France est nécessaire. Mais n'est-elle pas en cours ? La Cour de Cassation, gardienne traditionnelle de la vie privée, a jugé, à propos d'un homme d'affaires, que le respect dû à la vie privée n'est pas atteint par la publication de renseignements d'ordre patrimonial dans la mesure du moins ou il n'est pas fait référence à la vie privée et à la personnalité de l'intéressé » (31).

NOTES

1. La loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés anonymes utilise le terme « Président du conseil d'administration ». La pratique utilise celui de « Président-directeur général ». Avant les années 80 le conseil d'administration ne révoquait que très rarement en France le P-DG (En ce sens Charreaux G. et Pitou - Belin JP. « Le Conseil d'administration » Vuibert, édit. 90 - Gestion - p. 135). Le rapport Sudreau avait à cet égard déjà dénoncé la trop faible mobilité des PDG (et des administrateurs).

2. Aux États-Unis le problème de la responsabilité sociale de l'entreprise (H. Ford dès 1908 a mis en vente à bas prix pour ses ouvriers le modèle T4) a susci-

té de nombreux écrits. Selon certains auteurs, les moyens de contrôler que la société respecte les lois, s'abstient de toute corruption, doit figurer dans les objectifs des dirigeants. (Loss in Hopt and Teubner (édit) « Corporate Governance and Director's Liabilities » - Stevenson Corporations and information 1980. Cette observation est d'une particulière actualité en France.

La responsabilité dite « sociétale » des entreprises envers les groupes affectés par les actions de l'entreprise a été désignée par le terme de « Stakeholders ». En ce sens Freeman et Reed « Stockholders and stakeholders : A new perspective on corporate governance » California Management Review, vol 25. n° 3, printemps 1983.

Cette notion de « responsabilité sociétale » est délicate à appréhender. L'examen du « processus » qui a conduit le dirigeant à prendre une décision doit primer sur la prise en compte de la décision elle-même. En ce sens Jones « Corporate social responsibility revived, redefined » California Management Review vol 22 n° 3 printemps 1980 - Abouzied et Weaver « Social responsibility in the corporate goal hierarchy » Business horizons n° 21, 1978.

3. Gibson and Campbell « Fundamental law for takeovers », 39 Bus Law 1551 (1984).

Johnson - « Golden parachutes and the business judgment rule : Toward a proper standard of review », 94 Yale LJ 909 (1985) ». Il a été proposé d'écarter en cas de prise de contrôle le jeu des parachutes dorés et plus généralement les mesures de défense protégées par la « business judgment rule ». Cette règle « du jugement d'affaires » écarte de tout examen approfondi des décisions prises par le dirigeant.

4. La loi considérerait que le cumul dans une même société de la fonction de salarié et de PDG de la société (ou d'administrateur) était interdit si le contrat de travail n'était pas antérieur de deux ans à la nomination en tant que mandataire social (Cette condition d'ancienneté de deux ans (qui ne s'appliquait pas aux dirigeants de filiales) a été abolie par la loi Madelin -infra note 26). Selon la jurisprudence, la nomination en tant que mandataire ne résiliait pas le contrat de travail, mais le suspendait seulement. Le contrat de travail reprenait donc ses effets dès la révocation. En ce sens Soc. 12 déc 92 Bull civ. V n° 658 p. 397. Le cumul d'un contrat de travail (même suspendu) et de la fonction de mandataire social n'était donc pas sans intérêt (voir infra note 27).

5. Le système des stocks options est utilisé avec transparence aux États-Unis. Il a donné lieu à des scandales au Japon. Il est inconnu en Allemagne ou dans l'Europe du Nord. La méthode est la suivante : L'entreprise offre au bénéficiaire (en principe tout salarié, en fait certains cadres ou dirigeants) le droit d'acheter pendant un certain temps des actions à un prix déterminé (option d'achat). Le bénéficiaire aura intérêt à exercer

effectivement son droit si le cours de l'action monte. Il « lèvera l'option ». Par la suite, il pourra vendre ses actions, sous certaines conditions de durée de détention. Il bénéficiera d'une fiscalité intéressante sur la plus-value (plus value imposable à 19,4 %) par rapport aux revenus salariés. (tranche maximum d'imposition 56,8 %) L'octroi de stocks options masque parfois un salaire pour des raisons fiscales, ou un complément de retraite.

Les avantages procurés par les stocks options sont parfois considérables. Le cas de « Canal Plus » est légendaire. La plus value pour les actionnaires bénéficiaires de stocks options a été en 1986 de 1140 %. De même Michel Bon, ancien PDG de Carrefour (directeur actuel de L'ANPE), annonce qu'il peut désormais être rentier, après avoir gagné 20 millions de francs grâce aux stocks options. Certains prétendent qu'il n'est qu'un amateur en la matière.

6. Il arrive que des actions relatives aux stocks options soient évaluées au dessous de la valeur réelle et réservées seulement à quelques heureux cadres ou dirigeants bénéficiaires (alors même qu'à l'origine, en 1984, elles ne pouvaient être destinées qu'aux salariés). Il arrive aussi qu'elles soient attribuées discrètement par le conseil d'administration avant l'annonce d'un résultat bénéficiaire, ou préalablement à une fusion-acquisition (connue de quelques initiés) qui fera monter le cours.

Les stocks options sont parfois attribuées, voire « imposées » au dirigeant qui vient d'être nommé, en guise de future convention indemnitaire en cas de révocation.

7. L'octroi d'indemnités par le biais d'une transaction est fréquent et bien souvent juridiquement contestable. Il est en fait rarement contesté. Le seul risque véritable est, en réalité, celui de la requalification en salaires par le fisc ou les Caisses de Sécurité Sociale. Encore faut il pouvoir et vouloir démontrer la dénaturation.

8. Les techniques classiquement utilisées, souvent douteuses, ou illégales sont les suivantes. L'entreprise fait bénéficier le dirigeant révoqué de primes de fin de carrière, souscrite auprès d'une compagnie d'assurances ; d'honoraires si le dirigeant révoqué exerce une profession libérale, d'indemnités si une clause de non concurrence a été insérée dans le contrat du dirigeant (clause fiscalement déductible) etc.

9. Le droit des sociétés anonymes aux États-Unis est régi essentiellement par la loi de l'État dans lequel la société anonyme a été enregistrée. Les États, de manière générale, ont toutefois repris les théories fondamentales insérées dans une sorte de statut type « Model Business Corporation Act ». A l'instar du droit français, le président du conseil d'administration « Chairman », qui est aussi le plus souvent directeur général, (Chief executive officer) peut être révoqué par le conseil d'administration (A Levasseur Droit

des États-Unis 2^e édit. Dalloz p 200 et s). A la différence du droit français, le système des « golden parachutes » est parfaitement licite. Il garantit une indemnisation aux dirigeants obligés de quitter la société, en cas notamment de prise de contrôle de la société par une autre société ou de changement du conseil d'administration. Les études américaines soulignent que le système des golden parachutes est bien accueilli.

Diverses recherches ont été effectuées sur la relation entre l'octroi de golden parachutes et la composition du conseil d'administration. Knoeffler « Golden parachutes, shark repellents and hostile tender offers » American Economic Review 1986. Voir aussi Lambert et Lacker (note 29 infra).

10. Com. 22 juillet 1986, Revue des Sociétés 1987-46, Note Yves Guyon-JCP 1987 II,20796 Note Viander – CA Versailles 11 juillet 1991, Revue des Sociétés 1992 sommaire 122.

11. Revues des Sociétés 1992 page 751, note Yves Guyon.

12. Sur l'absence de motif – Com. 17 mai 1971, RS 1972, 698.

13. Com. 23 juin 1975, Bulletin civil 4, n° 176, p. 147.

14. Société Technologie c/Leng-inédit p. 122 Revue des Sociétés.

Dans le même sens-Paris 30 octobre 76, Revue des Sociétés 77-695 note Schmidt ; RTD Com 79-272 note Houin – Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation, en date du 2 juin 1992, Revues des Sociétés 1992, page 751, note Yves Guyon.

15. Tunc A, Le droit américain des sociétés anonymes. Economica Tunc A, Le droit anglais des sociétés anonymes, Dalloz 3^e Edit.

16. Des indemnités ont été admises à plusieurs reprises (Com. 17 décembre 1993, Revue des Sociétés 1985-105-Note Schmidt et Revue des Sociétés 1987-46,-Note Guyon ; Revue des Sociétés 1989-643 – Note Yves Chartier – Com. 9 janvier 1964, D 1964, 519 ; voir plus généralement ; Paul Didier, Droit commercial T2 « Droit de l'entreprise sociétaire » P.U.F édit 93 p. 338.

17. Com 7 février 1989, Revue des Sociétés-643 Paris 15 janv 87, D 88, IR 314.

18. CA Paris, 18 mai 87, Dr sociétés, n° 235.

19. Cass. com. 2 juin 92 Revue des Sociétés 1992 page 751 note Yves Guyon.

L'affaire était la suivante. Le repreneur de l'entreprise Ciné photo s'était engagé à nommer directeur général l'ancien dirigeant et à lui assurer un salaire jusqu'en 1990. La Cour d'Appel de Versailles a considéré que la révocation de ce directeur par le conseil d'administration en 1987 n'empêchait pas le jeu de la convention salariale. La Cour de Cassation a infirmé cette décision au motif que les juges du fond auraient dû vérifier que cette convention ne faisait pas obstacle à la révocation ad nutum.

20. Cass com 6 décembre 83 Revue des Sociétés 84 - 311 - note Paul Lecannu), Cass Com 7 février 89, JCP 89 édit E - II - 15517 - n° 3, obs Viander).

21. L'observation des magistrats selon laquelle « les critiques faites contre la politique d'un PDG ne sont qu'un prétexte pour le limoger », avait déjà conduit à penser que les juges, en se reconnaissant un pouvoir de contrôle sur les motifs, pouvaient aussi contrôler et donc reconnaître la validité de convention d'indemnisation (Cass Soc 22 Nov 72 RTDC 72, p. 932 ; Cass com 2 Juillet 73 RTD Com 74 p. 108).

22. CA Versailles 1. 12. 88, (voir aussi cité précédemment Com 6.12. 83 Rev Soc 84 p. 311).

23. Com 3 mars 87, Rev Soc 87, 26 et 22 janvier 91, Rev Soc 92, p. 61.

24. Révocation brutale sans que l'intéressé puisse se faire entendre par un conseil ; motifs fallacieux - Com 26 avril 94 Bull Joly 94 p. 831 - ; révocation suite à dénonciation abusive au parquet - Paris 3 juin 85, Joly 86, p. 191.

25. L'article L 262-1 al. 2 écarte la disposition prévue par l'article L 110 al 3.

26. La règle ne s'appliquait pas si la société avait moins de deux ans (Cass Soc 1^{er} janv 91 RJDA 91, p. 587 n° 7).

L'abolition de la condition d'ancienneté (contrat de travail depuis deux ans) par la loi du 11 fév 94, dite Loi Madelin ne signifie pas l'absence de toute antériorité à des fonctions de salarié. Le nouvel article 93 al.1 modifié par la loi du 11 février 1994 prévoit qu'un salarié ne peut devenir administrateur que si son contrat est antérieur (sans condition de durée) à sa nomination en tant qu'administrateur.

27. Toutefois, à défaut de remplir les conditions de l'art. 93, l'élection en tant que PDG n'entraînait pas la résiliation du contrat de travail, mais sa suspension. Le contrat reprenait de plein droit à la révocation (Soc 12 juin 91 Rev Soc 92 p. 59). La révocation du PDG, en raison par exemple du seul changement de majorité, entraînait alors, s'il était bénéficiaire d'un contrat de travail, l'octroi d'indemnités

pour licenciement sans faute. Tel fut par exemple le cas de Michel Bon qui a négocié ces indemnités à l'amiable - In Option finance n° 246 ; 15 02 93.

A Leparmentier, « Les golden parachutes sont ils en toc » ?

L'analyse des décisions du conseil des prud'hommes en matière d'indemnités de licenciement fait apparaître que ces indemnités sont faibles, au maximum 400.000 à 500.000 francs au regard du salaire annuel de certains PDG (10 millions voire plus) ou d'autres indemnités pouvant être amiablement versées.

Il en est de même du montant des indemnités de chômage (indemnités dégressives et limitées dans le temps - au mieux approximativement 30.000 francs par mois -) dont le bénéfice peut être refusé faute de durée suffisante de cotisations aux ASSEDIC.

28. La rémunération du dirigeant est octroyée par les administrateurs. Elle n'est pas considérée comme une « convention » soumise à la procédure de contrôle prévue par les articles 110 L. et s. Les actionnaires, à l'exception des administrateurs, ne peuvent donc directement connaître cette rémunération. Toutefois tout actionnaire d'une société par actions à le droit d'obtenir le montant global des rémunérations des dix personnes les mieux rémunérées lorsque l'effectif du personnel dépasse deux cents salariés (art. L. 168 n° 4). Cette solution ne s'applique pas aux associés des sociétés de personnes ou des sociétés à responsabilité limitée.

29. Lambert et Larcker « Golden parachutes, executive decision-making, and shareholder wealth » Journal of accounting and economics vol 7, 1985.

Knoeber « Golden parachutes, shark repellents and hostile offers - American economic review 1988.

30. La révocation sans indemnités des administrateurs est d'ordre public. Les conventions indemnitaires ne sont toutefois déclarées nulles par la jurisprudence que dans la mesure où elles risquent de dissuader les actionnaires de révoquer l'administrateur. Com. 2 juin 92, Bull Joly p. 1078, n° 349 -JCP édit E, 1989 II, 15433.

31. Cass. Civ. 1^{er} 28 mai 91, D. 92, p. 213, Cozian et Viandier « Droit des Sociétés » édit Litec 5^e édit, p. 224.