

Le contrôle des « parachutes dorés »

Dominique de La Garanderie, fondatrice du Cabinet La Garanderie et Associés, qui fut bâtonnier de l'Ordre à Paris, est, depuis 2002, membre du Comité d'éthique entrepreneuriale du MEDEF.

Pourquoi avoir recours à des recommandations et non à une loi ?

Ecofin, le 7 octobre 2008, concluait qu'il y avait lieu d'encourager les bonnes pratiques et l'autorégulation pour la fixation des rémunérations qui relèvent de la responsabilité des administrateurs et des actionnaires. Ainsi, le Conseil de l'Union européenne en matière économique et financière invite les autorités nationales à procéder à ces encouragements. La lecture de l'ensemble des recommandations AFEP-MEDEF (V. Act. lég. *supra* p. 2452, obs. A. Lienhard) sur les rémunérations des dirigeants est en elle-même la meilleure démonstration de la souplesse d'adaptation selon les situations. La recommandation se fonde sur les principes rappelés au préambule. Ce seront les guides de toute réflexion pour appliquer, respecter et adapter les cinq points de la recommandation. La situation d'un dirigeant n'est pas la même dans une société du CAC 40 ou dans une société non cotée, même si celle-ci a déjà opté pour l'application de diverses recommandations concernant la gouvernance d'entreprise. S'il est clair que la première recommandation aboutit à réhabiliter la règle stricte de la révocation *ad nutum* en imposant qu'il soit mis fin à un contrat de travail en cas de mandat, il est aussi admis que les collaborateurs qui travaillent dans un groupe de sociétés, lorsqu'ils peuvent être nommés comme mandataires d'une filiale du groupe, n'ont pas la même contrainte.

Pour répondre complètement à votre question, il faut aussi préciser que la plupart des règles de gouvernance d'entreprise dans les pays développés ont été mises en place par voie de recommandations. L'appropriation par l'entreprise qui s'y rallie est la meilleure des garanties. La tradition en France est législative, mais ce qu'il est désormais convenu d'appeler « la loi souple » a fait ses preuves aussi chez nous. Il n'y a donc aucune raison d'avoir une défiance à l'égard de recommandations dont, en l'occurrence, certaines précisent et renforcent les dispositions de la loi TEPA concernant la transparence ou les conditions de performance. Les bonnes pratiques que mettent en place les recommandations permettent, selon la règle « appliquer ou expliquer » (*comply or explain*), l'adaptation à tout type d'entreprises. C'est une voie appropriée pour y rassembler des entreprises que l'on souhaite vertueuses. En outre, il faut aussi remarquer que l'initiative prise par les représentants des entreprises est une déclaration forte. L'expression de la volonté et du choix de règles consensuelles et réfléchies, librement déterminées. L'élaboration de règles par une profession, par catégorie, par secteur..., est la manifestation de la volonté d'organiser, pour le bien de tous, des dispositions qui participent à l'ordre social. C'est aussi un appel d'égal à égal de partage de valeurs communes. C'est le principe même de l'autorégulation, qui n'est acceptable que dans des domaines où l'éthique reste la boussole.

Pourquoi les organes internes des entreprises n'ont-ils pas exercé leur contrôle en la matière ?

Vous posez une question qui laisse entendre que de nombreuses entreprises auraient dépassé des limites. Quelques entreprises phares ont effectivement mis en évidence des pratiques qui ont créé d'autant plus d'émotion que les performances de l'entreprise n'étaient pas au rendez-vous. De surcroît, la loi TEPA n'avait pas encore son plein effet. Il est évident que les règles mises en place par la recommandation créent désormais pour les administrateurs, et pour les actionnaires, une vigilance particulière, tant en raison des conditions que des plafonds qu'elle fixe. Pour ne parler que des indemnités de départ, le principe est qu'il n'y en a plus. Toutefois, sous réserve des conditions de performance, d'un départ lié à un changement de contrôle ou de stratégie, l'indemnité de départ est plafonnée à deux années de rémunération fixe et variable et inclut, s'il le faut, l'indemnité compensatrice de clause de non-concurrence.

Ce sont des indications très précises en direction des comités de rémunération des administrateurs et, *in fine*, de l'assemblée générale. De la même façon, la juste proportion de ce que représente la valorisation des actions ou des options par rapport à la rémunération relèvera de l'appréciation des conseils qui doivent examiner tous les éléments de la rémunération du mandataire concerné. Ainsi, la recommandation clarifie et précise. Les juristes n'avaient pas perdu de vue toutes les règles déjà existantes de non-cumul de contrat de travail et de mandat social, ni la discussion sur les clauses pénales susceptibles de réduire les indemnités, mais force est de constater qu'il y avait dans les dernières décennies peu de contentieux et, par ailleurs, la jurisprudence qui s'est développée pour considérer que les *stock options* pouvaient ouvrir un droit à indemnisation pour perte d'une chance ne pouvait à l'évidence pas motiver, voire susciter, de réactions d'opposition.

Les recommandations sont des règles sans sanction et ne pensez-vous pas qu'il sera toujours possible de faire autrement ?

La recommandation AFEP-MEDEF est allée très loin dans la transparence jusqu'à joindre en annexe des tableaux standardisés pour permettre l'analyse de tous les éléments de rémunération des dirigeants, y compris la valorisation des options attribuées. Mais, au delà, le principe d'exhaustivité des éléments de rémunération « potentiels ou acquis » font l'objet d'une publicité. De surcroît, le rapport de gestion doit mentionner si la société applique les règles de gouvernement d'entreprise de l'AFEP-MEDEF. Sinon, la société devra expliquer pourquoi (*comply or explain*). Le rapport de gestion est transmis à l'AMF. L'AFEP et le MEDEF entendent veiller à l'application de leurs recommandations à partir des informations publiées par les entreprises. En outre, un rapport global confié à une étude indépendante sera fait annuellement.

L'appel du président de la République à Toulon pour une adhésion formelle des entreprises aux recommandations était assorti d'une demande d'application rigoureuse. Tout est en place pour qu'il en soit ainsi. ■