

LA RÉMUNÉRATION DES DIRIGEANTS DE SOCIÉTÉ : LES TENDANCES DU MOMENT

Les tensions dévoilées par les affaires de rémunérations excessives sont sur le point de provoquer l'édiction de normes nouvelles. Quelles sont les tendances qui caractérisent le phénomène, et les projets de réponse normative ?

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT ET COMMERCE
TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS - 24 SEPTEMBRE 2012

PAR PAUL LE CANNU*

1. Nous vivons un moment plus particulièrement sensible sur une question qui laisse rarement indifférent. Les problématiques entourant la rémunération des dirigeants de société sont sans cesse alimentées par des fournisseurs variés : économistes, financiers, sociologues (dans plusieurs sens du terme), politiques et juristes. Dans l'optique de ces derniers, plusieurs domaines sont spécialement mis à contribution, le droit des sociétés étant accompagné, notamment, par le droit de la prévoyance, le droit fiscal et le droit comptable.

Comme souvent, ce sont les excès visibles de quelques-uns qui amènent les pouvoirs publics à réagir. En raison de l'égalité devant la loi, tous devraient être atteints par les normes nouvelles, avec toutefois de grandes différences entre les sociétés cotées et les autres. Comme souvent après les scandales, on gênera tout le monde pour tenir compte des errements de quelques-uns.

2. Essayant de tenir compte de mes limites, je vais parler essentiellement d'un point de vue juridique, donc d'une simple composante des problèmes. Mais une analyse juridique reste inutile si elle ne tient pas compte de la situation réelle. Malgré l'abondance des publications, il est impossible de connaître toute la réalité vécue, et la discussion qui suivra cet exposé pourra en compléter les lacunes.

Les différentes autorités normatives du droit des affaires s'activent aujourd'hui sur les questions de rémunération des dirigeants. Nous voulons parler des législateurs, français et européen, des juges, de l'AMF et des auteurs de codes de bonne gouvernance. Tous sont en relation avec les médias qui cumulent l'information et la réprobation. Cette fièvre n'est pas seulement française.

3. Il n'est pas nécessaire de revenir sur la notion de dirigeant, sinon par ces trois brèves remarques :

- Référence sera faite aux dirigeants de droit que définit le code de commerce ; le cas des dirigeants de fait ne sera pas évoqué.
- Le code de commerce inclut les administrateurs parmi les dirigeants, et parfois parmi les mandataires sociaux ; cela n'est pas faux si l'on adopte la théorie contractuelle des sociétés. Mais l'usage courant veut plutôt que les mandataires sociaux soient les dirigeants exécutifs, qui seront principalement évoqués.
- Au regard des rémunérations, les problématiques sont bien différentes entre les sociétés qui recourent aux marchés financiers et les autres. La tentation courante consiste à se désintéresser des secondes au bénéfice des premières. Je vais essayer de ne pas y succomber complètement.

4. La notion juridique de rémunération ne cesse d'évoluer. Prenons quelques points de repère.

* Paul Le Cannu est professeur à l'École de droit de la Sorbonne, co-directeur de Sorbonne-Affaires.

- Au sens étroit, on vise la rémunération périodique, le plus souvent avec une part fixe et une part variable.
- Au sens large, s'y agrègent toutes les sommes, biens et avantages procurés au dirigeant en tant que dirigeant. Les discussions sur les limites ne manquent pas. Elles visent notamment la nature des *stock-options*, les attributions gratuites d'actions, les *carried interests*. Les enjeux ne sont pas minces, surtout en droit de la sécurité sociale et en droit fiscal.

5. L'approche juridique ne coïncide pas avec une approche utilisée en économie financière et connue sous l'appellation de théorie du « bénéfice privé ».

Cette théorie ne se limite pas aux rémunérations directes des dirigeants en tant que tels. Elle étudie la capacité d'extraction de la richesse sociale par les dirigeants qui ont le contrôle effectif de la société¹. Chacun sait que lorsque le capital est dispersé, le taux de contrôle peut être placé très bas. Par exemple, 10 % peuvent permettre de dominer une société dont les autres actionnaires sont très nombreux.

En simplifiant d'une manière quelque peu excessive, on peut dire que le bénéfice privé – très différent du bénéfice de l'exercice ou du bénéfice distribuable – correspond au prélèvement net des dirigeants sur l'actif social.

L'une des questions principales que se posent ceux qui mettent en application cette théorie est celle du taux de prélèvement admissible, non pas en termes politiques ou moraux, mais en termes d'efficacité économique, en termes d'économie financière. Certains avancent le taux de 20 % de la valeur produite. Mais il faut pondérer en fonction de nombreux paramètres. Ce taux semble acceptable à certains pour ce qui concerne les sociétés fermées, lorsque les résultats de la gestion sont au diapason. Elle ne peut l'être dans des sociétés ouvertes, car le prélèvement serait insupportable pour les actionnaires.

6. L'un des avantages de cette approche est de montrer l'importance des rémunérations en termes de *corporate governance*, vue comme l'ensemble des règles relatives à l'exercice du pouvoir au sein d'une société ou d'un groupe. En cela, l'approche de l'économie financière peut être rejointe par l'approche juridique, même si celle-ci est tributaire des strates que l'histoire du droit a déposées dans nos codes.

Même en se tenant loin des anathèmes lancés de-ci delà, il faut avouer que la question des rémunérations met en lumière certains défauts du fonctionnement juridique des sociétés anonymes. Malgré tous les contrepois jusqu'ici imaginés, le contrôle de fait d'une société met toujours ceux qui l'exercent dans une position de conflit d'intérêts, lorsqu'il s'agit de déterminer leurs rémunérations ou celle de leurs amis.

7. Chacun peut se rendre compte qu'aujourd'hui comme hier, dans la plupart des cas, les conseils d'administration dominent les assemblées d'actionnaires, et presque aussi souvent, les présidents et directeurs généraux dominent les conseils d'administration. Cette pyramide inversée était déjà décrite au XIX^e siècle, et n'a cessé d'être analysée et parfois brocardée. Le développement des thèses relatives à la gouvernance des sociétés a atténué le phénomène, sans le faire reculer très sensiblement.

À preuve : le rejet de la moindre résolution présentée à l'assemblée d'une société cotée prend un tour d'événement médiatique. Il en va presque de même aux États-Unis : en matière de rémunération des dirigeants, les censures relatives aux rémunérations, certes plus nombreuses qu'en France, font quand même le *buzz* des sites internet, et prennent une place non négligeable dans les journaux.

Nous savons tous que l'époque que nous vivons est encore plus sensible aux conflits d'intérêts que celles qui l'ont précédée. Mon éminent collègue Dominique Schmidt n'y est pas pour rien dans le contexte français. Est-il encore nécessaire de dire à quel point les problèmes qui sont évoqués maintenant doivent provoquer une amélioration des règles de gouvernance ?

8. Il est possible, dans un premier temps, de contribuer à la réflexion en dégagant les mouvements qui, à mon sens, caractérisent l'évolution en cours. Classons-les en deux catégories, assez typiques du droit des affaires. Dans ce droit, la pratique devance quasiment toujours la norme. Des **tendances de la pratique** vont donc être décrites. Il est naturellement impossible d'être exhaustif dans ce domaine, mais certains mouvements sont nettement discernables.

Second temps : les autorités normatives, spécialement les rédacteurs de codes de bonne pratique, les autorités de contrôle, les juges et les législateurs interviennent pour lutter contre ce qui est perçu comme des dérives. On assiste donc à une multiplication des normes

nouvelles, présentes et à venir, dont les orientations méritent examen.

I - Quelques tendances de la pratique

9. Ces tendances vont être rassemblées, non sans un certain arbitraire, autour de trois idées : l'émulation, la diversification et l'internationalisation.

A - L'émulation

10. Ce terme désigne un état d'esprit.

Comme chacun sait, depuis la loi NRE du 15 mai 2001, le législateur a fait croître les précautions dans le mode de fixation des rémunérations, tout en cumulant les obligations d'information. L'AMF a précédé ou suivi ce mouvement pour ce qui concerne les sociétés qui recourent aux marchés financiers. On pensait que les nouveaux modes de décision et la transparence conduiraient à la modération ceux qui sont tentés d'utiliser leur position pour s'octroyer des rémunérations très élevées.

11. C'est, dans une certaine mesure, un échec. En effet, les nouveaux processus ont permis de faire des comparaisons qui jusqu'alors étaient assez difficiles. L'observation se fait à tous les niveaux.

D'abord, au *comité des rémunérations*. C'est un endroit où les suggestions ne sont généralement pas à la baisse. Le thème le plus courant sera plutôt : X. ou Y. font cela, notamment aux États-Unis ou en Grande Bretagne, pourquoi pas nous ? Certes, dans l'absolu, l'indépendance des membres du comité pourrait conduire à d'autres résultats. Mais les dirigeants concernés font connaître leurs souhaits – ou, si l'on préfère, leurs prétentions – et la bienséance veut que les indépendants ne soient pas recrutés au secours populaire.

12. Au conseil, les comparaisons avaient moins souvent lieu, jusqu'à ce que la jurisprudence se montre ferme sur la connaissance réelle que doit avoir le conseil des propositions du comité. De plus, il est moins intéressant de cacher la réalité au conseil depuis qu'il faut la révéler à l'assemblée, et donc, pour les sociétés cotées, au public.

À partir du moment où les rémunérations sont rendues publiques, il faut qu'elles soient le plus élevées possible. Il en va de la réputation de l'*accipiens*. D'une certaine manière, il peut être souhaitable, pour s'assurer du respect d'autrui, d'obtenir la publicité des journaux financiers, voire celle d'un journal satirique. Cet état d'esprit n'est assurément pas partagé par

tous, sans que l'on puisse dire qu'il est totalement exceptionnel. Les excès de quelques-uns, comme toujours, vont entraîner des retombées que ne mérite pas le plus grand nombre.

Cet effet médiatique n'existe évidemment pas dans les sociétés fermées où la composition de l'actionnariat joue un rôle prépondérant. La discrétion n'y est pas forcément gage de modération. Mais la proximité des personnes peut conduire à rester dans une honnête moyenne.

B - La diversification des modes de rémunération

13. Les juristes savent que la rédaction du texte relatif à la fixation des émoluments du président du conseil d'administration est venue directement de Sparte, ou, si l'on préfère, de Laconie : « Il [le conseil d'administration] détermine sa rémunération ». Rien d'autre pendant longtemps, et l'expression figure toujours dans l'article L. 225-47, alinéa 1^{er}.

14. Ce n'est qu'avec l'arrivée des *stock-options* au début des années 1970 qu'une diversification perceptible s'est instaurée. Il existait pourtant déjà des déclinaisons entre la part fixe et la part variable, et des avantages en nature. Il m'est difficile de dater l'adoption des pratiques que sont les primes de départ, les primes d'arrivée et les retraites chapeaux. La jurisprudence s'est intéressée à ces dernières dans les années 1980, mais il est très probable qu'elles sont apparues au moins dans la décennie précédente.

15. Il semble que les années récentes aient vu une multiplication des avantages en nature. L'arrivée des actions attribuées gratuitement marque un degré dans l'évolution. Elles sont apparues comme une alternative au rejet des apports en industrie dans les sociétés anonymes. Mais elles rompent encore davantage avec les principes du droit des sociétés, puisqu'à ces actions ne correspondent pas d'apports de ceux qui acquièrent la qualité d'actionnaires. Ce sont en fait les autres actionnaires qui financent l'opération, qui diminue les réserves qui leur sont destinées².

16. Par ailleurs, il existe dans certains cas une amplification des cumuls de postes, et donc, éventuellement, de rémunérations. Et la loi Houillon, pensez-vous ? En fait, le dispositif anti-cumul est un tigre de papier,

2 - Cette option de financement est généralement choisie.

puisqu'il ne concerne que les sociétés anonymes. Il existe d'autres formes de société...

Pour terminer sur ce point, les dirigeants sont souvent administrateurs, et touchent à ce titre des jetons de présence – en forte augmentation au cours des dernières années. Enfin, ils peuvent sous certaines conditions se voir reconnaître un contrat de travail. Mais cette faculté semble actuellement menacée. À mon sens, il faut se garder d'aller trop vite en besogne sur cette question, étant donné la diversité des situations qu'elle concerne.

C - L'internationalisation des rémunérations

La dimension minimale des groupes qui comportent des sociétés à l'étranger s'est notablement abaissée. Le cumul des rémunérations s'en trouve facilité, comme le *tax planning*. Certes, les rémunérations reçues à l'étranger dans le groupe doivent être déclarées dans le rapport de l'article L. 225-102-1, et si la société est cotée, dans les documents remis à l'AMF. On peut cependant nourrir des craintes sur le caractère complet de certaines déclarations.

En effet, hors des zones comme l'UE et l'EEE, les contrôles peuvent être très difficiles, et les formules rémunératoires sont diverses. Il existe beaucoup de pays accueillants qui ont compris les avantages de la discrétion. Certaines techniques juridiques comme le *trust* et la fondation permettent, selon l'ordre juridique dont elles relèvent, d'accumuler des ressources qui ne seront pas nécessairement rapatriées en France.

La délocalisation des rémunérations, qui semble relativement aisée au sein d'un groupe international, est aussi facilitée par les techniques bancaires ou assurantielles d'aujourd'hui qui ne sont pas toujours très faciles à connaître, voire à comprendre. L'utilisation d'instruments financiers à terme mérite aussi d'être notée.

17. On peut s'interroger sur la possibilité d'émettre dans ce domaine des alertes éthiques (*whistleblowing*). Elles reviendraient à prévenir les dirigeants qu'ils ont commis des agissements répréhensibles. Actuellement, il est douteux que l'on puisse le faire.

Le risque n'est pas absent d'un emprunt aux techniques de blanchiment, alors que les bénéficiaires ne mènent pas d'activités qui soient délictueuses en elles-mêmes. Les risques doivent sans doute être plus clairement connus, tant des bénéficiaires et de leurs conseils, que des différentes autorités de contrôle.

Les faiseurs de normes se préoccupent de suivre le phénomène du dopage des rémunérations. Ils ne manquent pas d'imagination, mais en ont-ils autant que les assujettis ? Question difficile, à laquelle des éléments de réponse vont être maintenant apportés.

II - Les réactions normatives

18. Plutôt que de détailler des articles de texte, récents ou en projet, je vais tenter de mettre en relief les objectifs des réglementations nouvelles. Là encore, trois sortes d'objectifs peuvent être distingués : on souhaite *moraliser* les rémunérations ; pour cela, on compte sur les formes, les étapes, les contrôles (la *processualisation*) ; enfin, l'intervention des juges est de moins en moins contestée (la « *dé-sanctuarisation* »).

A - La moralisation

19. Je suis toujours un peu inquiet lorsque j'entends parler de moralisation. Si le droit s'avise de moraliser, c'est que la morale est défaillante, or le droit n'arrive jamais à la remplacer. En matière de rémunération comme ailleurs, les sources des comportements raisonnables sont principalement de nature éthique.

Or il est clair que les exigences de cet ordre ont diminué, voire ont disparu dans l'esprit de quelques-uns. Dès lors que le revenu est le meilleur étalon de la réussite, sa recherche se suffit à elle-même. Beaucoup comprennent que c'est une pente dangereuse, mais les effets moutonniers sont plus agréables quand il s'agit de gagner plus.

Il serait certainement heureux que les saines recommandations des codes de bonne conduite soient respectées. C'est souvent le cas, mais le curseur de la modération ne s'arrête pas toujours au même endroit.

20. Il était fatal que la consultation gouvernementale sur la probable loi relative aux rémunérations des dirigeants des entreprises du secteur privé pose la question : faut-il faire passer les recommandations des codes de bonne conduite vers la loi ? Il est bien possible que le gouvernement actuel ait fait son choix à cet égard...

La moralisation risque alors de passer par des choix peu flexibles entre le permis et l'interdit. Pour atténuer le choc, par la voie de la consultation, le gouvernement a donné la parole à qui voulait la prendre. L'IFA et l'ANSA, par exemple, ont donné des réponses très

argumentées qui ne manqueront pas de produire des effets, notamment quant à la justification des rémunérations et aux processus à respecter.

21. Quelques mots sur les données éthiques du problème. À la base, des réactions primaires, entre réussite égoïste et jalousie. Un peu plus haut, la récompense du mérite. Mais, sur ce thème, beaucoup de salariés sont récompensés de leur mérite par un gel de leurs rémunérations, voire un licenciement, alors qu'il n'en va pas toujours de même des dirigeants. Des comportements comme ceux de MM. Louis Gallois ou Mario Monti restent très rares. Ils montrent le souci de ces personnes de prendre part aux difficultés du moment. C'est un choix personnel, on ne peut pas l'imposer directement par une loi.

L'élévation des rémunérations des dirigeants est souvent justifiée par la nécessaire *attractivité* des entreprises françaises. C'est un argument d'efficacité qui reste très imprécis. Il est vrai que les *managers* d'aujourd'hui sont en principe formés à diriger n'importe quelle entreprise, dans n'importe quel endroit de la planète. Mais on connaît des exemples de dirigeants étrangers qui ont fait aussi mal que certains de leurs collègues français.

Le code AFEP-Medef a fort bien exprimé les normes morales, en leur donnant un contenu relativement précis, mais sans leur adjoindre d'autres sanctions que celles du marché ; ce n'est pas rien, mais ce n'est pas tout non plus... En tout cas, ce code joue beaucoup sur la technique du *process* pour encadrer la fixation des rémunérations des dirigeants.

B - La processualisation

22. Les modalités de fixation et de contrôle des rémunérations des dirigeants n'en restent plus aujourd'hui, au moins dans les sociétés cotées, à la seule décision du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. Le terme peu élégant de processualisation fait référence non à une procédure judiciaire, mais à une sorte de parcours au sein des organes de la société anonyme ou des sociétés comparables.

23. Dans ce parcours, la première étape ne fait l'objet d'aucun texte spécifique. Un très doux silence règne sur les âpres négociations qui précèdent l'intervention du comité et du conseil. Qui négocie, quelle est la nature de l'accord qui va être conclu, quel est son régime juridique ? Rien ! La théorie admise est que le conseil d'administration fixe la rémunération, comme s'il déterminait un indice dans la fonction publique.

Il est grand temps que soient reconnues l'existence et la qualification d'un **contrat de direction**. On a vu apparaître des formules où une convention détermine un *package*, c'est-à-dire un ensemble de rémunérations au sens large, dont le nouveau dirigeant va bénéficier, ou bien dont un dirigeant en place devient bénéficiaire. La jurisprudence ou le législateur n'ont pas encore eu l'occasion de dire comment ils voient cette sorte de convention.

C'est elle, en fait, que le comité des rémunérations devrait regarder. Il serait souhaitable qu'il en débattre avant que le contrat ne soit signé. Il peut en tout cas proposer des modifications, et le conseil d'administration peut faire de même, avant de voter la rémunération. En fait, on voit souvent des accords franchir ces étapes sans être retouchés.

24. Le **comité des rémunérations** cristallise actuellement une bonne partie de la réflexion, qu'il s'agisse de sa composition, de ses méthodes de travail ou du pouvoir qu'il convient de lui reconnaître. L'affaire *Zacharias*³ a montré que la désignation des membres du comité n'est peut-être pas assez précisément encadrée. On peut regretter que, dans cette affaire, le conseil d'administration ait si facilement accepté les propositions qui lui étaient faites par le bénéficiaire des rémunérations à fixer.

Quant au fonctionnement du comité des rémunérations, faut-il qu'il soit totalement secret ? Ne serait-il pas utile de lui permettre de se concerter avec le comité d'audit et les commissaires aux comptes ? Ne faut-il pas annexer son rapport au procès-verbal du conseil d'administration qui vote les rémunérations ?

25. Un autre sujet d'actualité concerne l'intervention de **l'assemblée des actionnaires** dans le processus de fixation, ou plutôt de contrôle, des rémunérations. On connaît les problématiques du « *say on pay* » : un vote à l'assemblée, pour que les actionnaires légitiment la rémunération. Vote décisionnel, vote

3 - Versailles, 19 mai 2011, n° 10/01523, D. 2011. 1479 ; AJ pénal 2011. 512, étude E. Daoud et C. Franceschi ; Dr. Sociétés, déc. 2011, p. 14, note F.-G. Trébulle ; BJS, 2011, 597, note B. Dondero ; Rev. sociétés 2012. 99, note P. Le Cannu ; RTD com. 2011. 368, obs. P. Le Cannu et B. Dondero ; le pourvoi a été rejeté par Cass. crim., 16 mai 2012, n° 11-85.150, D. 2012. 1401 ; JCP, éd. E, 2012, 1396, note C. Ducouloux-Favard ; Gaz. Pal. 27 juin 2012, p. 179, obs. R. Mesa ; Dr. Sociétés, juillet 2012, p. 36, note R. Salomon ; BJS 2012, p. 579, avis av. gén. X. Salvat, note B. Dondero ; RLDA juillet 2012, n° 73, p. 18 ; Dr. Pénal, juillet 2012, p. 34, note J.-H. Robert ; D. 2012, 1698, note C. Mascala ; Gaz. Pal., 27 juillet 2012, p. 209, note E. Dreyer ; JCP, éd. G, 2012, p. 1850, obs. A. Maron.

consultatif ? La seconde formule est moins irréaliste que la première, notamment pour ne pas déresponsabiliser le comité et le conseil, et pour tenir une chronologie rationnelle. Certains estiment qu'une assemblée ne peut que décider, et non émettre des avis. L'objection est faible, elle ne tient que sur un mot employé par le code de commerce. À mon avis, on pourrait dès maintenant, dans l'état actuel du droit, proposer à l'assemblée générale les résolutions adéquates. Sans doute faut-il laisser au législateur le soin de rassurer les plus prudents.

Quels effets aurait une intervention seulement consultative de l'assemblée ? L'approbation purgerait-elle les vices affectant les décisions du conseil ? La désapprobation contraindrait-elle le conseil à intervenir de nouveau ? Serait-il tenu de se déjuger ? Ces questions ne sont pas sans réponse, mais pas sans débats non plus. Elles justifieraient une conférence à elles seules !

26. Légiférer sur les rémunérations pose aussi la question du rôle des dirigeants eux-mêmes dans la fixation de leur rémunération. On sait que la Cour de cassation, à propos d'un gérant de SARL, a considéré qu'en l'absence de textes, ledit gérant ne pouvait pas être écarté des délibérations et du vote relatif à sa rémunération⁴. Dans la société anonyme, un dirigeant pourrait-il faire partie de ceux des actionnaires qui votent l'avis à l'assemblée ? Les deux points de vue peuvent se défendre, mais la sensibilité actuelle aux conflits d'intérêts devrait orienter vers une solution que beaucoup pratiquent d'eux-mêmes, celle de l'abstention, voire de la non-participation aux débats⁵.

L'ensemble du processus est sous le regard du juge qui se donne le droit, davantage qu'autrefois, de juger de ce qui est acceptable. C'est la dernière tendance que je veux souligner.

4 - Cass. com., 4 mai 2010, n° 09-13.205, Bull. civ. IV, n° 84 ; Dalloz actualité, 6 mai 2010, obs. A. Lienhard ; D. 2010. Pan. 2804, obs. E. Lamazerolles ; Rev. sociétés 2010. 222, note A. Couret ; RTD com. 2010. 563, obs. C. Champaud et D. Danet ; sur le risque d'abus de majorité, v. Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-23.398, Bull. civ. IV, n° 150 ; Dalloz actualité, 13 oct. 2011, obs. A. Lienhard ; Rev. sociétés 2012. 38, note D. Schmidt.

5 - Cette solution n'est pas sans mérites, si l'on veut éviter des débats sujets à dérapage entre quelques opposants « décomplexés » et un dirigeant pressé de se justifier. Elle correspond à une pratique fréquente dans les conseils d'administration ou les conseils de surveillance.

C - La « dé-sanctuarisation »

27. Par affection pour les néologismes⁶, surtout ceux que presque tout le monde peut comprendre, je dénomme ainsi le mouvement d'élargissement du contrôle des rémunérations par le juge.

La doctrine, suivie avec gourmandise par des cours et tribunaux, à moins que ce ne soit l'inverse, a souvent clamé, par le passé, que le juge n'est pas un *manager* ni un actionnaire, et qu'il ne doit donc pas substituer sa propre appréciation à celle des organes compétents.

L'argument peut plaire, en présence de comportements normaux. Mais c'est un trompe-l'œil. Depuis fort longtemps, la loi donne au juge le pouvoir... d'appliquer les textes. Or ceux-ci sont nombreux à produire effet dans le domaine des rémunérations, sans qu'il faille attendre le septième président de la cinquième République.

28. C'est d'abord le cas des situations fortement pathologiques : sanctions propres aux procédures collectives (faillite personnelle, banqueroute...), délits d'abus de biens et d'abus des pouvoirs, délits comptables et fiscaux. Dans ces cadres-là, le juge n'hésite pas à dire si la rémunération est excessive ou non au regard de l'intérêt de la société.

Cette idée est exploitable aussi sur le plan de la responsabilité civile : faute commise par ceux qui décident, faute commise par celui qui reçoit, si la société ne peut pas supporter un prélèvement hors de proportion avec ses moyens ou le service rendu. De surcroît, le droit civil devrait permettre de critiquer une rémunération sur le terrain de la cause de l'obligation de la société, même s'il n'existe pas d'action en rescision pour lésion dans ce domaine.

29. Pour les sociétés en bonne santé, les problématiques sont souvent différentes⁷. L'édition de nouvelles règles légales par les lois Breton et TEPA, s'agissant des retraites et des primes de départ, permet au juge d'estimer si le conseil d'administration a fait correctement son travail. On peut, ce n'est qu'un exemple, discuter du point de savoir si le juge doit se limiter à vérifier l'accomplissement effectif des performances prédéterminées, ou s'il peut aussi

6 - J'ai bien conscience que celui-là est assez lourd, mais il correspond à ce que je veux exprimer.

7 - Pas toujours : l'abus de biens sociaux ou les délits fiscaux, par exemple, n'ont pas pour domaine exclusif les sociétés en difficulté.

critiquer les critères adoptés par le conseil d'administration.

30. Plusieurs dispositifs posent la question de savoir si les rémunérations irrégulièrement décidées et/ou perçues doivent être restituées. Dans les quelques litiges concernant les grandes sociétés, les problèmes se sont surtout posés lorsqu'il a fallu verser des primes de départ ou des retraites chapeaux, alors que l'ancien dirigeant avait cessé de plaire. Certains plaisent jusqu'à leur trépas, d'autres non. Ils sont l'exception. La situation peut poser d'intéressants problèmes de prescription.

31. Une dernière remarque sur les sanctions civiles : si l'on adopte la technique du *say on pay*, quelle serait la sanction de l'absence de délibération ou des irrégularités de délibération ? Dans la mesure où rien d'opératoire ne serait décidé, la nullité est hors de propos. Une action en responsabilité serait peut-être envisageable, mais le préjudice social serait difficile à cerner, sinon par une nouvelle appréciation de la rémunération du juge.

Ce tour d'horizon est à la fois trop long et trop incomplet. Tout le contraire de la bonne rémunération, qui, elle, devrait être versée rapidement, et porter sur tous les aspects de l'activité du dirigeant. Les questions d'argent laissent trop souvent dans l'insatisfaction...