

Flash info : Peut-on revenir sur la rémunération d'un dirigeant de société cotée et sur l'attribution gratuite d'actions ?

1 La situation économique et financière née de la crise sanitaire suscite beaucoup d'interrogations sur l'opportunité de distribuer des dividendes pour les sociétés qui le peuvent, mais également sur l'opportunité de maintenir ou de réviser les modes de calcul des rémunérations des dirigeants, en particulier, évidemment, la partie variable. Il s'agit des dirigeants mandataires sociaux.

2 En opportunité, la décision est délicate pour les sociétés. Comment, par exemple, imposer des contraintes aux salariés (chômage partiel) sans concrétiser une forme de solidarité au plus haut niveau ? Mais peut-on imposer aux dirigeants une réduction de leur rémunération si la société est en bonne santé financière malgré la crise sanitaire et dès lors qu'ils ont dû encore plus se mobiliser pour y faire face ? Le dilemme est réel et ne peut être résolu que société par société.

L'AFEP a néanmoins demandé « aux dirigeants mandataires sociaux qui sont restés à leur poste ou qui sont en télétravail de réduire d'un quart (-25%) leur rémunération globale qui leur sera versée en 2020 pour la durée où des salariés de leur entreprise seront en chômage partiel. Ces rémunérations non payées seront versées à des actions de solidarité nationale en relation avec la Covid-19 » (Rapport du Haut Comité du gouvernement d'entreprise, novembre 2020, p. 13). Selon ce Rapport, environ 75 sociétés ont annoncé la baisse de la rémunération de leurs dirigeants mandataires sociaux et/ou du top management et/ou des administrateurs selon des modalités variées : baisse

du fixe sur des périodes considérées, renoncement total ou partiel aux bonus au titre de 2019 ou de 2020, réduction du quantum des LTI attribuables en 2020, renoncement à des fixes et variables en 2020. On peut citer, par exemple, la société Saint-Gobain, dans laquelle les deux dirigeants sociaux et les administrateurs ont décidé de réduire de 25% leurs rémunérations pour 2019 et 2020.

3 En légalité, la question juridique est la suivante : les organes de décision d'une société cotée pourraient-ils d'autorité imposer aux dirigeants une réduction immédiate de leur rémunération telle que prévue par l'assemblée générale ? Il en va de même pour les plans d'attribution gratuite d'actions.

Dans les deux cas, le pivot de la réponse réside dans la distinction entre la reprise de l'acquis et la révision pour le futur.

Révision des rémunérations

4 La rémunération d'un dirigeant mandataire social d'une société anonyme non cotée sur un marché réglementé, qu'il s'agisse du président et du directeur général ou des membres du directoire, que ce soit la partie fixe, la partie variable ou la partie exceptionnelle, est décidée unilatéralement par le conseil (d'administration ou de surveillance) sans qu'il y ait à passer par le régime des conventions réglementées (sauf pour les indemnités de départ et de non-concurrence).

Peut-on revenir sur la rémunération d'un dirigeant de société cotée et sur l'attribution gratuite d'actions ?



5 Dans les sociétés cotées sur un marché réglementé, le régime est plus complexe. Le conseil d'administration établit une politique de rémunération conforme à l'intérêt social, contribuant à sa pérennité et s'inscrivant dans sa stratégie commerciale, mais il s'agit d'une simple proposition car la politique de rémunération est arrêtée par un vote de l'AGO (vote *ex-ante*), qui est ensuite mis en œuvre par le conseil d'administration ou de surveillance. Cette mise en œuvre est soumise chaque année à un vote *ex-post* de l'assemblée pour les parties variables et exceptionnelles, sachant qu'à défaut d'approbation a posteriori, seule la partie fixe est versée.

Le conseil peut donc proposer à tout moment la modification de la politique de rémunération, mais cela suppose, dans les sociétés cotées, de repasser devant l'assemblée pour un nouveau vote *ex-ante*. A défaut par celle-ci d'accepter, la rémunération reste déterminée selon les critères précédents, qui perdurent.

6 Si la modification est adoptée, elle ne vaut que pour l'avenir et ne peut être rétroactive, sauf si le dirigeant l'accepte. Cette solution s'impose, non seulement pour protéger le dirigeant, mais parce qu'on ne peut revenir unilatéralement sur un accord.

C'est la position de la Cour de cassation pour les décisions du conseil : « le conseil de surveillance ne peut réduire rétroactivement la rémunération des membres du directoire sans l'accord de ceux-ci » (Cass. com. 10 fév. 2009, n°08-12564 ; solution transposable conseil d'administration pour le président et le directeur général). En effet, même si le conseil décide souverainement et unilatéralement de la rémunération du dirigeant dans les sociétés non cotées, dès lors que celui-ci accepte la décision, il se noue, même implicitement, un contrat avec la société.

Il en va de même pour la décision d'assemblée générale dans les sociétés cotées. Si une assemblée peut évidemment modifier pour l'avenir une décision antérieurement prise par celle-ci, elle ne peut revenir en arrière, sauf accord individuel des personnes concernées, pour ne pas porter atteinte à leurs droits acquis. Dès lors, en particulier l'assemblée qui statue *ex-post* sur les résultats ne pourrait pas revenir sur les critères et modalités retenus par l'assemblée *ex-ante*, sauf accord des intéressés.

7 Néanmoins, la loi a prévu que, en cas de circonstance exceptionnelle, le conseil d'administration peut déroger à l'application de la politique de rémunération si cette dérogation est temporaire, conforme à l'intérêt social et nécessaire pour garantir la pérennité ou la viabilité de la société (article L. 225-37 – 2, III du Code de commerce). Un pouvoir exorbitant est ainsi accordé par la loi au conseil d'administration ou de surveillance, qui lui permet, dans des circonstances exceptionnelles, de revenir sur le vote *ex-ante* de l'assemblée et, par conséquent, d'imposer unilatéralement aux mandataires sociaux une modification des modalités de leur rémunération.

Est-ce que la situation sanitaire que nous connaissons depuis mars de cette année et les conséquences économiques, financières et sociales qui en résultent, pourraient justifier une telle révision ? Assez probablement, mais en fonction de la situation propre de chaque société.

8 Notons simplement, pour terminer, que certaines législations étrangères semblent offrir plus de facilités pour revenir sur des rémunérations déjà décidées, comme, par exemple, le Royaume-Uni, mais selon une législation différente et des modalités très particulières.

Révision des plans d'attribution gratuite d'actions

9 Une attribution gratuite d'actions au profit de mandataires sociaux (et de salariés) doit être décidée par une assemblée générale extraordinaire quand bien même elle ne porterait que sur des actions existantes déjà détenues par la société. Le vote de l'assemblée emporte autorisation du conseil d'administration ou du directoire de procéder à l'attribution gratuite, mais précise le champ des bénéficiaires potentiels, le pourcentage maximum du capital pouvant faire l'objet d'une attribution (dans la limite de 10 %), la durée minimale de la période d'acquisition (1 an ou deux ans) et de la période de conservation (1 an ou 0 année) et l'indication que l'attribution porte soit sur des actions existantes soit sur des actions à émettre. L'assemblée doit également fixer la durée de validité de l'autorisation, qui ne peut être supérieure à trente-huit mois.

Peut-on revenir sur la rémunération d'un dirigeant de société cotée et sur l'attribution gratuite d'actions ?

Il revient ensuite au conseil ou au directoire de désigner nominativement les bénéficiaires. Le conseil ou le directoire doit déterminer à la fois les conditions d'attribution (conditions communes à tous les bénéficiaires potentiels) et les critères d'attribution (conditions spécifiques devant être remplies par chaque bénéficiaire déterminé). Il s'agit, en particulier, de l'ancienneté, de la présence et de la performance. En pratique, le conseil ou le directoire définit la ou les catégories de bénéficiaires du plan, puis détermine ensuite, lors de chaque attribution, l'identité des bénéficiaires individuels à l'intérieur de ces catégories et ce de manière discrétionnaire. Cette décision ne peut être subdéléguée à la direction générale.

10 Bien que la décision soit prise unilatéralement par le conseil ou le directoire, le plan d'attribution gratuite d'actions est une convention conclue avec les bénéficiaires. Il n'est nullement besoin de la formaliser car, de manière générale, l'acceptation d'un contrat est présumée dès lors que, en ayant reçu l'information, le bénéficiaire ne s'y est pas expressément opposé.

Dès lors, juridiquement, il n'est pas possible de revenir sur une décision d'attribution individuelle dès lors qu'elle a fait l'objet d'une information de l'intéressé et d'une absence de refus de celui-ci. La société pourrait-elle néanmoins invoquer un cas de force majeure (événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriés) ? Cela reste très incertain.

■ ■ ■ ■ ■ Jean-Jacques Daigre

Professeur émérite de droit des affaires de l'Ecole de droit de la Sorbonne

Avocat

Membre du Conseil scientifique de KPMG Avocats



Contacts :

Franck Bernauer

Avocat Associé, Head of Legal

KPMG Avocats

Tél : +33 1 55 68 48 13

E-mail : fbernauer@kpmgavocats.fr

Jean-Sébastien Puthod

Directeur de missions, Capital Markets

KPMG

Tél : +33 1 55 68 75 30

E-mail : jputhod@kpmg.fr

Contact publication :

Pour abonner une de vos relations professionnelles, recevoir la Lettre de la Gouvernance en format électronique uniquement, changer vos coordonnées, adressez-nous un e-mail à : lettrekpmgdegouvernance@kpmg.fr

Pour retrouver les numéros précédents :

<https://home.kpmg/fr/fr/home/insights/2016/07/la-lettre-de-la-gouvernance0.html>

Vos données personnelles sont traitées par KPMG S.A., agissant en qualité de responsable de traitement, à des fins d'information, d'organisation d'événements ou de prospection commerciale. Elles sont exclusivement destinées à KPMG*, et dans certains cas à ses partenaires et à ses sous-traitants. Vos données sont susceptibles d'être transférées vers un pays tiers. Ce transfert est effectué conformément à des garanties appropriées. Vos données personnelles sont conservées durant au moins trois ans.

Vous disposez d'un droit d'accès et de rectification aux données vous concernant, d'un droit de suppression, d'un droit à la portabilité, d'un droit de donner des directives sur le sort de vos données en cas de décès, d'un droit à la limitation du traitement de vos données, du droit de vous opposer à leur traitement, ainsi que d'un droit d'introduire une réclamation auprès de la CNIL. Vous pouvez exercer vos droits et demander une copie des garanties appropriées en allant sur notre site internet KPMG.fr puis en bas de page sur [Gérer vos données](#).

Vous avez la possibilité de vous désabonner de nos communications en envoyant un email à fr-privacy@kpmg.fr.

« KPMG » désigne KPMG S.A., une société anonyme de droit français, dont le siège social se situe à Tour Egho, 2 avenue Gambetta CS 60055 – 92066 Paris La Défense Cedex, les entités qu'elle détient et contrôle en France, ainsi que KPMG Associés, KPMG Academy, KPMG Avocats, et la Fondation d'entreprise KPMG France.

Les informations contenues dans ce document sont d'ordre général et ne sont pas destinées à traiter les particularités d'une personne ou d'une entité. Bien que nous fassions tout notre possible pour fournir des informations exactes et appropriées, nous ne pouvons garantir que ces informations seront toujours exactes à une date ultérieure. Elles ne peuvent ni ne doivent servir de support à des décisions sans validation par les professionnels ad hoc. KPMG S.A. est le membre français de l'organisation mondiale KPMG constituée de cabinets indépendants affiliés à KPMG International Limited, une société de droit anglais (« private company limited by guarantee »). KPMG International et ses entités liées ne proposent pas de services aux clients. Aucun cabinet membre n'a le droit d'engager KPMG International ou les autres cabinets membres vis-à-vis des tiers. KPMG International n'a le droit d'engager aucun cabinet membre.

© 2020 KPMG S.A., société anonyme d'expertise comptable et de commissariat aux comptes, membre français de l'organisation mondiale KPMG constituée de cabinets indépendants affiliés à KPMG International Limited, une société de droit anglais (« private company limited by guarantee »). Tous droits réservés. Le nom et le logo KPMG sont des marques utilisées sous licence par les cabinets indépendants membres de l'organisation mondiale KPMG. Imprimé en France. Conception - Réalisation : KPMG - Studio OLIVER – Novembre 2020.