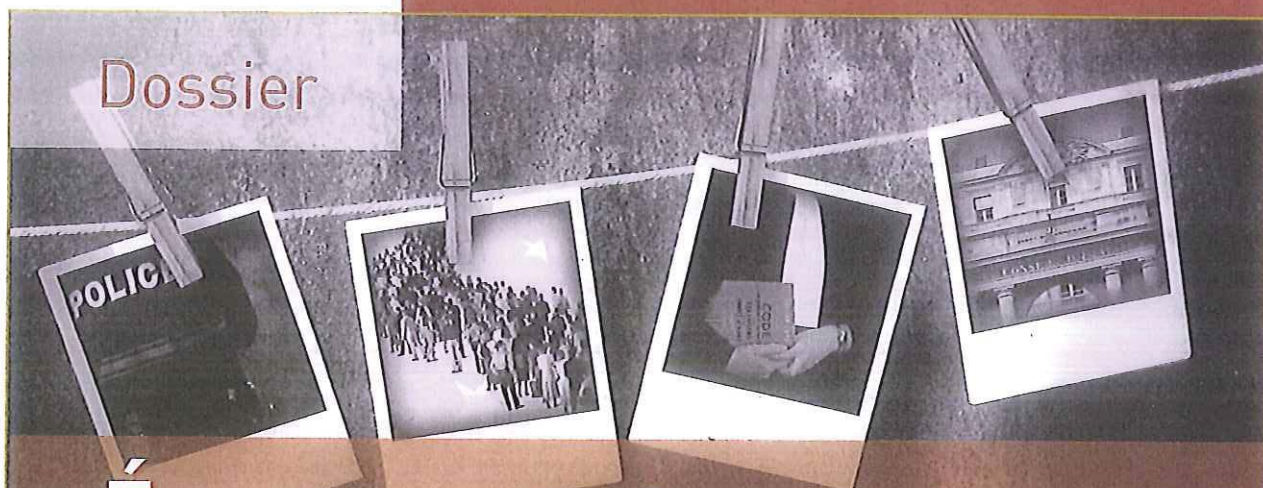


AJ Pénal

ACTUALITÉ JURIDIQUE PÉNAL

Dossier



ÉVOLUTIONS RÉCENTES DU DROIT DES ÉTRANGERS

506

Théorie générale des pouvoirs d'investigation :
l'investigation proactive

Mathias Murbach

512

Droit pénal et (bonne) gouvernance

Emmanuel Daoud

516

Préscription de l'action publique : quand la Cour de
cassation se prend pour le Conseil constitutionnel

Julie Gallois

DALLOZ

DROIT PÉNAL ET (BONNE) GOUVERNANCE

par Emmanuel Daoud

Avocat associé, Cabinet Vigo

avec le concours de Camille Franceschi

Élève avocat

plus d'infos

sur www.droit-penal.fr



Retrouvez en ligne le
texte de l'arrêt de la CA

Versailles du 19 mai 2011

La question de la rémunération des dirigeants fait, et ce n'est pas nouveau, débat dans l'opinion publique française. L'arrêt prononcé le 19 mai 2011 par la cour d'appel de Versailles dans l'affaire *Antoine Z.* se singularise par la fermeté du juge pénal face à des circonstances de faits qui (à une autre époque) auraient conduit nécessairement à une relaxe.

« L'éventualité d'être viré par ses actionnaires [...] fait partie des risques normaux du métier de patron. Quand on est nommé à la tête d'une entreprise petite ou grande, on sait que l'on est révocable *ad nutum*, c'est-à-dire à tout moment sur simple décision du conseil d'administration. On est payé pour ça. Et bien payé. Les indemnités spéciales ne se justifient donc pas [...]. On ne peut pas avoir le beurre et l'argent du beurre : les stock-options pour se constituer un patrimoine, et un parachute au cas où cela tournerait mal. Il faut être cohérent ». C'est ainsi que s'exprimait Jean-Marie Messier, patron de Vivendi Universal, avant de quitter le groupe en 2002.

L'arrêt rendu le 19 mai dernier par la cour d'appel de Versailles a connu un grand retentissement en ce qu'il a condamné pénalement, et ce pour la première fois, un haut dirigeant d'une société du CAC 40 à la santé florissante, au titre des modalités de fixation de sa rémunération.

En l'espèce, M. Antoine Z., ex-PDG de la SA V., avait été cité à comparaître en 2010 devant le tribunal correctionnel de Nanterre du chef d'abus de biens sociaux commis de 2004 à 2006.

Il lui était en particulier reproché, en premier lieu d'avoir évincé les membres du comité des rémunérations de la SA V. ayant refusé le déplaçonnement de sa rémunération, et constitué, en raison de cette opposition, un nouveau comité proposant au conseil d'administration la modification de la formule de calcul de sa rémunération ainsi que la rétroactivité des décisions du conseil d'administration du 7 septembre 2004, et d'avoir, par voie de conséquence, obtenu, à raison de son entière variabilité et de son déplaçonnement, une augmentation significative et non justifiée de sa rémunération.

D'autre part, M. Z. avait optimisé ses conditions de départ de la société grâce à la variabilité et au déplaçonnement de sa rémunération annuelle, la rémunération perçue en 2005 constituant l'assiette de calcul de son indemnité de départ en 2006 et le montant annuel de sa retraite.

Il s'était enfin fait attribuer un pourcentage croissant du plan des stock-options de la SA V., alors même qu'il avait obtenu l'entière variabilité et le déplaçonnement de sa rémunération annuelle.

Faute de caractère excessif des sommes perçues par M. Z. par rapport à la situation financière de la SA V., le tribunal correctionnel a relaxé l'intéressé du chef d'abus de biens sociaux.

Sur appel du parquet, lequel sollicitait la requalification de l'infraction d'abus de biens sociaux en abus de pouvoirs, la cour de Versailles a condamné M. Z. à une amende de 375 000 euros, au motif que ses agissements avaient été motivés par la recherche « d'un enrichissement personnel », constituant de ce fait « des actes

contraires et déviants par rapport au pouvoir légal qui lui avait été confié dans l'intérêt social ». L'une des questions posées par cet arrêt est celle de la place du juge pénal en matière de bonne gouvernance des entreprises. En d'autres termes, le juge pénal est-il le mieux placé, voire même autorisé, à décider du caractère excessif ou non de la rémunération d'un dirigeant, alors même que celle-ci a été octroyée selon les formes légales, et qu'elle n'a causé aucun préjudice à la société ?

La relaxe de M. Z. du chef d'abus de biens sociaux, suivie d'une condamnation pour abus de pouvoirs doit être examinée à l'aune des règles gouvernant la rémunération des dirigeants, véritable composante de la notion de « bonne gouvernance ».

■ Le concept de bonne gouvernance

La notion de *corporate governance*, originaire des États-Unis, a vocation à moraliser les pratiques d'entreprises, et à en assurer un fonctionnement plus démocratique et transparent. C'est en 1994 que l'American Institute of Law élaborera une série de recommandations en ce sens, intitulées *Principles of Corporate Governance*.

Le concept s'exportait par la suite au Royaume-Uni, qui voyait naître en 2003 le *Combined code, Principles of good governance and code of best practice*, puis gagnait d'autres États européens comme l'Allemagne, la Norvège ou encore l'Espagne, avant de devenir une référence au plan de l'Union européenne.

Ainsi, la directive n° 2006/46/CE du Parlement et du Conseil, en date du 14 juin 2006 reprenait le principe anglo-américain de *comply or explain*, selon lequel toute société dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé doit inclure une déclaration sur le gouvernement d'entreprise ou, à défaut, s'en expliquer.

La transposition de ce texte en France a été réalisée par la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des

sociétés au droit communautaire. Désormais, l'article L. 225-37 du code de commerce prévoit que le rapport annuel du conseil d'administration doit se référer à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des sociétés, et préciser, le cas échéant, les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été. À défaut de référence à un tel code, le rapport doit s'en expliquer et indiquer les règles retenues en complément des exigences requises par la loi.

Le code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées de décembre 2008, véritable compilation des rapports successifs de l'AFEP et du MEDEF constitue sans doute le code le plus fréquemment désigné par les entreprises. Le code MiddleNext, de l'association professionnelle du même nom, constitue toutefois une alternative.

En marge de ces initiatives « d'autorégulation », le législateur est lui aussi intervenu afin d'encadrer par des normes impératives les pratiques des entreprises. L'on peut citer, à titre d'exemple, la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (« NRE »), qui a ainsi préconisé la dissociation des fonctions du président du conseil d'administration et de directeur général et imposé la transparence des rémunérations versées aux mandataires sociaux; les lois n° 2005-842 et n° 2007-1223, respectivement du 26 juillet 2005 et 21 août 2007 sont, elles, venues encadrer la rémunération des dirigeants sociaux. Ainsi, le rapport de gestion annuel présenté par le conseil de rémunération aux actionnaires doit désormais énumérer tant les éléments de rémunération des dirigeants que les critères sur la base desquels ils ont été établis. Force est néanmoins de constater d'une part qu'il ne s'agit que de mesures éparses, d'autre part que le législateur n'a encore désigné aucun code de gouvernement comme référence impérative, malgré la menace faite par le gouvernement en ce sens fin 2008.

À l'instar de certains auteurs, l'on peut donc redouter que la seule obligation faite aux entreprises de se référer à un code de gouvernement vide le dispositif susvisé de sa substance. En effet, une entreprise pourrait tout à la fois choisir un code à sa convenance, mais rejeter l'ensemble de ses dispositions substantielles, sans craindre de se mettre en porte-à-faux avec les dispositions de la loi du 3 juillet 2008. Dans l'affaire concernant l'ex-PDG de la SA V., M. Z. avait, pour justifier le renouvellement du comité des rémunérations de la société, invoqué les exigences du rapport Bouton, lequel mettait « l'accent sur l'éthique, la transparence entre l'exécutif de l'entreprise et le conseil d'administration, et définissait l'administrateur indépendant comme celui n'entretenant aucune relation avec la société, son groupe, ou sa direction, qui puisse compromettre l'exercice de sa liberté de jugement ». Il recommandait par

L'article L. 225-102-1 du code de commerce prévoit que le rapport annuel présenté par le conseil d'administration à l'assemblée générale des actionnaires rende compte de la rémunération totale ainsi que des avantages perçus par chaque dirigeant durant l'exercice.

ailleurs que « les travaux et comptes rendus des comités spécialisés soient communiqués aux administrateurs ».

Le renouvellement du comité des rémunérations faisait en effet partie des prérogatives de M. Z., président du conseil d'administration de la SA V. Aux termes de l'article L. 225-51 du code de commerce, « le président du conseil d'administration organise et dirige les travaux de celui-ci, dont il rend compte à l'assemblée générale. Il veille au bon fonctionnement des organes de la société et s'assure, en particulier, que les administrateurs sont en mesure de remplir leur mission ».

En l'espèce, M. Z. a, en sa qualité de président de la SA V., mis en avant les exigences du rapport Bouton susvisées, pour faire valoir la nécessité de renouveler le comité des rémunérations de la

société. En effet, des contrats avaient été conclus depuis plusieurs années avec deux sociétés, respectivement gérées par deux membres du comité des rémunérations ultérieurement évincés, MM. Michel et Minc. C'est donc leur manque d'indépendance apparent qui aurait justifié, selon M. Z., leur remplacement. En revanche, rien n'expliquait le remplacement de M. Faure, qui ne connaissait aucun conflit d'intérêts potentiel d'aucune sorte.

On comprend dès lors pourquoi la doctrine prône l'intervention du législateur pour imposer un code de référence aux entreprises. En effet, ainsi que l'expliquait M. Minc à l'AMF en l'espèce, « le paradoxe de la situation est que, dans [le comité des rémunérations], il y avait deux membres, M. Michel et moi-même, qui n'étions pas indépendants au sens des critères

du rapport Bouton, et ceci en toute transparence... Le comité a été reconstitué en totale conformité avec les recommandations du rapport Bouton, donc avec une majorité d'administrateurs indépendants, et le résultat a été une politique beaucoup plus généreuse » en termes de rémunération.

Là est donc l'abus, et l'on comprend pourquoi les juges du fond ont considéré que « M. Z. a [...] usé de son statut et de l'influence qui en découle, pour faire avaliser, par le conseil d'administration, le renouvellement complet du comité des rémunérations pour priver ces deux organes de leur indépendance nécessaire au bon fonctionnement de la société et pour en faire les instruments de son propre intérêt ».

■ La rémunération des mandataires sociaux

Composante essentielle de la notion de *corporate governance*, la fixation et le contrôle de la rémunération des mandataires sociaux appellent à des considérations particulières.

La fixation de la rémunération du dirigeant

Outre la nomination du président, du directeur général et des directeurs généraux délégués, le conseil d'administration est également en charge de la fixation de leur rémunération (art. L. 225-47 et L. 225-53 c. com.).

Il ressort d'une jurisprudence constante que le conseil d'administration a, en la matière, une compétence exclusive (Com. 15 déc. 1987, n° 86-13.479; Com. 30 nov. 2004, n° 01-13.216, Rev. sociétés 2005. 631, note J.-F. Barbiéri; RTD com. 2005. 119, obs. P. Le Cannu).

Il en résulte que lorsque le conseil d'administration est assisté de

comités spécialisés, et notamment d'un comité des rémunérations – ainsi qu'il en va dans la majorité des sociétés cotées – ce dernier ne peut que faire des propositions relatives aux modalités de la rémunération des mandataires sociaux. Il ne saurait en aucun cas supplanter le conseil d'administration dans la détermination de la rémunération octroyée aux dirigeants.

En l'espèce néanmoins, et ainsi qu'il ressort de l'arrêt de la cour d'appel de Versailles, il était acquis que le conseil d'administration votait systématiquement les recommandations et propositions des comités spécialisés. Et cela était d'autant plus vrai qu'à l'époque, les projets industriels ainsi que les acquisitions en cours de la société leur imposaient la discrétion tant vis-à-vis de la concurrence que des médias. Ainsi, les administrateurs, y compris ceux ayant quitté le comité des rémunérations, n'avaient d'autres choix pour l'équilibre de la société, que d'accepter le nouveau mode de rémunération de M. Z., la succession de ce dernier n'étant pas encore, à l'époque, pleinement assurée. Partant, M. Z. savait, avant de recomposer le comité des rémunérations, qu'il « pouvait compter sur l'unanimité des administrateurs de la société pour accepter l'entière variabilité de sa rémunération ».

C'est par ailleurs en pleine connaissance de cause que M. Z. avait soumis au conseil d'administration, la candidature de M. Davies qui, « de culture anglaise [...] avait naturellement une vision plus libérale et généreuse de ce que doit être la rémunération d'un patron de grand groupe ».

Ainsi en l'espèce selon la cour, ce n'est pas l'intérêt de l'entreprise que cherchait à promouvoir M. Z. mais son intérêt strictement personnel, dans la mesure où il savait que les propositions du comité nouvellement formé par lui seraient acceptées sans discussion par le conseil d'administration et qu'il obtiendrait par conséquent un mode de rémunération bien plus favorable.

Contrôle de la rémunération des dirigeants

La rémunération des dirigeants est avant tout contrôlée par les actionnaires de la société. En effet, l'article L. 225-102-1 du code de commerce prévoit que le rapport annuel présenté par le conseil d'administration à l'assemblée générale des actionnaires rend compte de la rémunération totale ainsi que des avantages perçus par chaque dirigeant durant l'exercice.

Il importe ici de rappeler que le code AFEP-MEDEF incite à faire participer le comité des rémunérations aux assemblées générales, afin de garantir aux actionnaires une plus grande clarté et précision sur la rémunération des dirigeants. Il incite par ailleurs à l'indépendance des administrateurs par rapport à la société ou sa direction.

Là encore apparaît toute la limite de l'autorégulation. En effet, il ressort de l'arrêt que le président du comité des rémunérations renouvelé par M. Z., prompt à revoir les modalités de la rémunération de celui-ci, avait en l'espèce indiqué au conseil d'administration s'être appuyé sur l'avis du cabinet Towers & Perrin, spécialisé dans la rémunération des hauts dirigeants, avant de proposer une rémunération totalement variable et entièrement déplafonnée.

Il s'avérera que ledit cabinet avait en réalité insisté sur le respect du principe d'une rémunération monétaire avec une part variable et une part fixe, et qu'il avait appelé l'attention des membres du comité sur le risque inflationniste de l'entière variabilité d'une rémunération. Il avait en outre insisté sur le fait qu'« aucun président du CAC 40 n'avait de rémunérations entièrement à risque » en raison des dissensions que cela pouvait provoquer parmi les actionnaires en cas d'envolée de la rémunération.

Or ces réserves n'auront jamais été mentionnées lors du vote par le conseil d'administration du 7 septembre 2004 de la modification du mode de rémunération de M. Z. Plus encore, il importe de préciser ici que les administrateurs faisaient grandement confiance à l'expertise du cabinet susvisé.

Par ailleurs, les articles L. 225-38 et L. 225-86 du code de commerce soumettent à la procédure des conventions réglementées les « parachutes dorés ».

Chaque convention sollicitée par le dirigeant doit, selon cette procédure, être avisée par le conseil d'administration, lequel en avise les commissaires aux comptes. Ceux-ci doivent alors rédiger un rapport spécial destiné à informer des modalités de cette convention les actionnaires qui l'approuvent *in fine*.

Face aux excès des rémunérations parfois octroyées aux dirigeants par des conseils d'administration en manque sans doute d'indépendance, le législateur n'a pu rester indifférent. C'est ainsi que le code de commerce sanctionne pénalement de cinq années d'emprisonnement et d'une amende de 375

000 € le fait, pour « le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement » (art. L. 242-6 3°), ainsi que le fait de « faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement » (art. L. 242-6 4°).

L'abus de biens sociaux est la qualification la plus souvent retenue par le juge pénal pour sanctionner une rémunération jugée excessive par rapport à l'activité effective du dirigeant, ou la situation financière de la société.

Pourtant, M. Z. a été relaxé de ce chef. Les sommes par lui perçues, faramineuses de prime abord, ne pouvaient être jugées excessives par rapport à la situation de la société, qui avait vu son chiffre d'affaires passer de 14,1 milliards d'euros en 2000 à 25,6 milliards d'euros en 2006, son résultat net progresser de 323 % sur cette période, et une capitalisation boursière, estimée à 6 milliards d'euros en 2002, valorisée à 25 milliards d'euros en 2006.

De même l'action de M. Z., devenu PDG du groupe en 1997, avait été tout à fait bénéfique et significative, celui-ci ayant redressé l'entreprise en orientant ses activités vers les concessions.

Ces chiffres expliquent la réaction du conseil de M. Z. suite à la condamnation de son client pour abus de pouvoirs : « cette condamnation pour abus de pouvoirs rend ingouvernable toute société importante, toute société cotée ». Et d'ajouter qu'« il est

Moins employée que l'abus de biens sociaux, la qualification d'abus de pouvoir évite en effet au juge pénal d'avoir à caractériser le caractère excessif des sommes perçues par le dirigeant... tout en permettant de le condamner au titre des modalités de fixation de sa rémunération.

évident que la rémunération d'Antoine Z. n'est en rien contraire à l'intérêt de V., qui ne s'est pas portée partie civile, et l'AMF, qui avait été informée, ne s'y était pas opposée ».

Le juge pénal a-t-il ainsi vocation à se substituer aux organes sociaux de la société et à se prononcer sur le caractère juste de la rémunération de ses dirigeants ? La réponse est manifestement négative, et cela d'autant plus lorsque la société s'inscrit parmi les sociétés cotées sur les marchés réglementés. Ainsi la présidente du tribunal correctionnel de Nanterre, Isabelle Prévost-Desprez, avait indiqué, à l'issue de la relaxe de M. Z., refuser de devenir « le juge de la gouvernance des entreprises ».

C'est qu'en effet, la situation était ici tout à fait singulière. Si des dirigeants ont, par le passé, déjà été condamnés du chef d'abus de pouvoirs en raison d'une rémunération excessive eu égard au fait que la société se trouvait hors d'état de continuer son activité, ou que celle-ci connaissait de graves difficultés financières, le montant de la rémunération de M. Z. n'était à l'évidence pas excessif par rapport aux capacités financières de la SA V., devenu le premier groupe mondial des concessions, constructions et services associés.

Ce n'était donc pas le montant des sommes perçues

par le prévenu qui devait être apprécié par les juges du fond, mais la façon dont il avait orchestré les événements et instrumentalisé les hommes en vue de percevoir lesdites sommes.

Doit-on pour autant considérer que la question de la juste rémunération des hauts dirigeants d'une société cotée relève d'une zone de non-droit, dont l'accès serait interdit au juge pénal ? Là encore, une réponse négative s'impose, ainsi que le souligne très justement Bruno Quentin, avocat au barreau de Paris et expert au Club des juristes.

Cela explique sans doute que le fondement retenu à l'appui de la condamnation de M. Z. ait été l'abus de pouvoirs, à défaut d'abus de biens sociaux. Moins employée que l'abus de biens sociaux, la qualification d'abus de pouvoirs évite en effet, comme en l'espèce, au juge pénal d'avoir à caractériser le caractère excessif des sommes perçues par le dirigeant... tout en permettant de le condamner au titre des modalités de fixation de sa rémunération.

■ Conclusion

Le pourvoi intenté par M. Z. contre l'arrêt de la cour d'appel de Versailles doit inciter à la prudence s'agissant de la mesure de cette décision en matière de gouvernance d'entreprise.

Toutefois, si la Haute juridiction venait à confirmer la décision commentée, sans doute faudrait-il y voir un appel lancé par le juge au législateur sur la nécessité de renforcer et préciser l'arsenal des règles encadrant la rémunération des dirigeants.

DALLOZ recrute

un juriste processualiste

Mission :

Au sein du Département des Codes et de l'Encyclopédie Dalloz, vous aurez en charge la gestion éditoriale et le développement de formulaires de procédure.

Profil : Après un master 2 en droit processuel, titulaire du CAPA, vous avez acquis une expérience d'avocat et/ou de l'édition juridique. Vous maîtrisez l'informatique (Word, internet...). Rigueur, précision, sens de l'organisation et esprit d'équipe sont des qualités indispensables pour ce poste.

**Poste à pourvoir à Paris 14^e,
dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée.**

Merci d'adresser votre dossier de candidature (lettre de motivation, CV)
à Annabelle Henry-Lucet, Éditions Dalloz | courriel : dalloz-1431@candidatus.com