

Le point sur...

## PARACHUTE DORÉ : LA CONFUSION DES GENRES

ALAIN MÉNARD

**RACINE**



ALAIN MÉNARD

Extrait du magazine  
Décideurs N°92 :  
15 janvier 2008/  
15 février 2008

**DECIDEURS**  
STRATEGIE FINANCE DROIT  
ENRICHISSEZ VOTRE STRATEGIE D'UNE DIMENSION FINANCIERE ET JURIDIQUE

**Corporate Finance**

**DEAL DU MOIS**  
L'Avec Orascom, Lafarge cimente son avenir avec un allié égyptien

- Focus: 9
- Penella Heineberg Partners : centre partnership et entrepreneurship
- Tendances: 10
- Marché de capitaux: 16
- Movers and shakers: 16
- Fusions acquisitions: 18
- Marché de capitaux actions: 20
- Rendez-vous : AFCE: 22
- Entretien avec Jean-Aymon Mucsi
- Immobilier d'entreprise et SIC: 24
- L'économie espagnole déstabilisée par le retournement de son marché immobilier

**Capital Investissement**

**UN LEADER A LA LOUPE**  
L'Partech International : un avant-gardiste du capital venture international

- Deal du mois: 26
- Numericable : comment industriels et investisseurs ont forgé un leader
- Tendances: 34
- L'ISF canalisé vers les PME
- Movers and shakers: 40
- LEO: 41
- Capital Développement: 44
- Capital Venture: 45
- Retournement: 46
- Fonds d'investissement immobilier: 52
- Rendez-vous : France Angels: 54
- Rendez-vous : AFIC: 56
- Chronique: 58
- Capital investissement

**Monde du Droit**

**UN LEADER A LA LOUPE**  
L'Jacques Barthélémy & Associés : la cathédrale du droit social

- Tendances: 64
- La profession d'avocat d'affaires en France
- Focus: 68
- Redink : une ardente ambition
- Movers and shakers: 72
- Focus: 76
- Lelivre Peltier & Associés : cap international pour une institution du droit
- Vieille internationale: 80
- Grands contentieux: 82
- Rendez-vous : Oxbark: 85
- Association Immobilière: 86
- Rendez-vous : Accuracy: 88
- Rendez-vous : ABE: 89
- Chroniques: 90
- Procédure collective
- Droit social
- Droit allemand des affaires
- Droit boursier
- Droit européen

# PARACHUTE DORÉ : la confusion des genres

La loi « TEPA » du 21 août 2007 interdit désormais de verser à un dirigeant des indemnités dont le bénéficiaire ne serait pas subordonné à ses performances, appréciées au regard de celles de la société qu'il dirige. Si cette initiative satisfait une promesse électorale, elle accentue la confusion, sans répondre à une réelle nécessité.

**G**olden Hellos, retraites chapeaux, stocks options, clauses de non-concurrence, parachutes... , la France ne montre aucune originalité dans les gratifications servies à ses dirigeants. Initialement venus des États-Unis, ces « golden parachutes » sont largement répandus en Europe et chacun cherche désormais les moyens d'assurer leur modération, leur transparence, voire leur restitution<sup>1</sup>. La loi du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, dite « Loi TEPA », est venue compléter les articles L 225-42-1 et L 225-90-1 du Code de Commerce pour interdire au profit des dirigeants de sociétés des éléments de rémunération, indemnités et avantages dont le bénéficiaire ne serait pas subordonné au respect de conditions liées aux performances du bénéficiaire, appréciées au regard de celles de la société qu'il dirige.

Tout versement effectué en méconnaissance de cette nouvelle contrainte est désormais nul de plein droit.

## Rémunération d'un résultat ou indemnisation d'une rupture ?

Voilà qui devrait contenir la « *pratique détestable*<sup>2</sup> » des parachutes dorés dénoncés par une presse unanime.

Pour autant ni la notion, ni le régime de ces indemnités de départ du dirigeant de société ne s'en trouvent mieux définis dans notre droit, et cette nouvelle mesure n'améliore que bien peu les possibilités de contrôle déjà existantes.

S'il fallait faire de ces parachutes dorés une catégorie juridique spécifique, elle ne se distinguerait que par sa finalité et relèverait de la catégorie des indemnités forfaitaires dues en raison de la cessation, anticipée ou non, de fonctions de direction. Quel en serait alors le régime ? Devraient-elles être considérées comme un complément de rémunération ou comme l'exécution d'une obligation contractuelle ?

### 1. Le Parachute doré – élément de rémunération

Dès lors que le versement d'un parachute doré se trouve désormais légalement subordonné aux performances de son bénéficiaire, il peut être retenu qu'il constitue une contrepartie de l'activité, des compétences, du temps, des efforts et, pour tout dire, du travail développé pour atteindre ces performances. Peut-il être pour autant qualifié de rémunération ?

S'il trouve sa cause dans les résultats produits par l'activité exercée au profit de la société, il doit être distingué d'une simple indemnité de départ causée par la seule cessation des fonctions.

Or, en droit des sociétés, les modalités de détermination de la

rémunération du mandataire social sont fixées par la loi. L'Assemblée Générale détermine le montant de l'enveloppe attribuée au Conseil d'Administration ou au Conseil de Surveillance<sup>3</sup>, et il revient à ceux-ci d'en répartir le montant librement en leur sein. Le Conseil d'Administration a ainsi une compétence exclusive pour fixer la rémunération des administrateurs, Président et directeurs généraux<sup>4</sup>. Il en va de même pour le Conseil de Surveillance<sup>5</sup>.

La rémunération des dirigeants est, dans ces conditions, dite « institutionnelle ». La jurisprudence n'accepte toutefois qu'elle échappe au régime des conventions réglementées qu'à condition de respecter les principes de causalité, de proportionnalité et de modération, à défaut de quoi elle sera considérée comme une libéralité<sup>6</sup>.

Il en est notamment ainsi du versement de retraites complémentaires qualifiées de compléments de rémunérations<sup>7</sup>.

Relève donc des rémunérations institutionnelles ce qui est causé par l'activité du dirigeant, proportionnel à celle-ci et modéré par rapport aux moyens de l'entreprise, mais relève de la convention réglementée, ce qui ne l'est pas.

On constate ainsi que le nouveau texte entérine la construction jurisprudentielle et bride plus encore les pouvoirs des organes de gouvernance dans la détermination du montant et les conditions d'attribution des parachutes dorés.

Mais la confusion créée par le nouveau texte sur la nature de ces parachutes dorés, qu'il associe aux éléments de rémunération, fragilise la construction de la jurisprudence et de la doctrine qui en avaient utilement organisé le contrôle.

De plus, le seul fait qu'il ait à être déterminé en considération de la qualité du travail fourni et des performances réalisées ne peut sérieusement suffire à qualifier juridiquement le parachute doré de rémunération complémentaire. Il ne peut non plus n'être envisagé qu'au seul profit des mandataires sociaux, alors qu'il est fréquent que ceux-ci bénéficient également d'un contrat de travail.

### 2. Le Parachute doré - indemnité contractuelle

Il est assurément plus réaliste de considérer que le parachute doré est versé, non pas en raison de l'activité déployée ou des résultats obtenus, mais pour sanctionner une inexécution contractuelle et/ou compenser un préjudice. L'indemnité est alors due en conséquence d'un événement précis et non en contrepartie d'une prestation étalée dans le temps.

Le parachute doré se distingue dans ces conditions de la rémunération tant par sa cause, la rupture, anticipée ou non, des relations, que par son objet, la sanction d'une inexécution contractuelle et/ou la réparation d'un préjudice.

Il constitue une indemnité de départ issue d'un accord entre le dirigeant et la société, dont la nature le soumet au droit des conventions.



Alain Ménard, Avocat Associé

Dès lors, s'il est versé au seul titre de la rupture du mandat social, il sera soumis à la procédure des conventions réglementées<sup>3</sup>, dont le non-respect emporte la nullité facultative de la convention et/ou la mise en jeu de la responsabilité de son bénéficiaire et/ou de

l'organe de gouvernance qui l'aura autorisée. Et, quand bien même une indemnité de parachute doré aurait-elle subi avec réussite la procédure des conventions réglementées, elle pourrait encore être annulée pour atteinte au principe de libre révocabilité.

En effet, aucune obligation contractée ne saurait heurter la règle d'ordre public de la libre révocabilité du mandataire social, et la jurisprudence écarte toute disposition prévoyant l'indemnisation d'un dirigeant révoqué si le montant de l'indemnité entrave la liberté de décision de l'organe compétent<sup>9</sup>.

Dans ces conditions, l'appréciation *ab initio* de la validité d'une clause de parachute invite à la plus grande prudence car la jurisprudence se fonde principalement sur un critère qui ne saurait être anticipé : l'état financier de la société au jour de cessation des fonctions du dirigeant.

Lorsque le dirigeant social cumule valablement son mandat social avec un contrat de travail, c'est-à-dire lorsqu'un contrat de travail lui réserve un emploi effectif dans lequel il occupe une fonction distincte de celle résultant de son mandat<sup>10</sup>, le parachute doré peut alors procéder du contrat de travail et échapper aux contraintes du droit des sociétés.

Il n'est alors autre chose qu'une indemnité contractuelle de rupture versée en sus des indemnités légales et conventionnelles de licenciement.

Mais ici également le juge intervient, qualifiant cette indemnité contractuelle de rupture de clause pénale, et se réserve en conséquence

la faculté de la réduire si elle présente un caractère manifestement excessif<sup>11</sup>.

On se rappelle que la Chambre Sociale de la Cour de Cassation a ainsi réduit le montant de l'indemnité contractuelle prévue par le contrat de travail d'un ancien dirigeant d'Yves Saint

Laurent Parfums<sup>12</sup>. Au même visa de l'article 1152 du Code Civil, la haute juridiction est allée jusqu'à considérer qu'un préavis contractuellement porté à douze mois, avait pour effet de faire échec aux droits de l'employeur de rompre le contrat, et constituait alors une clause pénale susceptible d'être réduite<sup>13</sup> par le juge.

La liberté contractuelle est donc suffisamment encadrée pour éviter les excès et inciter à l'autodiscipline des sociétés et des bénéficiaires de ces parachutes dorés : une nouvelle intervention du législateur n'apparaît pas absolument nécessaire.

Sans oublier que la confidentialité de ces « avantages » n'est plus de mise aujourd'hui particulièrement dans les sociétés cotées. Non seulement il doit être fait état de la rémunération des dirigeants<sup>14</sup>, mais encore depuis la loi Breton du 26 juillet 2005, les avantages accordés aux dirigeants en raison de la cessation de leurs fonctions doivent être publiés dans le rapport de gestion annuel<sup>15</sup>.

Par ailleurs et même si la rédaction peut en apparaître maladroite sur ce sujet, la loi OPA du 31 mars 2006 qui impose que les « *accords prévoyant des indemnités pour les membres du Conseil d'Administration ou du Directoire ou les salariés, s'ils démissionnent ou sont licenciés sans cause réelle et sérieuse, ou si leur emploi prend fin en raison d'une offre publique* », lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir une influence en cas d'offres publiques, soient portés à la connaissance des tiers<sup>16</sup>, est une

source très pertinente d'inspiration.

Il reste enfin que les indemnités de parachute intéressent le droit fiscal depuis la loi du 30 décembre 1999 de Finance pour 2000 qui a conduit à assujettir, sauf exception, l'ensemble des indemnités de rupture d'un mandat social et/ou d'un contrat de travail à l'impôt sur le revenu<sup>17</sup>, puis aux cotisations sociales<sup>18</sup>. En conclusion, il apparaît que, strictement limités à l'indemnisation de la cessation d'un mandat social ou d'un contrat de travail, les parachutes dorés font l'objet d'un contrôle judiciaire sévère au nom de la préservation de l'ordre public sociétaire, contrôle complété par l'application des procédures des conventions réglementaires et par les obligations d'informations destinées à assurer la transparence de l'opération.

Il n'est donc pas certain que le législateur ait à s'immiscer dans les relations contractuelles pour ajouter aux outils de contrôle et de limitation existants; les quelques excès parfois dénoncés n'autorisent pas à ignorer les pratiques respectueuses du bon sens, de l'éthique et de la morale des affaires de la plupart de nos entreprises et de leurs dirigeants, placés en tout état de cause sous la vigilance de nos juges.

<sup>1</sup> Particulièrement depuis que l'Autorité de Contrôle des Marchés Boursiers Américains, la SEC, a renforcé l'obligation de publication détaillée dans le SEC Act du 26 juillet 2006.

<sup>2</sup> Déclaration du Président de la République du 31 mai 2007.

<sup>3</sup> Articles L.225-45 et L.225-83 du Code de Commerce.

<sup>4</sup> Articles L.225-47 et L.225-53 du Code de Commerce.

<sup>5</sup> Article L.225-63 du Code de Commerce.

<sup>6</sup> Com. 4 juillet 1995 - B 206.

<sup>7</sup> Com. 3 mars 1987 - B 64 et Com. 11 octobre 2005 - B 210.

<sup>8</sup> Articles L.225-38 & suiv. et L.225-86 du Code de Commerce.

<sup>9</sup> Com., 5 fév. 1974, B. n° 51 et Soc. 30 mars 1999, pv 99-42061.

<sup>10</sup> Art. L.225-22 du Code de Commerce et L.225-85 du Code de Commerce.

<sup>11</sup> Cass. Soc. 17 mars 1998 n° 2057 PBR RJS 5/98 n°590 ou Cass. Soc. 4 juin 2006 n°05-43670 non publiée, 20 déc. 2006 n° 05-43409 non publiée au Bulletin.

<sup>12</sup> Cass. Soc. 21 septembre 2005.

<sup>13</sup> Cass. Soc. 7 juin 2006 n°04-41391 non publiée.

<sup>14</sup> Article L.225-102-1 du Code de Commerce.

<sup>15</sup> Article L.225-102-1 al.3 du Code de Commerce.

<sup>16</sup> Article L.225-100-3 du Code de Commerce.

<sup>17</sup> Article 80 duodecimes du CGI.

<sup>18</sup> Article L.242-1 du Code de Sécurité Sociale issu de la loi du 29 décembre 1989 sur le financement de la Sécurité Sociale pour 2000.

## LES POINTS CLÉS

- À défaut de respecter les exigences du Code de Commerce relatives aux rémunérations institutionnelles et les principes de causalité, de proportionnalité et de modération, le parachute relève de la procédure des conventions réglementées.
- Indemnisation contractuelle de la rupture d'un contrat de travail, le parachute constitue une clause pénale passible de la censure du juge s'il est manifestement excessif.

## SUR L'AUTEUR

Alain Menard, Avocat, Spécialiste en Droit Social, Associé du Cabinet Racine, anime cette activité avec une équipe de 8 avocats qui accompagnent et défendent les entreprises dans la gestion des aspects sociaux de chaque étape de leur vie et de leur développement.