

La dernière réforme du Say on Pay du 27 novembre 2019 : un travail abouti ?

Faisant usage de l'habilitation donnée par la loi Pacte aux fins de transposer la directive UE du 17 mai 2017¹, le Gouvernement a apporté par ordonnance du 27 novembre 2019² des précisions sur la procédure du *Say on Pay*³. Bien qu'il ait tenté de répondre à certaines interrogations posées par la doctrine, plusieurs points restent toujours en suspens (notamment en matière de cumul des mandats, contrats de travail et conventions réglementées).



Pierre-Olivier Bernard,
associé fondateur



Sandrine Gardel,
associée en droit social

SUR LES AUTEURS

Spécialistes avertis en *management package*, fiscalité, droit social et droit patrimonial des dirigeants, Pierre-Olivier Bernard, associé fondateur d'Opleo Avocats, et Sandrine Gardel, associée en droit social, conjuguent vision stratégique et expertise juridique pour anticiper les évolutions de gouvernance et de modèle managérial.

L'ordonnance et son décret du 27 novembre 2019 sont venus modifier des dispositions législatives et réglementaires du Code de commerce⁴ relatives à la procédure du *Say on Pay* dont la pratique sur ces deux derniers exercices avait fait ressortir de nombreuses questions et difficultés d'application.

Même si elle apporte des précisions bienvenues en ce qui concerne (i) son champ d'application (*procédure étendue aux administrateurs et aux sociétés en commandite par actions cotées*), (ii) l'élargissement des éléments de rémunération soumis au vote des actionnaires dans le cadre de la politique de rémunération ou encore (iii) son articulation avec la procédure des conventions réglementées, cette réforme complexifie le dispositif du *Say on Pay* et engendre de nouvelles interrogations dans ces domaines.

Se posent tout d'abord de nouvelles questions du fait de l'abrogation réalisée par l'Ordonnance de l'article L.225-42-1 du Code de commerce relatif aux rémunérations liées à la cessation des fonctions. Ces dispositions prévoyaient de soumettre les engagements pris par le conseil d'administration correspondant à « des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la

cessation ou du changement de ces fonctions, ou postérieurement à celles-ci, ou des engagements de retraite à prestations définies » de plein droit à la procédure des conventions réglementées prévue par l'article L.225-38 du Code de commerce en plus du vote des actionnaires au titre du *Say on Pay* et par résolution séparée lors de l'assemblée générale. Ceux-ci ne sont désormais plus soumis de plein droit à la procédure des conventions réglementées mais seulement au vote des actionnaires. Il est néanmoins

raisonnable de penser que ces engagements pourront en revanche toujours être soumis à la procédure des conventions réglementées au sens du droit commun s'ils remplissent les conditions cumulatives prévues par la jurisprudence et s'ils ne constituent pas seulement des décisions unilatérales prises par le conseil d'administration, c'est-à-dire s'ils ont la nature d'une vraie convention bilatérale (notamment par une convention de mandat signée entre l'entreprise et le dirigeant).

Par ailleurs, l'articulation de ces nouvelles dispositions dans le cadre du cumul autorisé (sous certaines conditions⁵) des dirigeants entre un mandat social et un contrat de travail soulève également de nouvelles questions.

En effet, en ce qui concerne les directeurs généraux, les directeurs généraux délégués et les présidents des sociétés cotées, les règles ont été précisées au titre du nouveau régime et ont déjà fait l'objet d'une interprétation de l'Ansa⁶.

Lorsque le mandataire social perçoit une rémunération au titre de son mandat et également au titre de son contrat de travail, chacune de ces rémunérations sera soumise à la procédure du *Say on Pay* mais selon des modalités

différentes (seule la rémunération au titre de son mandat sera soumise à l'autorisation des actionnaires, la rémunération au titre de son contrat de travail ne sera alors indiquée au rapport sur le gouvernement d'entreprise⁷ établi au titre du vote *ex post* qu'à titre indicatif).

« Par ailleurs, l'articulation de ces nouvelles dispositions dans le cadre du cumul autorisé (sous certaines conditions) des dirigeants entre un mandat social et un contrat de travail soulève également de nouvelles questions »

LES POINTS CLÉS

- Le dispositif du *Say on Pay* est étendu aux administrateurs et sociétés en commandite par actions cotées.
- Les indemnités et avantages dus à raison du départ d'un dirigeant ne sont plus soumis de plein droit à la procédure des conventions réglementées
- Des précisions sont données en cas de cumul d'un mandat social avec un contrat de travail : le régime applicable sera différent en fonction des situations (mandat gratuit, contrat de travail englobant le mandat, etc.)

Dans le même sens, lorsque le mandat social est exercé à titre gratuit, la rémunération (ainsi que tout autre engagement, indemnité et avantage susceptible d'être dû à raison de la prise, cessation ou du changement de fonctions ou postérieurement à l'exercice de celles-ci) issue du contrat de travail devra simplement être mentionnée à titre indicatif dans le rapport établi au titre du vote *ex post*. Un vote *ex post* négatif sur le contenu du rapport n'aura alors aucune conséquence sur son versement⁸.

À l'inverse, dès lors que le contrat de travail inclut également les fonctions correspondant au mandat social, les éléments de rémunération et autres engagements prévus par le contrat de travail doivent être soumis à l'autorisation des actionnaires en amont de sa conclusion (vote *ex ante*)⁹ ainsi qu'au vote *ex post* pour les éléments de rémunération qui y seraient soumis.

Ainsi, la question de l'opportunité d'insérer les missions relatives au mandat social dans le contrat de travail se pose en raison de l'application du régime du *Say on Pay* dès la conclusion, pendant l'exécution et lors de la rupture de celui-ci. Cela n'est pas sans poser des difficultés notamment lorsque la société voudra négocier le départ du mandataire social salarié ou dans le cas d'une rémunération variable attribuée à un mandataire social qui serait sanctionnée par les actionnaires lors du vote *ex post* en dépit des stipulations du contrat de travail qui garantissaient son paiement. Il est néanmoins légitime de penser que le mandataire salarié aura toujours la possibilité d'agir devant le conseil des Prud'hommes en vue d'en obtenir le versement.

Enfin, comme évoqué ci-dessus, les administrateurs font leur entrée dans le champ d'application de la procédure du *Say on Pay*. Ils voient désormais leur ré-

munération soumise au vote *ex ante* sur la politique générale de rémunération mais demeurent exclus du vote *ex post* sur la rémunération individuelle des mandataires sociaux¹⁰.

Or, cette inclusion des administrateurs apporte cependant des interrogations nouvelles en ce qui concerne la rémunération des administrateurs salariés. Les éléments du contrat de travail de ces derniers devront-ils, au même titre que ceux des autres mandataires sociaux évoqués précédemment, être inclus dans la politique de rémunération? Leur rémunération sera-t-elle soumise de manière individuelle au vote des actionnaires?

La pratique sera certainement amenée à combler les lacunes de cette réforme dont l'enjeu est particulièrement important dans la mesure où il est courant (voire parfois obligatoire dans le cas des administrateurs salariés¹¹) de faire accéder les cadres clés des sociétés cotées à des fonctions de direction de celle-ci.



¹ Directive (UE) 2017/828 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 modifiant la directive 2007/36/CE

² Ordonnance n°2019-1234 du 27 novembre 2019 relative à la rémunération des mandataires sociaux des sociétés cotées et le décret n°2019-1235 du 27 novembre 2019 portant transposition de la directive (UE)

³ Telle qu'issue de la loi Sapin II

⁴ Il ne faudra en revanche pas s'attacher à cette numérotation puisque l'ordonnance n° 2020-1142 du 16 septembre 2020 portant création, au sein du Code de commerce, d'un chapitre relatif aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation les a recodifiés pour application dès le 1^{er} janvier 2021

⁵ Rappelons que si les conditions de cumul (non détaillées ici) ne sont pas remplies, le contrat de travail doit être suspendu pendant l'exécution du mandat voire résilié

⁶ Association nationale des sociétés par actions

⁷ Articles L.225-37 et L.225-37-3 du Code de commerce (textes en vigueur à la date de rédaction de l'article)

⁸ Comité juridique de l'Ansa n°20-004 du 8 janvier 2020

⁹ Comité juridique de l'Ansa n°17-017 du 5 avril 2017

¹⁰ Cf note 2

¹¹ Article L.225-27-1 du Code de commerce