

Allemagne : Quelques éléments sur la gouvernance des grandes entreprises allemandes

Résumé : Les grandes entreprises allemandes sont dotées d'une gouvernance dualiste, avec un directoire (Vorstand) chargé de la conduite des affaires, et un conseil de surveillance (Aufsichtsrat) chargé du contrôle de ce dernier, à la différence des grandes entreprises françaises reposant en majorité sur une structure moniste (conseil d'administration représenté par des mandataires sociaux).

L'organisation du directoire est très flexible et très largement réglé par le « contrat de directoire » et les statuts de la société. Même si c'est rarement le cas, un directoire n'a pas forcément de président, et le directoire peut être composé d'une seule personne. Le directoire permet généralement une très forte collégialité des décisions au plus haut niveau de la société, et transcrit en droit les habitudes managériales allemandes, avec des modalités de décisions souvent très collégiales à tous les niveaux. Les membres du directoire ne sont pas juridiquement salariés de l'entreprise, mais représentent les plus hauts postes opérationnels d'une société (et donc proche du DG / comité exécutif dans une SA française ou CEO et CxO / *executive committee* dans le référentiel anglo-saxon), et occupent sauf exception des fonctions à plein temps au sein de l'entreprise.

La gouvernance est toujours complétée pour les grandes entreprises par un conseil de surveillance, en charge du contrôle du directoire. Les conseils de surveillance allemands ont la particularité d'accorder un fort poids à la représentation des salariés dans les grandes entreprises, qui peuvent nommer autant de membres que les actionnaires. La loi impose également la participation de représentants syndicaux externes à l'entreprise (environ 1/3 des représentants des syndicats).

Le directoire

a. Prescriptions réglementaires

La loi allemande impose à toutes les sociétés par actions (*Aktiengesellschaft, AG*), et sociétés en commandite par actions (*Kommanditgesellschaft, KGaA*), **de se doter d'un organe de gouvernance appelé « Vorstand »**¹, dont le fonctionnement est comparable à celui du directoire en droit des sociétés français. Le nombre de sociétés par actions et de sociétés en commandite par actions est de l'ordre de 12 000 (dont 407 AG cotées en Allemagne). Les sociétés à responsabilité limitée allemandes (GmbH) leur sont donc largement préférées (1,15 M) pour les structures plus petites, et **les GmbH ne prévoient pas l'existence d'un organe de gouvernance du type « Vorstand »**, même s'il est possible d'en créer un dans les statuts de l'entreprise. Les AG et KGaA concernent essentiellement les entreprises de taille intermédiaire et les grandes entreprises.

¹ La base juridique de l'existence des Vorstände dans les AG et les KGaA est le [§ 76 Abs. 1 AktG](#).

Au-delà des prescriptions réglementaires, de nombreuses dispositions sur le fonctionnement du directoire peuvent être réglées par les statuts de l'entreprise ou au sein du « contrat de directoire ».

b. Rôle et responsabilité du directoire

Le directoire est investi d'un **pouvoir de gestion global de la société**. Tous les directoires ont en commun le **pouvoir de représentation de la société à l'extérieur** (que ce soit en justice ou dans les actes courants) et **de gestion interne de la société**. Le directoire est en particulier responsable de l'établissement de la comptabilité, des états financiers annuels, de la convocation des AG, ... Cette marge de manœuvre inclut également la prise délibérée de risques commerciaux. **Chaque membre du directoire est personnellement responsable auprès de la société de dommages qui résulteraient d'un manquement à ses obligations envers la société** (et en particulier un manquement à la diligence requise pour mener cette tâche).

Le directoire dispose d'un pouvoir extrêmement large dans la conduite de la société, et **ne peut recevoir de directives** de l'Assemblée Générale et du Conseil de Surveillance, même si ces organes de gouvernance doivent **valider certaines décisions stratégiques**.

Le directoire dispose donc d'un pouvoir étendu, confirmé par la jurisprudence, mais ses membres en sont également personnellement responsables en cas de faute commise dans l'exercice de leurs fonctions. Le directoire est peut tout à fait prendre des « risques entrepreneuriaux », tant qu'ils sont dans l'intérêt de l'entreprise et qu'ils ont été analysés de façon diligente sur la base des bonnes pratiques du secteur. A contrario, les membres du directoire peuvent être condamnés personnellement s'il est possible de montrer qu'ils ont consciemment sous-estimé des risques. Le membre du directoire peut être attaqué en justice par la société gérée, et la charge de la preuve incombe au membre du directoire, la société n'ayant qu'à démontrer le lien de causalité entre les actions du membre du directoire et les préjudices subis.

Une assurance peut être souscrite par la société pour se protéger contre d'éventuelles erreurs d'appréciation de l'un des membres du directoire, même si la démonstration de la faute reste difficile (cf ci-dessus). Une telle assurance² permet de limiter le risque porté par le membre du directoire, mais la loi de 2009 sur l'adéquation des rémunérations des directoires³ interdit que le risque résiduel pour le membre du directoire soit de moins de 10% du dommage subi, dans la limite d'1,5 fois sa rémunération fixe annuelle.

c. Organisation du directoire

La loi reste relativement peu prescriptive sur l'organisation du directoire. A titre d'exemple, il est parfois possible d'avoir un directoire composé d'un seul membre, même si la plupart des entreprises ont des directoires avec entre 3 et 10 membres. La loi prévoit un **système de gestion conjointe**, et la représentation de la société par tous les membres du directoire de façon égale. Il est **possible pour une société par actions d'avoir un président du directoire**, mais ceci ne doit effectivement pas constituer une entrave au principe de gestion conjointe. Si

² *D&O Versicherung – Directors and Officers Versicherung*

³ Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung

la plupart des sociétés allemandes sont dotées d'un « président du directoire »⁴, certaines sociétés par actions, en particulier dans le secteur bancaire, choisissent de désigner le membre ayant la position la plus élevée dans le directoire par le terme de « **porte-parole du directoire** »⁵, mettant ainsi en valeur une direction par un membre *primus inter pares*, devant s'appuyer sur des décisions collégiales. **La collégialité du directoire est par ailleurs un reflet des pratiques managériales allemandes**, qui apportent une importance très forte à l'adhésion des équipes avant de prendre les décisions, suite à une concertation, contrairement aux pratiques françaises, qui peuvent accommoder des décisions plus individuelles des managers, quitte éventuellement à revenir dessus, en contrepartie d'une plus grande rapidité du processus de décision.

Les entreprises déterminent librement la répartition des responsabilités au sein du directoire. Les grandes entreprises définissent un plan de répartition des tâches de gestion au sein du directoire. Plusieurs types d'organisation sont possibles. Par exemple, les membres du directoire (hormis le président) peuvent être nommés en tant que chef d'une des fonctions des entreprises, telles que : production, finances, personnel, ventes, achats ou chef d'une division de l'entreprise. Dans les très grandes entreprises présentes sur les marchés mondiaux, il est courant que les membres du directoire aient également en parallèle une responsabilité géographique sur les ventes.

Si une entreprise dispose de plus de 3 millions d'euros de capital social, le directoire doit être composé d'au moins deux personnes. Dans les grandes entreprises de plus de 2000 employés, selon la loi de la codétermination, le directoire doit également comprendre un DRH qui assume au moins les tâches de RH et qui est membre à part entière du directoire. Les membres du directoire peuvent également être actionnaires de la société (c'est d'ailleurs une pratique courante compte tenu des modes de rémunération des managers), mais il n'est pas possible d'être simultanément membre du conseil de surveillance et du directoire.

d. Statut des membres du directoire

Les membres du directoire ne sont pas des salariés au sens du droit du travail ou du droit social, mais leur travail n'est pas considéré comme indépendant de l'entreprise. Cela signifie que les revenus des membres du directoire :

- Sont soumis à l'impôt sur le revenu ;
- Ne sont pas soumis à l'impôt sur les sociétés ou à la TVA ;
- Ne sont pas soumis aux cotisations sociales.

Techniquement il peut exister un contrat de travail entre la société et le membre du directoire, mais cela n'en fait pas un salarié au sens du droit du travail. **De nombreuses obligations mutuelles entre le membre du directoire et la société sont réglées par le « contrat de directoire » ou d'autres contrats** : rémunération, conditions de cessation du contrat, congés, maladies, retraite, obligation de détenir des actions de la société, voiture de fonction, moyens mis à disposition par l'entreprise, interdiction de travailler pour d'autres entreprises, ... De facto, les conditions de travail des membres du directoire ressemblent à celles d'un salarié, même s'il

⁴ *Vorstandsvorsitzender*

⁵ *Vorstandssprecher*

existe des points généralement non couverts par le « contrat de directoire », tels que les congés maternité (ou parental).

Les membres du directoire sont **nommés pour une période maximale de 5 ans** avec possibilité de reconduction.

e. Rémunération

Le conseil de surveillance doit veiller⁶ à ce que les rémunérations⁷ du directoire restent en adéquation avec les missions remplies et la performance des différents membres du directoire, et ne dépassent pas la rémunération habituelle correspondant à une entreprise de ce secteur, de cette taille et dans une telle situation financière.

La loi sur les sociétés par action est complétée par une **loi sur l'adéquation des rémunérations des directoires, votée en 2009**, qui prévoit en particulier que :

- Le système de rémunération de l'entreprise soit **orienté vers le succès de l'entreprise à long-terme**. Les rémunérations sous forme d'options d'achat doivent donc être conservées au moins 4 ans ;
- Le conseil de surveillance est responsable de rémunérations inappropriées ;
- Les baisses de salaires peuvent être prévues en cas de dégradation de la situation de l'entreprise ;
- Sauf conditions particulières, le passage du directoire au conseil de surveillance n'est possible que deux ans après avoir cessé ses fonctions au directoire ;
- Les rémunérations perçues doivent être détaillées.

Les dispositions législatives sont complétées par **le code de gouvernance d'entreprises allemand⁸**. Ce code limite par exemple les indemnités de départ à deux fois la rémunération annuelle (au sens large - sauf en cas d'acquisition où le montant peut être de trois fois). Le code de gouvernance d'entreprises allemand prévoit également que les rémunérations des membres du directoire soient publiées dans un rapport annuel (sauf exceptions).

f. Parité au sein des directoires

Le ministère fédéral de la justice (BMJV) et le ministère fédéral de la famille, des seniors, des femmes et des jeunes (BMFSFJ) allemands ont publié le 6 janvier 2021 le **projet de loi⁹ relatif à l'égale participation des femmes aux postes de direction du secteur privé et de la fonction publique**.

Les entreprises **cotées en bourse** comptant plus de 2 000 employés (et donc en cogestion) et au moins quatre postes au directoire devront nommer au moins une femme en cas de renouvellement (la *Mitbestimmungsgesetz* est imposée aux entreprises de plus de 2 000 employés). Environ 70 entreprises, dont une trentaine n'ont actuellement pas de femmes au

⁶ Cf § 87 Abs. 1 AktG

⁷ Les rémunérations incluant tous les éléments liés au salaire, à d'éventuelles participations aux bénéfices, dédommagement au titre d'avantages sociaux ou en nature, droits de souscription préférentiels, ...

⁸ Corporate Governance Kodex – dont l'application est volontaire par les entreprises

⁹ *Gesetz zur Ergänzung und Änderung der Regelungen für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst*

Vorstand, seront concernées selon les ministères. Certaines des plus grandes entreprises allemandes sont dans le périmètre du projet de loi dont *Bosch* et *Volkswagen*, même si le nouveau dispositif de quota instauré ne touchera au final qu'un petit nombre d'entreprises.

Le conseil de surveillance

En plus du directoire, une société par actions (AG ou KGaA) doit légalement disposer de deux autres organes : **le conseil de surveillance** et **l'assemblée générale**. Pour les GmbH, un conseil de surveillance n'est obligatoire que dans certains cas, et en particulier pour les entreprises de plus de 500 salariés, étant tenue d'offrir une représentation des salariés au sein du conseil de surveillance.

Le conseil de surveillance est **en charge de la surveillance du directoire** dans les sociétés par actions. La **nomination** du directoire est par exemple effectuée par le conseil de surveillance. Le conseil de surveillance est en charge de la **vérification de l'établissement des états financiers** et de divers rapports. Le conseil de surveillance peut également conditionner certaines mesures relevant de la direction de l'entreprise à son accord.

Les conseils de surveillance des sociétés allemandes ont la particularité de faire fortement appel à des représentants des salariés. Les sociétés entre 500 et 2 000 salariés doivent offrir un tiers des sièges à des **représentants des salariés**, et dans des entreprises de plus de 2 000 salariés, il s'agit de **la moitié**. Par ailleurs, 2 (pour les conseils de surveillance de 12 personnes) ou 3 (pour les conseils de surveillance jusqu'à 20 personnes) représentants des salariés doivent être des représentants syndicaux qui ne sont **pas issus de l'entreprise**. Les autres sièges au conseil de surveillance sont pourvus par l'assemblée générale et représentent donc les actionnaires.

La rémunération des membres du conseil de surveillance sont des revenus non-salariés indépendants, généralement avec une composante fixe et une composante dépendant du nombre de participations à des conseils. Les salariés nommés par des syndicats adhérant à la confédération syndicale allemande (DGB – principale confédération syndicale allemande) reversent leurs jetons à la fondation Hans Böckler, proche des valeurs syndicales.

Le nombre de participations par une même personne est limité aux conseils de surveillance de surveillance de 10 entreprises différentes au maximum.

L'accès des femmes au conseil de surveillance a déjà été favorisé par une loi de 2016¹⁰, qui oblige les nouvelles nominations dans les entreprises cotées en bourse qui font l'objet de cogestion d'atteindre un **quota de femmes de 30%** au sein du conseil de surveillance.

¹⁰ Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst