

ADMINISTRATEUR INDÉPENDANT, ENJEUX ET DEVOIRS

Les règles de bonne gouvernance encouragent l'accueil de personnalités indépendantes au sein des conseils d'administration des PME.

Quels en sont les risques et les opportunités ?

Jeudi 13 novembre 2014

Maxime DELHOMME

Avocat au Barreau de Paris, administrateur de la CCEF

Julien GASBAOUI

Avocat au Barreau de Paris,
Docteur en droit, chargé d'enseignement à l'université d'Aix-Marseille

Guy FERRÉ

Administrateur de sociétés



De gauche à droite : Guy FERRÉ, Maxime DELHOMME, Julien GASBAOUI

André-Paul BAHUON : Mesdames et Messieurs. En raison des quelques festivités d'hier, les participants à la Convention venus hier après-midi ont du mal à trouver le chemin de l'école, et se réveillent tranquillement ce matin pour participer à cette nouvelle journée. Compte tenu des moments forts et dynamiques que nous connaissons au cours de cette matinée, je n'ai crainte de les voir arriver au fur et à mesure, ni sur l'éveil et l'attention de chacun, quant aux trois temps forts de la journée. Je souhaitais à nouveau remercier la présidente Carely de son accueil dans la Maison des Notaires. Je me réjouis, si cela était toutefois encore nécessaire, de voir que l'interprofessionnalité existe à la fois sur le terrain, et institutionnellement. Je me félicite de cette

coopération avec la Chambre des Notaires de Paris. Comme vous l'avez constaté, un certain nombre de documents vous ont été remis, et vous seront encore remis. J'attire particulièrement votre attention sur le document de la Revue Fiduciaire concernant le financement d'entreprise, établi par la Commission présidée par Jean-Christophe Busson, ainsi que sur le livre qui vous est aujourd'hui offert, écrit par Jean-Philippe Bidault, Si la banque m'était contée. J'accueille le président du CJEC, qui est le bienvenu parmi nous. En partant, malgré le beau temps, un parapluie vous attendra. Cela est toujours utile pour les temps d'hiver, et cela représente un signe supplémentaire de « protection » en ces temps difficiles.

Vous trouverez également un document sur le thème des SCPI, réalisé par la Commission présidée par Evelyne du Coudray. Je salue naturellement nos partenaires, AG2R La Mondiale, LCL et Interfimo, sans oublier Sage venu hier soir. Ces derniers témoignent de leur intérêt et de leur présence à nos côtés. Nous avons pris l'habitude d'adopter en leur compagnie une attitude de coopération, voire de coproduction, puisque nous cosignons un certain nombre de documents aujourd'hui. Cette matinée sera donc riche et diverse, mais dans le droit fil de cette Convention.

Nous avons, hier, mené une réflexion sur la valeur et le prix dans l'art, qui s'est poursuivie par une réflexion sur l'ensemble de la normalisation mondiale, pouvant s'appliquer à l'évaluation d'entreprise. Ces considérations se rapportaient ainsi au fonctionnement évaluatif et patrimonial. Nous entrons ce matin dans le sujet de la gouvernance d'entreprise, avec le rôle, les enjeux et les risques rencontrés par un administrateur indépendant au sein d'une PME. S'ensuivra un moment privilégié portant sur l'économie et l'Histoire, présenté par Jean-Philippe Bidault. Nous concluons cette matinée par une intervention préparée par Silvestre Tandeau de Marsac, sur le crowdfunding.

J'aimerais, à ce stade, remercier particulièrement Stéphane Bonifassi, maître d'œuvre de cette Convention, avec l'aide ponctuelle de Jean-Philippe Bidault. Je remercie également Jean-François Magat, qui nous a permis de passer un bon moment de convivialité autour d'un cocktail, ainsi que de profiter d'un excellent repas. Le choix du restaurant était tout à fait approprié, ce qui nous a permis de passer une très bonne soirée. Qu'ils soient remerciés tous les deux, nous pouvons les applaudir. J'en profite enfin pour saluer la présence du président de l'ANECS, qui nous avait déjà fait le plaisir d'être présent hier, dans l'après-midi.

Je propose à Maxime Delhomme de venir à la tribune, accompagné de Guy Ferré et de Julien Gasbaoui.

Maxime DELHOMME : J'étais assez dubitatif, d'un point de vue personnel, sur le premier sujet de cette matinée. J'ai été, pendant 10 ans, administrateur dans une grosse PME, et mon commissaire aux comptes était particulièrement fuyant, lorsque je me tournais vers lui. Mon expérience sur la question était donc assez difficile. Concernant la question des administrateurs indépendants, il me paraissait qu'un administrateur était tout sauf indépendant. Il est, tout d'abord, nommé par la majorité du capital. Cette question méritait, par conséquent, débat.

Il est nécessaire de rappeler le cadre juridique, ce que fera Julien Gasbaoui, mais également évoquer la dynamique des choses, ce que fera Guy Ferré, du fait de son expérience comme administrateur indépendant. Avant toute chose, je signale que ce dernier a commis un ouvrage, qui, outre son utilité intellectuelle, offre un vrai plaisir de lecture. L'éditeur est venu en apporter des exemplaires. Outre ses



Maxime DELHOMME

qualités littéraires, ce livre évoque de manière sous-jacente les questions de structure, que nous traiterons.

Pour traiter la question des administrateurs indépendants, il faut en revenir à la base capitaliste. Julien va maintenant nous aider à en redéfinir le cadre.

Julien GASBAOUI : Bonjour à tous. De même que Maxime, lorsque l'on m'a invité à participer à ce colloque sur l'administrateur indépendant, j'ai été dubitatif. Ce dernier m'a en effet indiqué qu'il s'agissait, pour moi, d'en établir le cadre juridique. J'étais, dans un premier temps, ravi, puis me suis rappelé que le dispositif législatif – je parle de dispositif légal, et non de soft law – encadrant l'administrateur indépendant se limitait en réalité à un seul article, visant indirectement l'administrateur indépendant. Il s'agit de l'article L. 823-19, à propos du comité d'audit. Ayant ajouté qu'il s'agissait de l'administrateur indépendant dans les PME, j'ai été confronté à une difficulté : aucun article du Code de Commerce, et de tout autre dispositif législatif ne vise l'administrateur dit « indépendant », puisque l'article L. 823-19 vise l'administrateur dans les sociétés cotées. Rien n'est donc précisé au sujet de l'administrateur indépendant.

Je devrais donc, en théorie, m'arrêter là. J'aurais néanmoins mauvaise grâce à le faire, puisque l'administrateur indépendant est avant tout un administrateur. Pour répondre à la question de Maxime, il est évidemment indépendant, et nommé directement ou indirectement par le capital. Me référant à l'article L. 823-19, transposable aux PME, il est nommé par le conseil d'administration, dont il fera partie. Ce conseil d'administration dépend lui-même

du capital. L'administrateur est-il donc indépendant ? Il l'est, mais reste dépendant du capital. Telle est ma réponse, d'un point de vue juridique.

Maxime DELHOMME : C'est donc une dépendance bien contrôlée. Concernant cette nomination, puisque nous parlons des administrateurs indépendants, j'ai, dans l'ouvrage précité, constaté qu'une possibilité de ruse existait pour se faire nommer, passant par l'utilisation du commissaire aux comptes. Pourrions-nous avoir, sur le plan tactique, idée de la manière de se faire nommer administrateur indépendant de façon détournée, afin de garder sa distance par rapport au capital ?

Guy FERRÉ : Je vais vous raconter trois histoires qui me concernent directement. La première est l'histoire d'un LBO qui démarre mal. Le fonds d'investissement appelle donc son consultant préféré – moi –, pour me parler du problème. J'arrive assez rapidement à la conclusion qu'il s'agit de positionnement stratégique, et nous procédons durant 3 mois à une révision stratégique, avec le management et les représentants du fonds. Trouvant le résultat sympathique, ils me demandent de venir en tant qu'« observer » aux boards mensuels pour vérifier que le travail réalisé est fidèle, et contrôler la mise en place. Quelques années plus tard, un administrateur s'en va, et l'on me demande si je souhaite devenir administrateur, ce que j'accepte. Mûrissant de leur côté, ils se mettent à souhaiter que le Président du board soit indépendant du management et du fonds, et me demandent de prendre cette posture. Comme vous le voyez, cette histoire dénote une mise en confiance croissante, et une progression dans le rôle joué.

Pour évoquer une seconde histoire, j'ai accompagné, au titre du réseau « Entreprendre », une start-up dans un domaine particulièrement technique, puisqu'il s'agit d'analyseurs de gaz en quantités infinitésimales, par un procédé laséro-acoustique. Au bout de 2 ans, à la fin de l'accompagnement, les



Guy FERRÉ

dirigeants, dont j'avais la confiance, me demandent si je souhaite venir à leur comité de surveillance. Je leur demande en retour de me présenter les statuts, point auquel je ne m'étais pas intéressé dans ma posture précédente. Les ayant consultés, j'accepte leur proposition, mais leur indique que je souhaite une véritable gouvernance. Soit il s'agit d'avoir un board comprenant une partie des dirigeants opérationnels et quelques administrateurs, tels que moi, soit il leur faut opter pour un modèle doté d'un directoire et d'un conseil de surveillance. Il n'était pas possible de demeurer dans le flou, avec un comité de surveillance composé de membres ayant des fonctions de direction. Ayant fait leur choix, nous avons clarifié les choses, et sommes allés chercher un administrateur « scientifique », car nous avons besoin de complémentarité au sein du board. Cette start-up est aujourd'hui en train de décoller, et a déjà internationalisé ses ventes. Cela se passe assez bien.

Le troisième exemple est tout à fait différent. Il s'agit d'une entreprise familiale de deuxième génération, dont le dirigeant s'adresse à une association dont je fais partie, nommée APIA – Administrateurs Professionnels Indépendants Associés –, pour trouver une personne extérieure à la famille. Nous lui présentons 3 ou 4 candidats, et je suis, au final, retenu. J'ai rencontré longuement ce dirigeant, et fait mes propres diligences. Ne réunissant pas son conseil de surveillance formellement, il s'agissait de clarifier les choses. N'ayant, par conséquent jamais convoqué les représentants du comité d'entreprise, il manquait, par ailleurs, à ses obligations légales. Enfin, ce dernier ne m'avait pas montré de projection de trésorerie, ce qui, compte tenu du reste de ses comptes, constituait un véritable sujet. Il s'agissait donc de mettre cela en place. J'ai finalement trouvé un accord avec ce dirigeant, et ai accepté le mandat.

Que faut-il retenir de ces histoires ? Il faut, en premier lieu, toujours créer la confiance, soit par un chemin commun assez long en général, soit par une médiation – vous avez parlé du commissaire aux comptes, mais je n'ai jamais été nommé sur l'avis d'un commissaire aux comptes –, soit du fait du devoir de diligence existant avant d'exécuter un mandat. Il faut, en effet, s'assurer que l'exercice du mandat sera possible.

Maxime DELHOMME : Je faisais référence à cet excellent ouvrage, dans lequel cette histoire était rapportée : le directeur financier d'une entreprise où, jusqu'à présent, le conseil ne respectait les bonnes pratiques que sur le papier, sait que sa proposition de faire venir un administrateur indépendant risque de ne pas être prise au sérieux s'il la présente. Il s'en est ainsi discrètement ouvert aux commissaires aux comptes, qui firent valoir que l'entrée d'un nouvel administrateur pourrait doper le cours de bourse. Ce n'est évidemment qu'une tactique, mais c'est néanmoins ce qui m'intéressait également par rapport au caractère indépendant de l'administrateur. Quelle est la tactique pour le faire entrer dans le jeu, et préserver son rôle ? Pour en arriver là, la question est : est-ce utile, ou seulement cosmétique ?

Julien GASBAOUI : Évidemment, les textes se gardent bien de dire que c'est utile ou cosmétique, puisqu'ils ne l'évoquent pas. Toutefois, le simple fait de viser un administrateur dit « indépendant » est un peu inquiétant, puisque cela postule tout de même que l'administrateur classique ne l'est pas. Cela confine à la tautologie, puisqu'un administrateur dépend certes de son assemblée générale, et du groupe qui l'a désigné au conseil d'administration, mais, une fois au conseil d'administration, il doit agir dans l'intérêt social, et seulement dans l'intérêt social. Il doit, par conséquent, être indépendant de ceux qui l'ont nommé. Il ne devrait donc pas y avoir de distinction juridique entre un administrateur classique et un administrateur indépendant.

Cela étant dit, je pense que la notion d'administrateur indépendant n'est pas cosmétique, mais demeure utile. Cela dépend naturellement de la définition donnée à la cosmétique, puisqu'elle est, pour certains, utile ! Toutefois, et plus sérieusement, l'idée est simple, il existe deux sortes d'indépendance : une indépendance subjective – celle que l'on a en soi, une volonté de faire les choses correctement et qui permet de faire fi de tout lien personnel avec le groupe qui nous a nommé –, puis une indépendance objective – à savoir l'absence de liens de quelque ordre que ce soit. L'indépendance objective signifie que les membres du conseil d'administration n'ont théoriquement aucun lien les uns avec les autres, que ce soit de parenté, ne détiennent pas d'actions, ne sont pas dépendants, par le fait d'avoir été d'anciens fournisseurs, n'ont pas été commissaires aux comptes.

J'en viens alors à la cosmétique. Cette idée d'administrateur indépendant est, au départ, réservée aux marchés financiers. L'administrateur indépendant, à cet égard, et parce qu'il présente des critères objectifs d'indépendance, pourrait rassurer les marchés. Ce dernier est, à mon sens, utile, mais également cosmétique...

Guy FERRÉ : Pour éclairer cette approche intéressante, entre la subjectivité et l'objectivité, nous pourrions commencer par revenir aux sujets qu'un conseil d'administration (ou de surveillance) doit traiter. Tout le monde s'accorde à dire qu'un conseil d'administration a 4 grands sujets à traiter. Le premier rassemble tout ce qui tourne autour de la stratégie, le second, ce qui se rapporte aux chiffres – plan, budget, trésorerie, publication des comptes –, le troisième, ce qui se rapporte à la conformité – notamment réglementaire –, et le quatrième, ce qui tourne autour des RH, et notamment des têtes opérationnelles de l'entreprise.

Prenons le sujet de la stratégie. Imaginez-vous dans une entreprise familiale de deuxième ou troisième génération. Mon expérience, largement partagée par mes collègues d'APIA, est que la spontanéité stratégique est un exercice assez rare. Cela signifie que, lorsque l'on commence à aiguïser les questions sur l'analyse concurrentielle, la réponse est : « nous savons ce que font nos concurrents, c'est d'ailleurs moins bien que ce que nous faisons ».



Julien GASBAOUI

Néanmoins, plus les questions s'affinent, plus la réponse est difficile, et en insistant pour savoir dans quoi les concurrents en question investissent, il devient clair qu'une analyse est nécessaire. Un administrateur, défini par Julien comme « objectivement indépendant », aura plus de facilité à questionner la famille sur ces sujets, que la cousine venant d'entrer au conseil, car sortant d'une école prestigieuse, ou que la belle-mère qui vient d'arriver, car la part de capital, ou l'équilibre familial justifient sa présence. Cela rend, évidemment, plus difficile ce genre de questionnement.

Pour prendre un second exemple. Dans un LBO – surtout dans les LBO d'inspiration anglo-saxonne –, les managers et les investisseurs sont présents au board mensuel. Or, ces derniers, par définition, ne peuvent se comprendre. Un investisseur n'a aucune expérience du management, et un manager pense comprendre l'investissement, ce qui est en général faux. Il existe donc un problème de langage. À la moindre tension, difficulté, ou révision dans le modèle, les choses se compliquent. À l'occasion d'une crise un peu sévère, ou spécifique à un marché, si vous vous retrouvez incapables de payer la dette, ce n'est pas le fonds qui vous sauvera, car il est impossible pour lui de s'engager dans la procédure, du point de vue de l'image. Le management ne s'y engagera pas davantage, car il n'y a pas été formé. L'objectivité de l'administrateur indépendant consiste précisément à s'y rendre, en mandat ad hoc. Il m'est arrivé de le faire, et, je peux vous le dire, cela nécessite beaucoup de courage.

Je pourrais vous donner d'autres exemples, si cela vous intéresse, mais le fait d'avoir créé une confiance par une collaboration, qui pourrait être interprétée

comme un manque d'indépendance, ne dispense pas, ou n'est pas antinomique avec ce que vous avez qualifié d'indépendance « subjective », à savoir la capacité, même avec les meilleurs amis du monde, de dire les choses posément, et de maintenir un questionnement sur ces sujets.

Maxime DELHOMME : Sur le plan du langage, nous savons que, dans tous les milieux, des susceptibilités existent. Il n'est pas facile de tenir le même discours à tout le monde. Peut-on parler librement à un conseil d'administration, du point de vue d'un administrateur indépendant ?

Guy FERRÉ : Il faut tout d'abord rappeler que cela n'est pas possible dans certaines situations. Au moment de faire ses diligences, avant d'accepter un mandat, la sagesse implique de se résoudre, si l'on estime ne pas pouvoir l'exercer pour des raisons diverses, à le refuser. La même sagesse suppose également de savoir démissionner lorsque vous ne pouvez plus exercer votre mandat. Insistant plusieurs fois sur un sujet, porté aux minutes, et en l'absence de réaction, il s'agit, ne serait-ce que par instinct de préservation de ses propres intérêts vis-à-vis des juges, de s'avouer incapable de résoudre le problème. Ces situations désagréables existent, et il faut être capable de dire « non ».

Dans la plupart des cas, cela se passe, heureusement, autrement. Ceux qui vous ont demandé de venir savent en théorie pourquoi ils vous demandent cela. Ils ont ressenti, même de manière plus ou moins confuse, la nécessité d'une forme de veille, de catalyse, de médiation, ou de vigilance. Il n'est pas exclu que le capital soit intelligent. C'est d'ailleurs lui qui vous fait roi. Sous un autre angle, j'aime l'expression d'« impertinence courtoise ». L'administrateur a, quelques fois, le rôle de « fou du roi ». Il doit questionner, ne pas hésiter à être impertinent, mais doit le faire de manière bienveillante. Ceux qui sont questionnés doivent comprendre que, dans son attitude, son ton, et sa manière d'interroger, il ne s'agit pas de gêner, de détruire, ou de créer des catastrophes. Son action doit être bienveillante, pour l'intérêt social.

Maxime DELHOMME : Il n'est, en effet, pas exclu que le capital soit intelligent. Cela pourrait, je pense, faire l'objet d'une journée complète. Cela représente d'ailleurs une forme de déception : il est censé être très intelligent. À propos du fou du roi, si tant est qu'il ait parlé librement, le rocher duquel il est précipité est vite atteint.

Julien GASBAOUI : La question est celle de la sanction. Révoquer un administrateur n'est pas procéder au licenciement d'un salarié. Il est probable que l'administrateur « minoritaire » qui parle librement et trop souvent soit privé de parole aux conseils d'administration suivant, tout simplement parce qu'il ne sera plus présent ! Il est, juridiquement, assez simple de révoquer un administrateur. C'est d'ailleurs la seule décision qui peut être prise en conseil d'administration,

sans avoir été préalablement inscrite à l'ordre du jour. Elle peut donc être brutale. C'est l'état du droit, mais je ne désespère pas que le cadre juridique laisse une marge de manœuvre importante, et je souscris aux propos qui ont été tenus.

Maxime DELHOMME : Nous allons passer de l'intelligence du capital, à celle de l'administrateur, car une question demeure : comment, en l'absence de diplômes ou de critères de sélection, imaginer être compétent ? Comment évalue-t-on soi-même sa compétence, et comment se regarder dans la glace avant de se présenter aux autres ?

Guy FERRÉ : J'ai un certain recul, car mes premiers mandats datent d'ily a plus de 25 ans. Je les ai d'ailleurs vécus dans un LBO de droit anglais. J'étais dirigeant d'une société française, et pour échapper à un rachat par un concurrent, nous avons décidé de racheter, avec des Anglais, la division qui nous employait. Je me suis retrouvé, au même instant, administrateur de ma société française, et administrateur au board de ma holding londonienne. Cela m'a fait un choc. Il y avait, d'un côté, une sorte de formalisme désuet des conseils – comme ils pouvaient être tenus il y a 25 ans en France –, avec des délégués syndicaux et des votes sans commentaires ; et de l'autre, des indépendants, des non exec directors, des discussions sur tous les sujets, balayant chaque mois les thèmes évoqués tout à l'heure. Nous en sortions en ayant avancé.

Ma formation a commencé à cet instant. Je constatais que nous avions un problème en France. J'ai néanmoins accepté des mandats sans être très compétent. J'ai rapidement compris qu'il me fallait apprendre, car il existait un engagement de responsabilité. Au début, il y a donc une tendance à accepter, sans trop se rendre compte de la responsabilité que nous prenons, et des vides de compétence que nous pouvons avoir. Il faut y prêter une attention croissante, car le droit évolue, et il est aujourd'hui possible d'être condamné par le seul fait de ne pas savoir démontrer sa compétence.

Julien GASBAOUI : Pour commencer, l'administrateur n'a pas à être compétent. Aucun texte ne l'y contraint, ou ne l'oblige à démontrer sa compétence. Il n'a pas, contrairement aux avocats ou aux professionnels du chiffre, de diplôme, ni, contrairement aux commissaires aux comptes ou aux experts-comptables, de formation particulière à suivre. En résumé, l'administrateur n'a ni à être compétent, ni indépendant. Ceci étant dit, la compétence est déjà un gage d'indépendance, et j'ose également espérer que les administrateurs ont des compétences, qu'ils soient autodidactes ou diplômés. Les administrateurs autodidactes ne sont pas moins efficaces que les administrateurs diplômés. Je ne plaide donc pas pour que les administrateurs aient des diplômes.

Encore faut-il qu'ils soient compétents, et je m'inquiète de la législation, non pas car elle n'a pas expressément prévu une compétence, mais,

car nous voyons parfois, en creux, certaines lacunes. J'en reviens à l'article L. 823-19, seul traitant de l'administrateur indépendant. Il fixe les règles d'élaboration d'un comité d'audit, censé avoir les compétences en matière comptable et financière. Je cite : « un membre, au moins, du comité doit présenter des compétences particulières en matière financière et comptable, et être indépendant ». C'est bien, mais ce n'est pas rassurant. J'aurais préféré que tous les membres du comité d'audit présentent des compétences en matière comptable et financière ! Tel est le premier point.



Le second point est celui de la responsabilité. Si vous n'êtes pas obligé d'être compétent, reste que le juge, a posteriori, va retracer l'histoire, et vous demander des comptes, pour éventuellement vous condamner. Je vais lire un attendu de principe d'un arrêt fondamental en matière de sanctions du conseil d'administration. Il s'agit d'une affaire connue, celle du Crédit Martiniquais. Tel est l'arrêt rendu le 30 mars 2010 : « commet une faute individuelle chacun des membres du conseil d'administration ou du directoire d'une société anonyme, qui, par son action ou son abstention, participe à la prise de décisions fautive de cet organe, sauf à démontrer qu'il s'est comporté en administrateur prudent, et diligent, notamment en s'opposant à cette décision ».

J'en reviens à ce que vous disiez au sujet de la démission. Je crois que, certes, il est possible, et, parfois, nécessaire de démissionner. Il faut toutefois

être très prudent quant aux modalités de démission. Avant de partir, il faut laisser la preuve d'une opposition ferme à ce conseil d'administration ayant pris une décision que vous auriez jugée contraire à l'intérêt social.

Maxime DELHOMME : Quant à cet attendu du Crédit Martiniquais – l'affaire est toujours en cours, et risque de le rester pour une certaine période – il faut, je crois, distinguer l'attendu de principe et le traitement concret. Le juge ne va pas s'ériger en « arbitre des élégances », comme on dit dans certains autres secteurs de la jurisprudence. La Cour de cassation remet l'église au milieu du village. Par définition, la gouvernance est collective, et, dès le moment où vous faites partie d'un organe collectif, chacun est individuellement responsable. Chacun est individuellement compétent, mais ces compétences peuvent également se partager. Il existe, par la suite, une discussion éventuelle, et la question sera de savoir quel est le niveau d'exigence.

Il s'agissait, dans le cas présent, de comptes dont la fausseté est discutée, et mal documentée. Cela pose donc une limite. L'idée de la compétence n'est pas une idée abstraite par rapport à un diplôme ou autre. Il s'agit de la question du parcours. Il faut donc se poser cette question en amont. Certains administrateurs peuvent avoir du mal à démontrer leur compétence, mais ceux qui viennent au titre d'une indépendance n'auront-ils pas à faire la démonstration d'une pugnacité supérieure aux autres ?

Guy FERRÉ : Certaines personnes se préoccupent de la formation des administrateurs. J'aimerais citer deux ou trois expériences qui me semblent intéressantes.

La première a été exposée publiquement. L'entreprise familiale Thuasne a mis en place un conseil « bis », dans lequel sont placés les jeunes de la famille. Les mêmes dossiers, les mêmes sujets, et le même ordre du jour leur sont soumis. Cela n'a évidemment pas d'impact décisionnel sur la société, mais, grâce à ce conseil « fantôme », les jeunes apprennent à traiter de ces questions, bénéficiant, en outre, du résultat des décisions prises par le « véritable » conseil d'administration.

Une seconde expérience intéressante est la certification mise en place par l'IFA – Institut Français des Administrateurs – avec lequel APIA coopère, puisque nous assurons le module « PME », qui est un parcours long, en lien avec l'Université Canadienne, et Sciences-Po.

Troisième exemple : Chez APIA, nous mettons en place des autoformations inspirées de cas vécus par nos membres, sur des sujets aussi variés que le comité des risques, la méthode stratégique, l'élaboration de la décision, ou les sanctions du dirigeant. Nous nous formons, entre nous, à mieux travailler en conseil, et à mieux comprendre les responsabilités et les outils à notre disposition.

Il est, je pense, utile de caractériser la compétence. Nous apprenons chaque jour. Nous sommes, tout

d'abord, débutants, pouvant commettre des erreurs. Il existe, selon moi, quatre domaines importants dans la compétence de l'administrateur.

Le premier est de comprendre les basiques du fonctionnement d'un conseil, savoir qui élit qui, et comment se passent les votes. Beaucoup de gens croient encore à une proportionnalité des votes aux actions représentées. Or, cela a toujours été : un administrateur, une voix. Ces basiques doivent être connus, et compris.

Le second aspect est la compétence technique sur les sujets que j'évoquais précédemment, à savoir : l'analyse stratégique, le questionnement stratégique, le chiffre, les RH, et la conformité. Le fait d'avoir été dirigeant aide sur ces sujets. Chez APIA, nous ne cooptons d'ailleurs que d'anciens dirigeants, en tant que membres. C'est là, selon nous, que se creuse l'expérience nécessaire, pour voir émerger de bons administrateurs.

Troisièmement, les fonds s'attachent à trouver des gens du secteur. Cela ne me semble pas justifier d'une compétence importante. La compétence importante renvoie aux problématiques liées à une situation particulière. Parlant de ma propre situation, je pense avoir une expertise dans les PME manufacturières, et n'accepterais jamais un mandat dans la banque, la grande distribution, l'assurance, le BtoC, ou les utilities. Je ne comprends pas ces problématiques, et n'ai pas les réflexes adaptés. Je préfère exercer mes talents là où les choses m'apparaissent, en grande partie, évidentes.

Il y a, enfin, l'aspect de l'intelligence relationnelle. Cela s'apprend avec l'âge, mais la capacité à faire passer des questions, et à obtenir des réponses se traduisant en action, est certainement un talent essentiel de l'administrateur.

Maxime DELHOMME : Par rapport aux questions stratégiques d'aujourd'hui, nous sommes dans un monde où la « tectonique des plaques » de la mondialisation, du commerce, ou de l'arrivée du numérique oblige souvent un certain nombre

d'entreprises, surtout de deuxième ou troisième génération, à revoir complètement leur modèle. Il existe alors une prise de risque, des propositions faites par le management ou des capitaux extérieurs. Comment réaliser cette évaluation ? J'en reviens à la notion basique de l'intérêt social, au sens du juriste, et sur le plan de la stratégie. Comment se comporter face au chef de file du capital majoritaire, en plein accès de mégalomanie ?

Guy FERRÉ : Quant à la question spécifique de la digitalisation du monde, il est clair que cela nous concerne tous. Un administrateur qui ne questionnerait pas les dirigeants sur les changements que cela implique sur leur « business model » faillirait à sa tâche. Ce sujet fait l'objet d'un nombre conséquent de travaux dans les conseils.

La question de l'intérêt social est intéressante. À la fin de l'année dernière, nous nous sommes, chez APIA, interrogés sur la manière dont les gens en parlaient, et, ce faisant, sur la bonne compréhension de ce sujet par tout un chacun. Nous avons ainsi monté un groupe de travail, mené par moi-même. Nous avons la chance de compter, parmi nos partenaires, un excellent avocat. Ce dernier a participé à ces travaux, et a, de surcroît, fait venir un professeur de droit émérite. Parmi les mauvaises ou bonnes raisons pour lesquelles un administrateur peut rencontrer des problèmes au nom de l'intérêt social, nous avons mis en exergue que ce dernier n'est pas défini par la loi, mais qu'un certain nombre de juges s'y rapporte pour mettre des administrateurs à l'amende. Nous devons naturellement lister tous les risques et toutes les questions. Néanmoins, ne pourrions-nous pas faire de l'intérêt social un argument positif dans le travail de l'administrateur ? Observant les motifs pour lesquels un administrateur peut être condamné, et retournant ces motifs comme mobiles d'action positive, peut-être pourrions-nous parvenir à quelque chose. Nous sommes, in fine, arrivés à la conclusion que, devant des décisions compliquées, l'administrateur devait se poser 4 questions. Cela est en cours de test, mais je vous le livre tel que nous l'avons provisoirement figé.





Ces questions sont :

À court terme, à moyen terme ou à long terme,

- 1) en quoi la décision que je vais prendre favorise-t-elle ou met-elle à risque la pérennité de l'entreprise ?
- 2) En quoi cette décision sert-elle l'intérêt des associés, des actionnaires ?
- 3) En quoi cette décision affecte-t-elle ou contribue-t-elle au projet d'entreprise, et, en particulier, aux rapports entre l'institution et le corps social ?
- 4) En quoi cette décision crée-t-elle de la valeur pour les autres parties prenantes ?

Lorsque vous examinez la jurisprudence, ces 4 sujets reflètent ceux pour lesquels un administrateur peut être condamné. Il aura pris une décision fatale à l'entreprise, ou aura poursuivi des actions en ce sens. Il aura mal servi l'intérêt des associés, ce qui renvoie au sujet des minoritaires. Il aura « agressé » le corps social. Enfin, il aura mal servi les autres parties prenantes. Nous voyons donc l'intérêt social en versant négatif et positif. Il s'agit certainement d'une matière que la doctrine devra continuer à creuser, pour échapper à l'absence de définition.

Maxime DELHOMME : Cette question de la définition de ce que tout le monde comprend, mais n'arrive pas à formuler, me rappelle systématiquement cette boutade d'un juge de la Cour Suprême des États-Unis. Ce dernier disait : « je ne suis pas capable de définir une obscénité, mais, lorsque j'en vois une, je sais que c'en est une ». Cela pourrait être applicable à l'intérêt social, non ?

Julien GASBAOUI : Je souscris à tout ce qui a été dit, à ceci près que chacun a sa conception de l'obscénité, comme chacun a sa conception de l'intérêt social. C'est tout le problème. Vous disiez que l'intérêt social avait donné lieu à de nombreux écrits, et que nous devions continuer à creuser. Le problème est que nous creusons dans tous les sens. Certains ont affirmé que l'intérêt social était la « boussole » de l'entreprise. D'autres ont répondu : « nous ne savons pas où est le nord ». Cette boussole est donc inutile. Pour certains, l'intérêt social est celui des actionnaires, et seulement des actionnaires.

Il permettrait donc uniquement de faire en sorte que les actions prennent de la valeur. D'autres ont affirmé, au contraire, que l'intérêt social était beaucoup plus noble, et transcendait les intérêts de toutes les parties prenantes. Cet intérêt convergerait donc entre salariés, fournisseurs, dirigeants et actionnaires. D'autres sont allés plus loin, en assimilant intérêt social et intérêt public. La société commerciale aurait des obligations vis-à-vis de la société, et notamment de l'environnement.

L'intérêt social est, par conséquent, une notion fuyante, qui se concrétise malheureusement davantage dans les cas négatifs. Nous ne savons pas ce qu'est l'intérêt social, mais nous savons, a posteriori, ce qu'il n'est pas. Il existe deux axes de réflexion en jurisprudence : l'axe civil, avec l'abus de majorité, de minorité ou d'égalité, et l'axe pénal, plus spectaculaire, avec l'abus de biens sociaux. Celui-ci est une infraction bien connue du grand public. Il y a les détournements simples, consistant à piller les caisses sociales, sans justificatif et en dissimulant ses actions aux actionnaires. Dans ces cas, la question de l'intérêt social n'est pas discutable. En revanche, elle se discute davantage dans d'autres cas.

J'en choisirai deux. Le premier est la question de la formalisation d'une décision. Ces décisions sont rares, mais des juges du fonds ont déjà condamné pour des raisons formelles. En l'espèce, il s'agissait d'une SARL. Néanmoins, la décision est, à mon sens, transposable, et peut-être davantage fondée s'agissant d'une SA avec un conseil d'administration. La décision est discutable, car la contrepartie de la prestation – à savoir le prix du travail fourni par le dirigeant – n'était pas discutée. Nous étions, dans cette affaire, face à un dirigeant qui avait travaillé, et à une rémunération correspondant bien au service rendu. Il s'agissait toutefois d'une SARL familiale, et rien n'avait été formalisé. Une Cour d'appel a pu condamner sur ce seul fondement, en considérant qu'il était contraire à l'intérêt social de ne pas formaliser les choses. Il s'agit d'un premier point de discussion entre un juriste et un administrateur, hors des considérations juridiques.

À l'inverse, il est possible de citer des cas d'abus de bien sociaux, lorsque, formellement, tout est parfait. Le conseil d'administration s'est effectivement réuni, a débattu, et le juge vient, a posteriori, dire : « je me substitue à votre analyse, et considère que la décision prise – bien que prise par un conseil d'administration réuni, convoqué et désigné dans les formes – est contraire à l'intérêt social ». Il s'agit souvent d'un point de cristallisation par rapport à la rémunération des dirigeants, et le juge mettra en balance l'importance du service rendu, et celle de la rémunération. J'ai en tête une décision particulièrement sévère. Il s'agissait d'un dirigeant percevant une rémunération de 10 000 euros par mois en 2000. La situation de la société s'est dégradée année après année, et le dirigeant s'est bien gardé de diminuer sa rémunération. Une Cour d'appel l'a condamné pour abus de biens sociaux, au motif qu'il n'a pas su réagir face à la dégradation de sa société, en diminuant sa rémunération. Il s'agit d'une décision sévère, discutable, mais non sans fondement économique.

De même – et il s'agit là d'une décision plus connue, que je citerai à titre anecdotique – lors de l'affaire Vinci, la rémunération du PDG avait été considérée comme excessive. De surcroît, avant de prononcer la condamnation, les juges avaient bien pris soin de vérifier que cette rémunération excessive était, certes, formellement justifiée, mais que le PDG avait composé le conseil d'administration et le comité de rémunération à sa guise. Il avait, autrement dit, pensé et élaboré une stratégie en vue de fixer sa propre rémunération. In fine, il n'a pas été condamné pour abus de biens sociaux, mais pour abus de pouvoir. Autrement dit, il n'a pas détourné les biens de sa société, mais usé de son pouvoir dans un sens contraire à l'intérêt social.

Pour clore sur ce sujet, nous pourrions évoquer les abus au plan civil. Un abus a déjà été condamné pour une mise en réserve systématique, au moment de l'affectation des résultats. Paradoxalement, il a été considéré que mettre en réserve, pour la société, un montant excessif, et préserver l'avenir de manière exagérée pouvait être contraire à l'intérêt social. Cela est discutable. Il a été constaté que les majoritaires avaient d'autres sources de rémunération, et, à force de mettre en réserve, ils privaient les minoritaires de dividendes, dont ces minoritaires avaient, eux, besoin.

Maxime DELHOMME : Certains sujets nécessitent des débats beaucoup plus étendus. La question de l'envolée des rémunérations dans le monde contemporain en laisse certains, dont moi, extrêmement perplexes. Je n'avais pas perçu que ceux qui bénéficiaient des salaires que nous avons connus pendant les Trente Glorieuses, ayant créé les grandes entreprises françaises d'aujourd'hui, et partis à la retraite avec une rémunération standard, avaient démerité par rapport à des gens qui ont surtout su maîtriser le show, et partent avec des sommes qui ne choquent pas seulement le citoyen de base.

Nous percevons d'ailleurs certaines évolutions. Traditionnellement, les conseils d'administration

étaient uniquement composés d'hommes. La Présidente, Agnès Bricard, m'a envoyé une étude de 2014 indiquant que la présence de femmes améliorait la performance des conseils d'administration. En tant que membre d'une association promouvant les administrateurs indépendants, comment assurer une représentation équilibrée entre hommes et femmes au sein des conseils d'administration ?

Guy FERRÉ : À titre personnel, je ne fais aucune différence entre hommes et femmes, vieux et jeunes, français ou américains. Ce n'est, pour moi, pas un sujet. Le politique s'en est saisi, et trouve judicieux de faire des quotas. Je trouve, pour ma part, cela absurde d'une manière générale. Si nous prenons cet exemple spécifique, le fait d'être une femme ne rend pas compétente ou performante, tout comme le fait d'être un homme ne rend pas compétent ou performant. Il s'agit donc, pour moi, d'un faux problème. J'observe néanmoins que, lorsque j'ai fait entrer une femme dans le comité de direction d'une société que je dirigeais, la paillardise de cour de récréation a été éliminée, et nous avons travaillé sur nos sujets de manière beaucoup plus sérieuse.

En tant que partner chez Bossard Consultant, je ne prenais que des femmes sur mes missions, car les femmes sont travailleuses, fidèles et méticuleuses, tandis que les hommes oublient de se lever, ainsi que leur programme de travail. Nous avons tous des enfants, et nous savons à quel âge les garçons et les filles se mettent à travailler. Ce sont des données de la nature. Je fais, personnellement, partie d'un conseil de surveillance comptant deux femmes. Cela se passe très bien. Je fais aussi partie de conseils où ne siègent que des hommes, et où cela se passe également très bien. Il s'agit, pour moi, d'un non-sujet.

Maxime DELHOMME : C'est, je pense, un sujet parmi d'autres.

Julien GASBAOUI : Pour conclure, et faire le lien entre l'intérêt social et les femmes, les femmes auront le dernier mot s'agissant d'intérêt social ! Pour le comprendre, il suffit de fréquenter les audiences correctionnelles, les facultés de droit, et, surtout, l'ENM. L'École Nationale de la Magistrature compte près de 80 % de femmes. Les magistrats sont et surtout seront désormais des magistrates ! Elles auront donc le dernier mot.

André-Paul BAHUON : J'aimerais que vous applaudissiez bien fort nos intervenants. D'après mon expérience en tant qu'administrateur, je ne suis pas non plus certain qu'il y ait lieu de faire des quotas, ni de distinguer hommes et femmes, blancs, noirs ou jaunes. Cet échange est tout à fait intéressant. Comme vous le disiez, M. Ferré, il s'agit avant tout de reconnaître son seuil de compétence, d'adapter, éventuellement, ce dernier aux enjeux de responsabilité que constitue la participation à un conseil d'administration, et de s'astreindre à avoir un véritable engagement dans son conseil d'administration.



Agnès BRICARD

Je prenais récemment à partie un représentant de l'AFEP. Ce dernier disait qu'en définitive, les administrateurs dans les groupes ou les PME n'avaient que très peu de pouvoir, et qu'il revenait au directeur financier de préparer les ordres du jour, et de faire avancer un certain nombre de choses, et à la direction des ressources humaines de présenter certains sujets. Le président était là pour amalgamer et leur donner raison, et les administrateurs n'avaient rien à y redire. Je me suis permis, devant la Chancellerie, de lui expliquer que la réalité n'était pas tout à fait celle-là, et que, si telle était l'image que nous voulions donner des conseils d'administration en France, des réformes étaient à initier au sein de l'AFEP, puisqu'il ne s'agissait vraisemblablement pas du rôle que nous souhaitions jouer au sein d'un conseil d'administration.

Merci, cet apport était tout à fait intéressant.

Agnès BRICARD : J'aimerais réagir quant au rôle de l'administrateur indépendant et à la position des femmes dans les conseils d'administration. Je souhaite rappeler que la désignation comme administrateur reposait, anciennement, sur un système de cooptation. Cela ne se passe plus tout à fait comme cela. L'ouverture de l'IFA aux énarques l'a démontré. Il a été constaté que la professionnalisation du statut d'administrateur était essentielle, au lieu de la cooptation, et la démonstration est la même concernant les femmes. Les comportements se modifient, et nous assistons à une mise à niveau par des compétences avec des profils diversifiés, favorisant la modernisation de nos entreprises. Celle-ci entraîne, à son tour, la compétitivité.

Telle est la raison pour laquelle cette loi des quotas pour les femmes est aujourd'hui inscrite dans le monde privé, comme dans le monde public. Comme vous le savez, la loi Sauvadet a fait en sorte qu'à l'heure actuelle, la nomination d'un directeur

général fait l'objet d'une short list, sur laquelle figure au moins une femme. Or, le profil de la femme est aujourd'hui systématiquement choisi, pour sa compétence plus élevée. Cette mise à niveau est essentielle pour la modernisation.

Maxime DELHOMME : Clairement, certains sujets sont plus difficiles que d'autres à explorer. C'est l'intérêt de la CCEF, où nous pouvons parler, venant d'horizons professionnels différents, et débattre. Il est vrai que nous assistons à une mutation considérable sur ce plan. Cela n'est pas tout à fait simple à comprendre et à accepter. Il est certainement nécessaire que nous en reparlions.

André-Paul BAHUON : Merci Maxime. Tu poses le problème de l'évolution sociétale, au sens global du terme. L'observation d'Agnès s'inscrit dans ce cadre. Les civilisations changent, et l'état des rapports humains également. Cela est évident. Il ne faut donc pas tenir compte d'effets de mode, mais de marches à passer. Peut-être est-il parfois nécessaire de disposer d'un support juridique de ce point de vue. Merci de l'avoir rappelé, et de ton action particulière au bénéfice de la reconnaissance des femmes dans les conseils d'administration. La CCEF est un lieu permettant de rappeler les actions menées sur ce plan. ■



Lionel CANIS, Véronique HERGUIDO-LAFARGUE