

Table des matières

Introduction	p.3
I. L'administrateur, acteur de la performance financière de l'entreprise	p.13
A. Les fondements historiques et conceptuels des sociétés commerciales modernes	p.13
B. L'exigence d'un administrateur compétent	p.21
C. Droits de l'administrateur et performance économique	p.27
I. L'administrateur, acteur politique de l'entreprise	p.37
A. Un rôle d'intermédiaire entre certaines parties prenantes et l'exécutif	p.37
B. L'administrateur et la conduite de la société	p.48
C. L'écueil du « tout éthique »	p.55
Bibliographie	p.60

Introduction

1.- Peu de mandats tels que le mandat d'administrateur auront autant vu de mutations au cours de l'histoire. Ainsi, fin XVIIIe - début XIXe siècle, le conseil d'administration représente-t-il seulement ceux des actionnaires qui détiennent le plus grand nombre d'actions¹, au point de conduire la Banque de France à exiger la possession individuelle minimale de 30 actions pour figurer au conseil. A la même époque s'esquisse une distinction entre conseil d'administration, représentant les actionnaires les plus importants, et conseil de direction, rassemblant les gestionnaires des sociétés, comme dans la Compagnie des Indes². Au fil du temps et de la législation, la place du conseil d'administration dans les sociétés de personnes, puis de capitaux oscille entre l'exercice effectif du pouvoir de direction, et le rôle plus restreint de supervision des actes de la direction générale. Une tendance est néanmoins continue : la disparition de l'obligation pour l'administrateur d'être actionnaire de la société pour laquelle il détient un mandat.³

2.- Depuis le début des années 2000 et la loi dite sur les « Nouvelles Régulations de l'Entreprise » (NRE), le conseil d'administration et l'administrateur ont perdu les pouvoirs de direction qu'ils avaient auparavant pour se voir accorder un pouvoir d'information, de détermination des grandes orientations de la société, et le pouvoir de se saisir de toute question intéressant la bonne marche de la société.⁴ Désormais, la fonction de « Président-Directeur Général » est scindée en deux, ce qui autorise une répartition soit associée, soit dissociée, suivant que cette scission ait été adoptée par les sociétés concernées.

3.- En dépit de cette perte de pouvoirs de direction, l'administrateur conserve encore quelques prérogatives du fait de son pouvoir d'information, quoique limité par le filtre du président du conseil d'administration, et par ceux de l'abus et de la confidentialité. En outre, le pouvoir par l'administrateur de déterminer les grandes orientations de la société entraîne quelques

¹ Ainsi, la Banque de France exigeait la possession individuelle minimale de 30 actions pour figurer au conseil.

² Romuald Szramkiewicz, *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, coll. Domat/Droit privé, Cahors 1989

³ Loi de *Modernisation de l'Economie* n°2008-776 du 4 août 2008

⁴ Loi sur les *Nouvelles Régulations Economiques*, n° 2001-420 du 15 mai 2001

empiètements sur les pouvoirs du Directeur Général qui lui, conserve la mainmise sur la gestion courante de la société. On constate donc que le balancier semble incliner toujours plus nettement vers la vision d'un administrateur détenteur d'un pouvoir de supervision et de contrôle.

4.- A la suite de la loi *NRE*, d'autres lois ont suivi, portant notamment sur le cumul des mandats, la rémunération et la diversité dans les conseils d'administration. Ces lois, depuis le début des années 2000, semblent chercher à responsabiliser l'administrateur, et une jurisprudence récente admet la mise en cause de la responsabilité de l'administrateur qui approuve ou marque insuffisamment sa désapprobation vis-à-vis d'informations fausses. Le développement de la responsabilisation de l'administrateur porterait à la fois sur sa responsabilité juridique, et sur sa responsabilité extra-juridique, « déontologique ».

5.- Cette mise en lumière de la responsabilité extra-juridique est portée par ce qu'on appelle la « *corporate governance* », branche hybride du droit des sociétés et des sciences de gestion dont les pères sont Berle et Mean en 1932⁵. Ceux-ci ont les premiers mis en lumière la dissociation croissante entre la propriété du capital et l'exercice du pouvoir dans l'entreprise, dès lors notamment, que la société est introduite à la cote et fait appel à des capitaux anonymes dont les détenteurs ne sont pas directement associés à la gestion de l'entreprise.

6.- Discipline protéiforme et terme difficilement traduisible⁶, la « *corporate governance* » ou « gouvernement d'entreprise » vise à proposer des modes de dévolution et d'exercice des pouvoirs et des responsabilités dans les sociétés cotées, et malgré son appareil théorique, la « *corporate governance* » reste soumise aux développements de l'actualité. Si dans les années 1970-1980 le débat portait principalement sur la responsabilité des dirigeants en matière civile ou pénale, ou encore en matière d'Offre Publique d'Achat (OPA), les années 1980-1990 ont vu la croissance du capitalisme collectif, c'est-à-dire l'importance grandissante de la dissociation entre la propriété du capital et la gestion du capital via les fonds d'investissement. Selon Bissara, c'est la crise financière de 1987 qui a eu pour effet de pousser les gestionnaires d'actif à intervenir dans le débat sur la « *corporate governance* » pour y trouver un moyen de

⁵ *The Modern Corporation and Private Property*; James Burnham, *L'ère des organisateurs* (1947); Galbraith, *Le nouvel état industriel* (1968).

⁶ Philippe Bissara, *Les véritables enjeux du débat sur le « gouvernement de l'entreprise »*, Rev. Sociétés (1) janv.-mars 1998

sécuriser leur responsabilité civile et pénale vis-à-vis de leurs mandants, et vis-à-vis des sociétés dans lesquelles ils investissaient. Le mouvement de la « *corporate governance* » s'est ainsi développé à partir de la fin des années 1990 avec la floraison de divers rapports, Cadbury (1994) au Royaume-Uni, Dey (1994) au Canada, Vienot (1995) en France.

7.- Or ces principes de gouvernement d'entreprise se sont développés avec pour caractéristique la prévention de la mise en cause de la responsabilité des dirigeants, marquée par un grand formalisme destiné à démontrer le souci des dirigeants d'accomplir leur mission. A l'inverse, les gestionnaires d'actifs ont eu à rendre compte de la qualité de leur gestion et de l'accomplissement de leurs devoirs d'actionnaires dans les sociétés où ils ont investi. Dans le même temps, la place grandissante du capitalisme collectif au sein des marchés financiers a permis aux gestionnaires d'actifs de devenir les opérateurs boursiers dominants et de faire valoir leurs vues en matière de gouvernance d'entreprise aux sociétés dont ils sont actionnaires. Leur vision de la gouvernance, selon les termes de Philippe Bissara est la suivante : « primauté de l'actionnaire sur les dirigeants, subordination de la gestion de l'entreprise à l'intérêt de l'actionnaire ; en cas de conflit d'intérêt, prépondérance de l'intérêt de l'actionnaire »⁷.

8.- Ces idées ont conduit les conseils d'administration français et étrangers à introduire une meilleure représentativité de l'actionnariat, et à s'assurer de la compétence et de l'indépendance des administrateurs. En outre, des exigences toujours plus pressantes en matière d'information et de transparence et de rigueur comptable ont vu le jour, de façon à émettre une information de meilleure qualité, propre à assurer la confiance des opérateurs des marchés⁸. Les acteurs de ces transformations ont été le Législateur, les organismes patronaux et autres associations professionnelles, et enfin les acteurs eux-mêmes, faisant de la « *corporate governance* » un ensemble de lois et de codes déontologiques.

9.- L'administrateur a donc un rôle central en matière de gouvernement d'entreprise puisque les quinze dernières années ont mis en exergue la nécessité pour lui d'être compétent et indépendant. Bien que la loi NRE l'ait privé de son pouvoir de direction, il est directement concerné par les développements de la « *corporate governance* » en ce sens qu'il établit avec

⁷ Ibid. p.13

⁸ Michel Germain, avec le concours de Véronique Magnier, *Traité de droit commercial* G. Ripert R. Roblot, tome 1 volume 2 « *Les sociétés commerciales* », n°2174

le conseil d'administration le rapport annuel, quitte à ce que sa responsabilité soit engagée en cas de négligence ou même de faute. L'information étant un élément clef du fonctionnement du marché, l'administrateur, par sa fonction de supervision, est une pièce maîtresse dans l'organisation de l'entreprise, et sa position de relais entre l'assemblée des actionnaires et le Directeur Général, dans le cadre d'une société à conseil d'administration, lui donne une possibilité particulière d'apprécier les orientations de la société qu'il administre.

10.- En dépit de ces principes et de leur promotion, la crise financière de 2008 n'a pas évité un certain nombre de défaillance, mettant en évidence le fait que la « *corporate governance* » repose avant tout sur le bon vouloir de ses acteurs, qui restent libres d'adopter une posture purement formelle et publicitaire, ou d'en appliquer résolument les principes. En outre, diverses études parmi lesquelles celles de David Thesmar ont montré que si la « *corporate governance* » accroît les chances de succès d'une entreprise, l'incertitude prévaut sur la question de l'efficacité réelle de cette discipline.

11.- A cet égard la crise actuelle met en lumière les limites du gouvernement d'entreprise. Cette crise tire son origine de l'éclatement de bulles de prix, notamment la bulle immobilière américaine et des pertes des établissements financiers du fait de la crise des *subprimes*. Les débuts prospères des années 2000 ont entraîné l'augmentation de crédit à des conditions souples, et ont eu pour effet d'encourager les ménages à s'endetter par des prêts à la consommation s'exprimant notamment dans l'acquisition à crédit de biens immobiliers. Pour faire face au risque d'insolvabilité des ménages modestes, les banques ont transformé les créances qu'elles détenaient en titres afin de diluer sur les marchés l'effet potentiellement dévastateur d'une insolvabilité de leurs débiteurs. Ces produits rémunérateurs mais à hauts risques ont attiré les investisseurs, confiants dans le climat économique favorable d'alors.

12.- Le climat économique s'est gâté en 2006 aux Etats-Unis, entraînant du coup une diminution des crédits immobiliers et le défaut de paiement de certains ménages. De fil en aiguille, les effets de l'insolvabilité des ménages surendettés ont entraîné l'effondrement des produits titrisés dont les *subprimes*, puis tous les produits financiers, et la dépréciation des actifs. Cette crise financière a eu pour résultat en 2008 une dépréciation de la note des produits financiers à hauts risques par les agences de notation, ensuite, une crise du financement des établissements possédant ces produits. Ce mouvement de défiance s'est

étendu aux banques qui avaient repris dans leur bilan les produits de leurs clients⁹. Enregistrés comptablement à leur valeur de marché, ces actifs ont vu leur valeur s'effondrer, provoquant le retrait des investisseurs et l'enclenchement d'un cercle vicieux entre crise des liquidités et baisse de la valorisation.

13.- La crise bancaire qui s'est ensuivi a eu pour effet la fragilisation du capital des banques et la restriction de l'octroi de crédits, ce qui a entraîné la crise de « l'économie réelle », la raréfaction des crédits à la consommation, et donc la chute de la consommation, la fragilisation des entreprises, et les suppressions d'emplois consécutives. En réaction à cette grave crise, un mouvement d'opinion en faveur d'une meilleure régulation du système bancaire et financier a vu le jour.

14.- Le législateur a pris acte de ce mouvement d'opinion qui tire sa force de la notion de « Responsabilité Sociale de l'Entreprise » (RSE). Selon la définition donnée par le livre vert de la commission européenne de juillet 2001¹⁰, la responsabilité sociale des entreprises «se définit comme une démarche d'affirmation volontaire, par les entreprises, de leur responsabilité sociale - ou sociétale - qui se traduit par des engagements qui vont au-delà des exigences réglementaires et conventionnelles auxquelles elles sont soumises »¹¹. Cette responsabilité concerne les impacts de l'activité des sociétés sur les salariés, les populations, les consommateurs –ceux qu'on nomme les « parties prenantes » ou « *stakeholders* », et l'environnement notamment.

15.- Ce puissant courant d'idée est perçu par les entreprises comme le complément éthique du respect des lois et des réglementations, et comme le moyen de donner aux sociétés multinationales une cohérence dans ses choix de gestion qui dépasse les frontières et les systèmes juridiques. L'originalité de cette démarche réside dans son aspect volontaire, et dans sa coloration morale. En effet, les entreprises ne sont pas débitrices d'une obligation de souscrire aux principes RSE, toutefois la pression des différents acteurs politiques, économiques et sociaux croit toujours davantage pour les inciter à adopter ces démarches.

⁹ « Réintermédiation »

¹⁰ COM [2001] 366 final

¹¹ François-Guy Trébulle, *Entreprise et développement durable (1re partie)* - été 2010 – été 2011, in Environnement n° 11, Novembre 2011, chron. 3

16.- Comme la « *corporate governance* », le mouvement de la Responsabilité sociale des entreprises est un mélange de déontologie, de procédures formelles, d'incitations à la transparence. Comme la « *corporate governance* », le mouvement de la RSE a un aspect « publicitaire ». Comme la « *corporate governance* », le mouvement de la RSE mêle responsabilité juridique (responsabilité « négative ») et responsabilité extra-juridique (responsabilité « positive »). Comme la « *corporate governance* », enfin, le mouvement de la RSE a pour des objectifs de performance économique, et des objectifs déontologiques.

Les deux démarches en effet ont une visée économique, la performance à long terme de l'entreprise, et une visée sous-jacente que l'on pourrait qualifier de politique en ce sens qu'elles font place à l'idée que les choix de gestion des sociétés, qu'ils se traduisent par la dévolution des pouvoirs ou par la prise en compte de l'impact sur les parties prenantes dans leurs activités, ont un effet sur la collectivité et reflètent la vision par les entreprises de leur propre place au sein de cette collectivité. Par conséquent, définir pour un administrateur « politique de l'entreprise », c'est tout simplement « faire de la politique », avoir un impact sur les affaires de la *Polis*, la Cité.

En effet, les sociétés qui adoptent résolument le gouvernement d'entreprise et/ou la RSE adoptent une forme de prise de position politique inhabituelle dans la mesure où elles traduisent une prise de conscience naissante de l'impact de leurs actes sur la Société, tout comme l'acte politique par excellence réside dans le fait d'exercer librement son pouvoir d'influer sur la communauté, par le vote, ou par ses choix de consommations. A la responsabilité juridique répond désormais la responsabilité politique des sociétés.

17.- Le droit français a entrepris de sensibiliser les entreprises à leurs responsabilités déontologiques, tout en donnant un certain nombre de gages aux marchés en matière de transparence et d'informations pour une meilleure performance. Comme le relève François-Guy Trébulle, « si la "bonne gouvernance" est désormais un impératif fixé aux entreprises, il faut relever que c'est dans une perspective qui conserve une primauté structurelle à la prise en compte des intérêts des actionnaires. Mais cette primauté, très présente dans la logique de « *corporate governance* » n'ignore désormais plus d'autres intérêts. Plus exactement, et c'est le sens profond de l'évolution liée aux « lois Grenelle », il apparaît que l'intérêt de tous, de la société, des actionnaires et des tiers, suppose que les divers impacts de l'activité sociale soient

pris en compte »¹².

18.- C'est ainsi que la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite « Grenelle II ») a introduit de nouvelles obligations pour les sociétés commerciales. Cette loi présente entre autre un grand intérêt pour l'administrateur puisqu'elle développe l'obligation de transparence pesant sur les sociétés en matière sociale et environnementale et augmente la quantité d'informations à délivrer. Or, il a été dit plus haut que les administrateurs sont les acteurs par excellence de l'émission de l'information par les sociétés cotées. L'extension de l'obligation de diffusion est une opportunité unique pour les administrateurs d'étendre le champ de leurs investigations aux domaines concernés, sans que le président du conseil d'administration puisse leur opposer une éventuelle contrariété à l'intérêt social ou au secret des affaires¹³.

19.- En premier lieu, le nouvel article L. 225-102-1 du Code de commerce étend l'obligation des sociétés commerciales de donner des informations sur leur politique sociale et environnementale non plus aux seules sociétés admises aux négociations sur un marché réglementé, mais également aux autres sociétés dont les chiffres du bilan, ou le chiffre d'affaire ou encore le nombre de salariés dépassent des seuils fixés par le décret du 24 avril 2012.¹⁴

20.- Cette obligation de transparence a été étendue aux secteurs bancaires et financiers¹⁵, et au secteur de l'économie sociale¹⁶. Comme le souligne Monsieur Martin, « l'extension au secteur bancaire et financier se justifie autant par l'importance de ce secteur dans les décisions d'investissement et par sa capacité à diffuser de nouveaux comportements dans l'économie générale, que par la tendance contemporaine des politiques environnementales à associer des

¹² François-Guy Trébulle, *Gouvernance et responsabilité, que change la loi « Grenelle 2 »... pour les sociétés ?*, Environnement n°5, Mai 2011, étude 3

¹³ Alain Viandier, *Sociétés et loi NRE*, *op.cit.*

¹⁴ Selon les termes du décret, l'obligation de transparence concerne :

- les sociétés cotées, et les sociétés non cotées dépassant certains seuils (1 milliard d'euros de chiffre d'affaire annuel, et 5000 salariés, et pour l'année 2013, les sociétés dont le chiffre d'affaire dépasse 400 millions d'euros et qui emploient plus de 500 salariés).

¹⁵ Le secteur bancaire et financier désigne les sociétés d'assurance mutuelle, les établissements de crédit, les entreprises d'investissement et les compagnies financières.

¹⁶ Le secteur de l'économie sociale désigne les mutuelles, coopératives agricoles, et généralement tout type de coopérative.

instruments économiques et financiers aux outils classiques de la réglementation».¹⁷ Cette extension souligne clairement la volonté du législateur de provoquer une responsabilisation renouvelée au sens extra-juridique du terme pour toutes les sociétés, qu'elles soient cotées ou non.

L'article L. 225-102-1 impose la mention des informations qui ont trait « aux engagements sociétaux en faveur du développement durable » qu'aura souscrits la société ou l'entreprise concernée; il précise que le décret en Conseil d'Etat devra fixer « les modalités de leur présentation de façon à permettre une comparaison des données » et il détermine les conditions éventuelles de consolidation de ces informations lors de l'établissement des comptes.¹⁸

21.- Un nouvel alinéa 7 a été en outre ajouté à l'article L. 255-102-1 du code de commerce, énonçant que « les informations sociales et environnementales figurant ou devant figurer au regard des obligations légales et réglementaires font l'objet d'une vérification par un organisme tiers indépendant, selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat. Cette vérification donne lieu à un avis qui est transmis à l'assemblée des actionnaires ou des associés en même temps que le rapport du conseil d'administration ou du directoire ».

Selon les termes du décret de 2012¹⁹, cet « organisme tiers indépendant chargé de vérifier les informations est désigné [par le directeur général] La vérification effectuée par l'organisme tiers indépendant comporte une attestation relative à la présence dans le rapport de gestion de toutes les informations prévues par les textes, un avis motivé portant, d'une part, sur la sincérité des informations et, d'autre part, sur les explications données par la société sur l'absence de certaines informations ainsi que l'indication des diligences qu'il a mises en œuvre pour accomplir sa mission de vérification».²⁰

22.- Malgré quelques avancées cette loi est encore insuffisante, et semble bien timide eu égard aux enjeux qui la sous-tendent. Néanmoins, la Loi Grenelle II a le mérite d'exister et illustre

¹⁷ G. Martin, *Commentaire des articles 225, 226 et 227 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite « Grenelle II »)*, Rev. Sociétés 2011, p. 75

¹⁸ Une disposition supplémentaire a disparu avec la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière. Cette disposition énonçait : « les institutions représentatives du personnel et les parties prenantes participant à des dialogues avec les entreprises peuvent présenter leur avis sur les démarches de responsabilité sociale, environnementale et sociétale des entreprises en complément des indicateurs présentés ».

¹⁹ Décret n° 2012-557 du 24 avril 2012

²⁰ A. Astaix, *Responsabilité sociale des entreprises : le décret d'application est publié*, Dalloz Actualité 27 avril 2012

le jeu du législateur entre les gages à donner aux marchés et aux entreprises, et l'impérieuse nécessité d'une approche renouvelée du gouvernement d'entreprise et de la responsabilité des entreprises. Cette loi donne au moins à l'administrateur l'occasion d'étendre le champ de ses vérifications aux données extra financières de la société qu'il administre.

23.- La crise financière de 2008 et la loi « Grenelle II » de 2010 soulignent donc avec force les tendances économiques et politiques actuelles : d'une part, la pression des marchés financiers qui poussent à une transparence accrue, à la fois pour des questions d'efficacité, de performance, et pour des questions de fluidité des échanges commerciaux ; d'autre part, la pression toujours plus forte des Etats et organisations internationales sur les entreprises afin qu'elles adoptent une conduite qui tienne compte de l'impact de leur activité sur leur environnement, humain et naturel. Cette pression est assortie d'une reprise en main par les individus de l'acte politique, qui semble depuis quelques années s'exprimer moins par les prérogatives traditionnelles que par de nouveaux modes tels que l'engagement associatif, et les choix de consommation²¹. Le mouvement de la RSE est largement tributaire de la prise de conscience initiale que l'environnement est un bien commun, d'une part, et en danger, d'autre part, qui a contribué à l'émergence d'une nouvelle « conscience politique » des particuliers et des collectivités.

On constate donc le « jeu de bascule » de l'administrateur entre la garantie des informations financières et extra financières et de la transparence destinée aux opérateurs de marché en premier lieu et aux parties prenantes, et justification des choix de gouvernance et de gestion la garantie des informations extra-financières destinées à ceux qu'on appelle les « parties prenantes », c'est-à-dire les salariés, fournisseurs, et peut-être plus encore ces consommateurs dont on décèle l'émergence de la conscience renouvelée de leurs responsabilité politique, c'est-à-dire, de leur désir de manifester leurs convictions politiques et économiques.

24.- L'administrateur de société cotée, par sa position privilégiée de relais entre le monde de l'entreprise et la collectivité a un rôle à jouer, tant du point de vue de la garantie de l'information émise par sa société, pour une meilleure performance, que du point de vue de

²¹ Gilles Lhuillier, *Law shopping et délocalisations. La redéfinition du « choix de la loi » par la pratique du droit international des affaires*, in *Les groupes internationaux de sociétés : nouveaux défis, nouveaux dangers*

l'orientation de la société à travers sa politique et son impact sur les parties prenantes²². Bien que le directeur général bénéficie également d'une vision d'ensemble de la société et en plus du pouvoir de décision, il nous semble moins à même de pouvoir répondre pleinement aux exigences de la responsabilité sociale de l'entreprise car sa mission première reste avant tout la performance économique de la société dont il n'est que le mandataire, révocable *ad nutum* par le conseil d'administration.

25.- Comment l'administrateur peut-il assurer la prise en compte par sa société de l'exigence croissante de transparence des choix de gestion et de responsabilité politique des entreprises que portent le législateur, la collectivité et les marchés, d'une part, et l'exigence non moins forte de transparence comptable et « managériale » et de performance économique que portent les investisseurs ? Comment l'administrateur peut-il être l'arbitre, c'est-à-dire l'instigateur de compromis entre exigences de performance économiques et attentes des parties prenantes en servant le dirigeant exécutif et l'intérêt social?

Cette question mériterait bien plus qu'un mémoire pour être satisfaite tant les enjeux sont nombreux, qu'ils soient juridiques, politiques, économiques, philosophiques et moraux, aussi tenterons-nous simplement de proposer une approche juridique et philosophique du problème.

26.- Il semblerait donc que l'administrateur, du fait de son pouvoir d'information, de son pouvoir d'orientation générale, et de sa responsabilisation croissante, que ce soit une responsabilité juridique strictement entendue, ou une responsabilité extra-juridique, *politique*, puisse être le dirigeant social qui, collégalement, dispose de l'autorité et des compétences suffisantes pour être la personne motrice à la fois de la performance économique (I) et de la responsabilisation politique de l'entreprise qu'il sert (II).

²² Le sujet est d'autant plus crucial que pour la saison 2013, un quart (27%) des mandats d'administrateurs doivent être renouvelés, puisque 140 mandats arrivent à leur terme. La moyenne d'âge des administrateurs est de 59,5 ans, avec 66,5 ans chez Capgemini. Source : *Les Echos*, janvier 2013

I. L'administrateur, acteur de la performance financière de l'entreprise

L'administrateur actuel est l'héritier de nombreuses transformations dans le droit des sociétés, apparu au XVIII^e siècle (A). Gardien de l'intérêt social bien entendu, il doit pour justifier sa mission être compétent avant tout, et exercer ses prérogatives dans le souci du succès de la société qu'il sert (B). Il est donc responsable de la performance économique de la société même s'il n'a pas de réelles fonctions de direction (C).

A. Les fondements historiques et conceptuels des sociétés commerciales modernes

1) La société de capitaux moderne

27. Les sociétés sont apparues en Europe occidentale sous l'Ancien Régime. Créées par charte royale, celles qui étaient d'abord des sociétés de personnes ne pouvaient avoir comme objet que la réalisation de services d'intérêt public. Les sociétés se sont d'abord développées par la pratique, ainsi, on prit peu à peu l'habitude de réunir de temps en temps l'assemblée générale des associés surtout lorsque les choses vont mal mais aussi pour répartir les bénéfices et dividendes.²³

Contrairement à ce qu'on pourrait imaginer, l'idée d'une démocratie des actionnaires ne s'impose pas alors, et l'on voit plutôt se développer une forme d'oligarchie²⁴. Nommé dans les statuts ou désigné par l'assemblée des actionnaires, le conseil d'administration représente les actionnaires les plus importants dont il est souvent exigé, on l'a vu, la possession d'un nombre élevé d'action²⁵.

Il semblerait qu'après la Révolution Française, les sociétés se soient à la longue développées comme autant de domaines strictement privés où le patron est maître dans son domaine, et transmet son bien à ses héritiers après s'être fait un nom comme « chevalier d'industrie »²⁶. Selon Pierre-Yves Gomez, l'entreprise a constitué une poche de résistance à l'évolution

²³ Romuald Szramkiewicz, op. cit. n°391 p. 164

²⁴ A titre d'exemple, les statuts de la Banque de France, modifiés en 1936, prévoyaient qu'on ne convoquerait en assemblée générale que les 200 plus forts actionnaires.

²⁵ La loi de 1863 ira jusqu'à imposer que le conseil d'administration détienne au moins 1/20^e du capital.

²⁶ Par exemple les dynasties Schneider, de Wendel, Empain, Hamel.

politique moderne et [qu'] elle a maintenu les valeurs de l'ordre ancien contre la modernité»²⁷.

28.- Toutefois à partir des années 1930, le gouvernement paternaliste et familial traditionnel a disparu et laissé place au gouvernement managérial, le gouvernement des « experts ». En effet, l'omniprésence traditionnelle du dirigeant devient inadaptée face à la complexité des questions sociales ou commerciales, et appelle la mise en place de techniques de management. En outre, l'augmentation de la taille de l'entreprise nécessite l'appel à d'autres actionnaires ou à des banques, lesquels entendent exercer un contrôle sur la société. Enfin, « l'entreprise aussi longtemps qu'elle est instituée comme espace « privé », c'est-à-dire, séparé et même opposé à l'espace politique « public », entre en tension avec son environnement politique, tendanciellement démocratique »²⁸. L'émergence des « technocrates » entraîne donc la marginalisation des anciens propriétaires et des petits porteurs qui, s'ils sont encore les détenteurs de la souveraineté effective, perdent l'autorité de diriger, n'ayant pas le savoir scientifique propre aux managers.

29.- Dans le même temps, le début du XXe siècle voit la transition de la propriété « bien » à la propriété « créance » par le moyen du titre. C'est-à-dire que la prise de participation d'un petit porteur dans une société cotée devient de plus abstraite, celui-ci n'étant plus détenteur d'un bien apporté à celle-là, mais titulaire d'une créance matérialisée par un petit morceau de papier sauvant les apparences du meuble corporel. La difficulté réside dans le fait que le titre ne représente qu'une créance²⁹. Cette abstraction progressive éloigne l'actionnaire de sa société, et souligne d'autant plus que les actionnaires individuels ne peuvent prétendre être fondateurs de la société dont ils ont souscrit les actions, puisqu'ils ne sont ni parties au contrat originaire et ne passent pas contrat avec les autres actionnaires ce qui remet en question l'existence de l'*affectio societatis* qu'ils sont censés avoir³⁰.

²⁷ Pierre-Yves Gomez, *République des actionnaires*, entre démocratie et démagogie, p. 29-30

²⁸ Ibid. p.35

²⁹ « Le titre ne représente qu'une créance. La création des titres ne peut multiplier les biens. Celui qui compte la fortune de la France ne peut compter à la fois les biens possédés par les sociétés et les actions de ces sociétés. Quant à l'obligation, elle n'a de valeur que dans la mesure où elle pourra être remboursée sur l'actif social. » Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Des richesses nouvelles, p. 135

³⁰ A rebours des sociétés de personnes où l'*affectio societatis* et l'*intuitu personae* sont très importants. Ripert, op. cit. L'Ere des sociétés par action, p. 90-91

30.- La vision de l'assemblée des actionnaires comme le lieu d'exercice d'une démocratie directe semble peu pertinente, et si démocratie il devait exister, il s'agirait plutôt d'une démocratie indirecte où les actionnaires délivrent un mandat aux administrateurs au sens du droit public, c'est-à-dire un mandat par lequel les administrateurs représentent la société commerciale dans son ensemble, et non les actionnaires en eux-mêmes. Comme le souligne Ripert, de même que les élus représentent la nation dans son ensemble et non leurs électeurs, de même les administrateurs sont des organes de la société et non des représentants. « La conception contractuelle a imposé le régime démocratique et l'expression *contrat social* est ici d'une absolue justesse. Le groupement se crée par le contrat. Les contractants conservent la souveraineté mais le délèguent. En droit, ils sont les maîtres absolus de la société».

31.- Par conséquent il semble vain de prôner la démocratie des actionnaires à une époque où l'actionnariat individuel tend à se raréfier. Philippe Bissara affirme que le législateur de 1966 partait de l'hypothèse d'un actionnariat de personnes physiques ou morales ayant un lien direct et assez durable avec la société dont ils détiennent les titres, hypothèse pertinente pour les sociétés fermées, mais inadéquate pour les sociétés cotées dont les titres changent souvent de mains³¹. Si l'idée d'une démocratie indirecte peut convenir à une société fermée, elle est inopérante pour une société cotée où *l'affectio societatis* est absent, et où l'objet de l'investissement, porté par la gestion collective plus que par l'actionnariat individuel, s'avère être davantage le retour sur investissement que l'adhésion à un projet d'entreprise.³²

Il faut donc que ceux des actionnaires individuels ou des investisseurs qui aspirent à user de leurs droits politiques soient aidés en cela par le conseil d'administration (cf. Partie II).

³¹ Philippe Bissara, *Les mutations de l'actionnariat et le fonctionnement des sociétés cotées*, in Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt, p.61

³² L'auteur souligne dans son étude qu'en France, la part des actionnaires directs a été réduite de 30% à 8,4% de la capitalisation entre 1990 et 200, tandis que la part des actions détenues par des organismes de gestion collective n'a cessé de croître jusqu'à atteindre les deux tiers de la capitalisation.

2) *L'administrateur face à la gestion de la société*

a) L'intérêt social

32.- Il résulte du constat précédent que la première mission de l'administrateur n'est pas la garantie de la démocratie actionnariale, mais la performance de la société qu'il sert³³. Or, l'administrateur est souvent vu comme le « gardien de l'intérêt » social, avant le contrôle du juge en cas de contentieux. Les discussions doctrinales ont été vives sur le sujet, l'enjeu de la question étant de déterminer si l'intérêt social répondait au seul intérêt des actionnaires, ou à l'intérêt des actionnaires et des parties prenantes à l'entreprise, les réponses proposées ayant des impacts sur la performance, la vision, et la conduite des sociétés.

33.- Dire que l'intérêt social se confond avec l'intérêt des associés³⁴ signifie qu'il « est l'intérêt de chacun des associés, identique pour tous, tel qu'il est défini dans l'acte de société ; c'est un intérêt personnel mais objectivé par son inscription dans le pacte social [...] parce qu'il est commun, [...] l'intérêt social ne saurait être réduit aux aspirations égoïstes de certains associés »³⁵. Dire au contraire que l'intérêt social englobe l'intérêt de l'entreprise comme l'a développé l'Ecole de Rennes avec Jean Paillusseau³⁶ signifie que la gestion de la société doit être développée dans « le respect des contraintes inhérentes à l'entreprise, c'est-à-dire pesant sur la société en sa qualité d'entrepreneur et d'employeur »³⁷.

34.- Il nous semble que l'intérêt social est avant tout l'intérêt commun des actionnaires qui repose sur l'heureuse réalisation de l'objet social entraînant la prospérité de l'entreprise et par suite l'enrichissement de ses actionnaires. La difficulté repose en fait sur la distinction entre opérateur et actionnaire, entre l'entreprise et le marché. Bissara démontre clairement le hiatus entre l'opérateur, qu'il soit actuel ou potentiel, durable ou éphémère, et l'actionnaire, compris implicitement comme l'investisseur fidèle³⁸. Aussi, l'intérêt social repose-t-il sur le succès de

³³ Le terme « administration » provient du latin ... signifiant « serviteur », ce qui laisse parfois rêveur à la lecture de la jurisprudence...

³⁴ Voir Dominique Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la SA*

³⁵ Maurice Cozian, Alain Viandier et Florence Deboissy, *Droit des Sociétés*, §367

³⁶ Jean Paillusseau, *Les fondements du droit moderne des sociétés*: JCP E 1995, I, 488

³⁷ Maurice Cozian, Alain Viandier et Florence Deboissy, *op. cit.* §367

³⁸ Philippe Bissara, « L'intérêt social implique la continuité et la prospérité de l'entreprise et par suite l'enrichissement de ses actionnaires ». *Les véritables enjeux du débat sur le « gouvernement de l'entreprise*», p.16

la réalisation de l'objet social assorti de bénéfices pour les actionnaires ; l'intérêt de l'opérateur de marché est simplement le revenu de ses titres³⁹. C'est pourquoi, l'administrateur a pour mission de veiller à la bonne réalisation de l'objet social, cette réalisation se concrétisant dans l'administration et la disposition par les dirigeants et leurs délégués des biens et ressources de l'entreprise.

35.- La bonne réalisation de l'objet social passe par la prise en compte de l'environnement de l'entreprise dans la prise de décision, et le législateur confirme ce que la loi *NRE* annonçait : l'intérêt social ne peut pas être évidemment limité aux seuls actionnaires mais justifie le principe d'une considération pour d'autres intérêts, et même des engagements en faveur du développement durable, dans la limite de la recherche de réalisation de l'objet social. La formule selon laquelle le Gouvernement doit présenter au Parlement un rapport « *relatif à l'application de ces dispositions par les entreprises et sur les actions qu'il promeut pour encourager la responsabilité sociétale des entreprises* », inscrite à l'article L. 225-102-1 du Code de commerce, manifeste que cette thématique est intégrée dans la matrice même du droit des sociétés.

36.- L'administrateur est donc le gardien d'un intérêt social qui, s'il représente l'intérêt commun des actionnaires, s'étend également aux conséquences des décisions de l'exécutif sur l'environnement de l'entreprise. En somme, performance économique et responsabilité politique répondent de l'intérêt social car toutes deux sont déterminantes de la réalisation de l'objet social. En aucun cas néanmoins ces deux pôles ne devraient constituer la fin ultime de l'entreprise au risque soit de déséquilibrer l'activité de la société. Le pouvoir d'orientation de l'administrateur est un précieux auxiliaire de la bonne poursuite de l'intérêt social.

³⁹ « Les actionnaires ne sont pas tous des associés, certains ne sont que des investisseurs. Prétendre appliquer à tous les actionnaires une règle du jeu unique alors précisément qu'il ne jouent pas le même jeu, est une vue de l'esprit. Il faut que l'autonomie du droit applicable à ces investisseurs s'affermisse et que l'on cesse d'appliquer un droit des sociétés monolithique à des actionnaires qui sont, les uns de véritables associés, les autres de simples bailleurs de fonds ». François-Xavier Lucas, *Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? Brefs propos discursifs autour du thème de l'associé et de l'investisseur*, in *Revue de Droit bancaire et financier*, n°4, Juillet 2012, étude 100035

b) Droit et devoirs découlant de la propriété

37.- L'utilisation des biens de la société doit être intègre, c'est-à-dire que l'usage à des fins illicites ou malveillantes d'un bien ou d'une ressource peut conduire à la mise en cause de la responsabilité pénale ou civile des auteurs des actes litigieux, mais plus encore, l'utilisation des biens et ressources de l'entreprise doit être responsable au sens extra juridique du terme. Les salariés d'une société qui usent de ses moyens matériels doivent tenir compte de l'impact de leurs actes sur autrui. Cela s'explique par l'idée que si le droit de propriété se caractérise par l'*usus*, le *fructus*, et l'*abusus*, compris comme le droit de disposer jusqu'à le détruire d'un bien dont on est propriétaire⁴⁰, ce droit de propriété s'accompagne nécessairement de devoirs dans l'utilisation de ce bien. Ces devoirs ont peu de sources juridiques, sinon définies *a contrario* comme la défense d'abuser de ces droits⁴¹. En effet, les devoirs du propriétaire relèvent davantage de la responsabilité extra juridique, politique, d'une responsabilité envers la collectivité qu'il est rarement possible de mettre en cause par les voies juridiques.

38.- A cet égard, le XXe siècle a vu un long débat sur le droit de propriété. Duguit⁴² a lancé l'idée que la propriété privée est moins un droit subjectif qu'une fonction sociale, elle est une institution juridique formée pour répondre à un besoin économique qui se transforme et donc qui pousse cette institution à se transformer parallèlement. L'éminent publiciste estimait que si le droit protégeait avant l'affectation individualiste d'une richesse uniquement en considération de l'individu, le développement de la société française de la fin du XIXe siècle a provoqué la prise de conscience selon laquelle l'individu n'est pas une fin mais un moyen et que chacun n'a de raison d'être que par les actes qu'il pose dans la collectivité. « Toute individu a l'obligation d'accomplir dans la société une certaine fonction en raison de la place qu'il occupe. Or le détenteur de la richesse, par cela même qu'il détient de la richesse, peut accomplir une certaine besogne que lui seul peut accomplir. Seul il peut augmenter la richesse générale en faisant valoir le capital qu'il détient. Il est obligé socialement d'accomplir cette besogne et il ne sera protégé socialement que s'il l'accomplit et dans la mesure où il

⁴⁰ Art. 544 du Code civil : « le droit de propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements. »

⁴¹ Cf. Le fameux arrêt Clément Baillard 1915.

⁴² Léon Duguit, *Les transformations générales du Droit Privé depuis le code Napoléon*, Edition la mémoire du droit, 1999, réimpression de l'édition de 1920.

l'accomplit. La propriété n'est plus le droit subjectif du propriétaire ; elle est la fonction sociale du détenteur de la richesse ».⁴³

39.- Cette conception, quoique pertinente dans l'idée que le droit de propriété, s'il est subjectif, a un impact sur la collectivité, a provoqué à juste titre la critique de Ripert⁴⁴ qui estimait que le droit de propriété n'est pas illimité et que « le législateur défend l'usage nuisible aux voisins ou à la collectivité mais il ne prescrit pas l'usage utile à tous ».⁴⁵ Ripert contestait les idées de Duguit au motif que poser que le droit de propriété est une fonction sociale reviendrait à priver le titulaire de ce droit et ne lui imposer que des devoirs. Il rappelle donc avec justesse que la propriété est un droit souverain et que son titulaire a le monopole de l'usage et de la jouissance de ses biens. « Lui demander compte de ce qu'il en fait, c'est vouloir faire pénétrer dans le droit une considération morale. Il est impossible de le faire sans une menace grave pour la liberté, car la détermination de l'utilisation du bien et la sanction de l'inutilisation sont impossible à donner »⁴⁶. L'auteur conclut magistralement : « le droit n'est pas une fonction sociale ; il est donné pour permettre de la remplir. Celui qui s'en sert mal ne compromet pas plus la valeur de ce droit que l'ouvrier qui se sert mal d'un bon outil ne condamne l'entreprise industrielle ».⁴⁷

40.- Deux éléments importants découlent de ce débat. Le premier, c'est que la société a une légitimité évidente à conduire ses affaires comme elle l'entend, seules des considérations déontologiques pouvant l'amener à prendre en compte l'impact de ses décisions sur autrui. Le deuxième, c'est que l'intérêt social réside bien dans la réalisation de l'objet social et les bénéfiques qui en découlent, et que la contestation des agissements des dirigeants supposément contraires à l'éthique relève avant tout du domaine de la politique. Le débat sur la propriété de l'entreprise et l'intérêt social relève plus du débat sur les fins de la société et l'usage qu'elle fait de ses droits et de ses biens, plutôt que sur les droits et les biens en eux-mêmes.

⁴³ Ibid., p. 158

⁴⁴ Georges Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1938

⁴⁵ Ibid., ch. IV Conquête et défense des biens, propriété individuelle et propriété collective, p. 230

⁴⁶ Ibid. p. 236

⁴⁷ Ibid. p. 237-238

3) *La dichotomie entre performance économique et agir politique*

41.- Le gouvernement d'entreprise peut être expliqué par les rapports entre l'économique et le politique, et il apparaît clairement que cette discipline procède de la philosophie libérale. L'un des pères du libéralisme économique est Hobbes⁴⁸, qui part du postulat que l'homme vit dans un état de nature où tout peut lui être fatal, et que par conséquent l'acte humain par excellence consiste à préserver sa propre vie par tous les moyens, quitte à se placer sous le joug d'un oppresseur pourvu que les vies soient sauvées. Il découle de cette vision de l'homme et de la nature que toute contrainte ou règle quelle qu'elle soit doit être abolie comme étant « anti-naturelle » et « anti-concurrentielle » en ce qu'elle fausse le jeu naturel de la survie des êtres. De surcroît, la fin de l'homme est de préserver sa propre vie, et les moyens d'y parvenir consistent en la pratique de toute activité lui permettant d'assurer sa subsistance, partant, les pratiques entrant dans le cadre de l'économie (*oikos-nomos* : les règles du foyer, les règles de la vie domestique).

42.- Dans le même temps, les attentes croissantes vis-à-vis des entreprises par les individus et les collectivités semblent inaugurer une sorte de retour du politique. En effet, le terme *polis* signifie « la cité », et par extension, la politique, la *res publica*, désignent les affaires de la cité. Hannah Arendt, dans la *Condition de l'Homme moderne*⁴⁹ rappelle que pour les Grecs, l'acte le plus noble de l'homme est la politique, comprise comme l'exercice de la liberté par excellence. Au contraire, toute activité consistant à satisfaire aux nécessités vitales telles que la subsistance ou la procréation sont considérées comme asservissantes et donc indignes d'un citoyen.

Si l'on s'attache à concevoir le politique comme les affaires de la cité, les affaires collectives, tout acte qui a un impact sur autrui revêt implicitement ou explicitement une coloration politique, non en ce qu'il est porté par une préférence militante traditionnelle, mais parce qu'il suppose une vision par l'auteur de l'acte de sa place au sein de la collectivité.

⁴⁸ Thomas Hobbes, *Léviathan*, trad. François Tricaud et Martine Pécharman, coll. Librairie philosophique, Dalloz, Paris 2004

⁴⁹ Hannah Arendt, *Condition de l'Homme moderne*, trad. Georges Fradier, coll. Liberté de l'esprit, Calmann-Lévy, Paris 1961

B. L'exigence d'un administrateur compétent

43.- Le temps est fini où la mission d'administrateur consistait essentiellement à tenir une fonction essentiellement honorifique dans certains conseils. De même, le temps des participations croisées et des mandats multiples touche à sa fin, sous la pression des tenants de la « *corporate governance* ». Depuis notamment la Loi sur les Nouvelles Régulations Economiques qui a posé une nouvelle répartition des rôles des dirigeants, l'accent est mis sur la responsabilité de l'administrateur dans le succès économique de l'entreprise.

1) *Compétence et diligence : responsabilité juridique*

44.- En premier lieu, l'administrateur se doit d'être compétent. La compétence est entendue comme l'expertise ou l'expérience propre à la personne nommée, et elle s'exprime dans le fait que l'administrateur ait un vécu de dirigeant exécutif, ou bien qu'il ait un spécialité dans un domaine donné, voire un réseau ou un talent de management⁵⁰. Ainsi il arrive qu'un administrateur ait un rôle de négociation en raison de ses contacts ou de ses compétences particulières en matière de négociation, même s'il ne participe pas à la mise en œuvre de la décision⁵¹.

Le législateur porte un souci grandissant d'augmenter la qualité des administrateurs, notamment par la promotion de la diversité au sein des conseils, avec notamment la Loi Copé-Zimmerman⁵². En outre les statuts doivent prévoir une limite d'âge pour les administrateurs à défaut de quoi pas plus du tiers des membres du conseil d'administration ne doit dépasser l'âge de 70 ans⁵³.

45.- La compétence de l'administrateur est également comprise par rapport au nombre de mandats que celui-ci détient. La loi limite ainsi le nombre des mandats de l'administrateur⁵⁴, quoique avec timidité puisque les mandats dans des sociétés filles ou dans des sociétés ayant leur siège à l'étranger ne sont pas pris en compte dans les dispositions de l'article L.225-21 du

⁵⁰ Conférence Women on Board du 23 Octobre 2012

⁵¹ Gérard Charreaux et Jean-Pierre Pitol-Belin, *La théorie contractuelle des organisations : une application au conseil d'administration* ch. VI La théorie contractuelle des organisations : une application au conseil d'administration; images et réalités du conseil d'administration, p. 179

⁵² Selon l'étude réalisée par l'IFGE, les femmes représentaient entre 4 et 6% des administrateurs dans les années 1990, et environ 10% aujourd'hui, avec une accélération à la fin des années 2000.

⁵³ Art. L.225-19 C. Com, cité par le *Ripert et Roblot*, §1640

⁵⁴ Loi du 15 mai 2002, amendée par la Loi du 29 octobre 2002 et du 1^{er} août 2003.

Code de commerce.⁵⁵ Ces efforts ont néanmoins permis la baisse du cumul des mandats⁵⁶, même si les « parties prenantes » restent faiblement représentées au sein des conseils, et que les très grandes entreprises montrent la concentration d'une « élite d'administrateurs »⁵⁷.

Concernant la compétence de l'administrateur, la jurisprudence ne considère pas comme illicite les clauses statutaires exigeant des administrateurs des qualités ou caractéristiques déterminées (Compétence, expérience, nationalité, etc.), du moment que cela ne porte pas atteinte au droit de vote des actionnaires⁵⁸.

46.- Le droit positif ne donne pas d'indication particulière sur la compétence et la diligence de l'administrateur, mais les codes de gouvernement d'entreprise insistent beaucoup sur la pertinence du choix de tel ou tel administrateur et la conscience par celui-ci des tâches qui l'attendent. C'est ainsi que le Code britannique de gouvernement d'entreprise⁵⁹ propose pour la nomination du *chairman* une présentation des exigences et objectifs de la tâche. De surcroît la nomination des administrateurs doit être formalisée, et le cumul de plus d'un mandat de *non executive directorship* est désapprouvé⁶⁰. Dans le même état d'esprit, le code Middlednext⁶¹ appelle en outre à ce que « des informations suffisantes sur l'expérience et la compétence de chaque administrateur soient communiquées à l'assemblée générale et que la nomination de chaque administrateur fasse l'objet d'une résolution distincte »⁶².

Quant au Code Afep/Medef, il précise que le rapport annuel devra faire figurer les dates des mandats et les informations concernant chaque administrateur, ainsi que le nombre d'actions qu'ils possèdent. On constate que tout est fait pour responsabiliser les administrateurs et les impliquer dans leur mandat. Si les britanniques insistent sur la prévention en amont des nouveaux mandataires sociaux, les codes français et plus spécialement le Code Middlednext insistent sur les conditions d'exercice de leur responsabilité vis-à-vis des actionnaires. Cela est positif car la notion de participation des actionnaires à l'appréciation des administrateurs

⁵⁵ Le Ripert et Roblot, §1638

⁵⁶ Selon une étude réalisée par L'IFGE, en 2010, 2808 administrateurs n'exerçaient qu'un seul mandat, 256 n'en exerçaient que 2, 73 en exerçaient 3, 21 en exerçaient 4, et un seul exerçait cinq mandats (Voir annexes)

⁵⁷ Selon la même étude, les administrateurs détenant au moins trois mandats sont moins nombreux mais plus concentrés dans les entreprises géantes dont la puissance n'a fait que croître dans le capitalisme français ces dernières années. L'élite des administrateurs exerce donc un pouvoir plus grand aujourd'hui qu'autrefois, même si ce pouvoir est partagé entre moins de personnes.

⁵⁸ Le Ripert et Roblot, §1638.

⁵⁹ United Kingdom Code of Corporate Governance (UKCGG)

⁶⁰ UKCGG, B.3.1-3

⁶¹ Code de gouvernement d'entreprise pour les valeurs moyennes et petites

⁶² Code Middlednext, R9

qui les représentent en droit français est importante pour le bon fonctionnement des sociétés cotées, notamment.

47.- En revanche, le droit intervient après coup pour sanctionner la conduite des administrateurs qui n'ont fait preuve ni de compétence, ni de diligence. Ainsi la jurisprudence n'hésite plus à mettre en cause la responsabilité civile de l'administrateur qui a participé à la prise d'une décision fautive. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a sanctionné les administrateurs qui, n'ignorant pas les réserves du commissaire aux comptes sur la fiabilité des comptes, ont préféré ne pas remettre en cause et les comptes, et les communiqués de presse biaisés, ayant conduit les actionnaires à investir dans les titres de la société et subir des pertes⁶³. Peu importe d'ailleurs qu'un administrateur ait quitté la société entre la publication du premier communiqué trompeur, et la communication de fausses informations⁶⁴, la première abstention entraîne sa responsabilité.

Apport crucial, l'attendu énonce que « la mise en œuvre de la responsabilité des administrateurs et du directeur général à l'égard des actionnaires agissant en réparation du préjudice qu'ils ont personnellement subi n'est pas soumise à la condition que les fautes imputées à ces dirigeants soient intentionnelles, d'une particulière gravité et incompatibles avec l'exercice normal des fonctions sociales »⁶⁵. Cette décision se justifie par le fait que le demandeur à l'action n'est pas un tiers mais un actionnaire, agissant en réparation du préjudice qu'il a personnellement subi du fait des dirigeants.

48.- D'autre part, la Chambre commerciale de la Cour de Cassation a ainsi estimé dans un attendu de principe que « 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 d'une décision fautive de cet organe, sauf à démontrer qu'il s'est comporté en administrateur prudent et diligent, notamment en s'opposant à cette décision »⁶⁶.

La faute de l'administrateur consiste dans le vote d'une résolution litigieuse sauf à supposer que des administrateurs ont voté la décision sur la foi d'une information erronée que leurs diligences n'ont pas permis de déceler. Il en va de même si le conseil s'abstient de voter sur

⁶³ Cass. Com., 9 mars 2010, n°08-21547 (FSPB) SA EPF Partners

⁶⁴ Dominique Schmidt, *La Cour de cassation facilite l'indemnisation de l'actionnaire trompé par de fausses informations*, Bulletin Joly Sociétés, Juin 2010, p.537

⁶⁵ Attendu cité par Hervé Le Nabasque in *Revue des Sociétés*/Juin 2010, p.230

⁶⁶ Cass. Com. 30 mars 2010, n°08-17.841, Fonds de garantie des dépôts (FGD) c/ Sté Caribéenne de conseil et d'audit

une convention en estimant qu'elle ne relève pas de sa compétence parce qu'il lui en a été fait une présentation biaisée. En revanche le fait de ne pas voter des décisions que le législateur lui commande n'exonère pas les administrateurs. De même, en matière de procédure collective, le juge sanctionne les administrateurs n'ayant pas accompli toutes les diligences auprès du directeur général pour que la cessation des paiements de la société soit déclarée⁶⁷. Et l'abstention ou l'absence de l'administrateur ne l'exonèrent pas de sa responsabilité en cas de décision fautive⁶⁸.

49.- Les exigences vis-à-vis de l'administrateur concernant sa compétence sont donc bien réelles d'autant que la Cour de cassation a rappelé que l'administrateur, quoique n'ayant pas la mainmise sur l'exécution des décisions prises au nom de la société, reste un dirigeant de droit et ne saurait être assimilé aux membres du conseil de surveillance qu'un arrêt de 2005⁶⁹ avait exclu de la catégorie des dirigeants de droit en matière de procédures collectives⁷⁰. En l'espèce, la société était dans un état grave, ce que les administrateurs ne pouvaient ignorer car ils avaient eu connaissance de la procédure d'alerte lancée par les commissaires aux comptes, de la démission d'un administrateur pour « l'absence de lisibilité des comptes de la société », et les « réponses trop évasives formulées par son président » auraient dû les alerter.⁷¹ L'inertie des administrateurs a donc été qualifiée de faute, et démontre l'exigence croissante de professionnalisation des administrateurs.

Le juge est donc un acteur majeur de la responsabilisation et de la professionnalisation de l'administrateur, et dorénavant, l'absentéisme ou l'abstention ne suffisent plus à l'exonérer de sa responsabilité. Dirigeant à part entière, l'administrateur ne saurait se retrancher derrière son rôle de surveillance et la perte de ses fonctions exécutives dues à la loi NRE pour se libérer de toute obligation de rendre compte de sa mission.

⁶⁷ Paul Le Cannu, *La faute individuelle des membres d'un organe social collectif*, in *Revue des Sociétés*, Juillet/Août 2010, p. 304

⁶⁸ « Certains administrateurs se contentent de leur titre et de leur rémunération, et ne viennent pas aux réunions, sans avoir pour cela de motif sérieux. Leur négligence doit être imputée à faute, car on peut y voir une approbation implicite des décisions, ou, suivant les cas, une absence de diligence- mais ce sera alors une faute strictement individuelle » Ibid., p. 309

⁶⁹ Cass. com., 12 Juill. 2005: Bull. civ. 2005, IV, n°174

⁷⁰ Cass. com., 31 Mai 2011, n°09-13.975, 09-14.026, 09-16.522 et 09-67.661.

⁷¹ Alain Couret et Bruno Dondero, *L'administrateur, dirigeant de droit responsable de l'insuffisance d'actif: sévérité circonstancielle de la Cour de cassation*, in *La Semaine Juridique-Entreprise et Affaires*, n°37, 15 septembre 2011 p.15.

2) *La mise en œuvre concrète de la compétence*

50.- Il est admis depuis longtemps que l'administrateur n'a aucun pouvoir personnel de représentation de la société⁷² ; en effet, « bien que la terminologie courante qualifie les administrateurs de mandataires sociaux, ils n'ont personnellement aucun pouvoir de représentation comparable à celui conféré à son titulaire par un mandat conventionnel. C'est le conseil d'administration, en tant qu'organisme collectif, qui est "investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstances au nom de la société" »⁷³.

Cette quasi-absence de pouvoir exécutif ne saurait empêcher l'administrateur d'accomplir sa mission, et la loi et les codes déontologiques lui offrent plusieurs opportunités permettant de mettre en valeur ses compétences. Sauf exceptions, ces dispositions sont facultatives, mais dans le contexte actuel de responsabilisation de l'administrateur, elles lui donnent la possibilité d'enfin tenir le rôle qui lui sied, savoir, gardien de l'entreprise⁷⁴.

51.- C'est ainsi que le conseil d'administration peut conférer à un ou plusieurs de ses membres, tous mandats spéciaux pour un ou plusieurs objets déterminés⁷⁵. Ces mandats ne sont valables que dans les limites des actes pour lesquels ils ont été prévus. Dans ces conditions, il serait possible que l'administrateur engage un procès au nom de la société, voire reçoive une délégation permanente du pouvoir d'ester en justice⁷⁶, ou souscrive un contrat pour le compte de la société. Ces délégations spéciales de pouvoir permettent aux intéressés de représenter la société alors même que le conseil d'administration ne possède pas lui-même de pouvoir de représentation.

52.- De même, la constitution de comités exécutifs⁷⁷ est une occasion de mettre en valeur les compétences spéciales de tel ou tel administrateur... avec la responsabilité juridique qui en découle parfois. Ce qui était une possibilité avec la loi de 1940 et le décret de 1967 est devenu une obligation concernant les comités d'audit. Ainsi, l'ordonnance du 8 décembre 2008

⁷² Cass. Com. 27/03/1990 Bull. Cass. 1990 IV n°102 Defrénois 1233 note J. Honorat

⁷³ J. Honorat, note citée.

⁷⁴ Certains pouvoirs spéciaux permettent à l'administrateur de remplir sa mission de façon appropriée, par exemple par la cooptation d'un administrateur en cas de vacance d'un siège, avec ratification a posteriori par l'assemblée générale à condition que le nombre d'administrateurs ne soit pas inférieur au minimum statutaire ou légal. (Art. L. 225-24 C. com., cité par le *Ripert et Roblot*, §1632).

⁷⁵ R. 225-29 al.1 C.com

⁷⁶ Cass.com., 18 oct. 1994, Dr. des soc. 1994, n°206 et voy. *Rapport Cour. cass.* 1994, 342

⁷⁷ R. 225-29 C.com

transposant la directive 2006/43/CE du 17 mai 2006⁷⁸ commande la présence de comités d'audit dans certaines sociétés, ce comité agissant sous la responsabilité « collective » des membres du conseil d'administration. Toutefois, la loi pourrait un jour imposer l'existence d'un comité des rémunérations et/ou d'un comité du recrutement, obéissant aux mêmes principes en matière de responsabilité civile. L'administrateur qui fait partie du comité d'audit a l'obligation de s'opposer dès lors que le comité d'audit n'accomplit pas sa mission.

53.- D'autre part, le conseil prend les mesures nécessaires pour permettre le bon fonctionnement du pouvoir de contrôle des assemblées d'actionnaires. Ainsi le *Ripert et Roblot* explique que le conseil, non seulement convoque les assemblées générales et fixe leur ordre du jour, mais aussi et surtout « surveille l'exécution des mesures concernant l'information des actionnaires. Il arrête les comptes de chaque exercice, présente chaque année à l'assemblée générale ordinaire un rapport sur la marche des affaires sociales au cours de l'exercice écoulé, propose l'affectation des résultats. Il présente à l'assemblée un certain nombre de rapports spéciaux concernant des décisions graves de la vie sociale [...] Il donne une autorisation préalable aux conventions conclues entre la société et l'un de ses administrateurs et directeurs généraux, et ces conventions sont ensuite soumises à l'approbation de l'assemblée »⁷⁹.

54.- Enfin, le mouvement de formalisation de la « *corporate governance* » offre à l'administrateur l'occasion de démontrer son implication et sa prise de position dans les décisions du conseil en ce sens qu'il est souhaitable qu'il formalise par écrit les remarques ou avis qu'il estime opportuns pour prouver son implication dans les affaires de la société qu'il administre⁸⁰. Comme le souligne Philippe Bissara, les « comités, qui formalisent les principales diligences incombant au conseil, protègent les administrateurs en fournissant en quelque sorte une preuve formelle de l'accomplissement de ces diligences, qui pourra certes

⁷⁸ Art. L. 823-19 C.com., résultant en sa rédaction de l'ord. n°2008-1278, 8 déc. 2008

⁷⁹ Le *Ripert et Roblot*, §1669

⁸⁰ V. Déjà C. Houpin et H. Bosvieux, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, t.2, 6^e éd., Paris, 1927, n°1100 : « il est donc important que l'administrateur qui veut dégager sa responsabilité fasse constater, d'une manière suffisamment claire, sa protestation contre les décisions prises en dehors de lui ou contre son avis par les autres membres du conseil ». Cité par Alain Couret et Bruno Dondero, dans *L'administrateur, dirigeant de droit responsable de l'insuffisance d'actif : sévérité circonstancielle de la Cour de cassation*.

céder si des négligences sont établies, mais qui rend néanmoins plus difficile la mise en cause a priori de leur responsabilité »⁸¹.

C. Droits de l'administrateur et performance économique

55.- S'il était admis depuis longtemps et notamment le célèbre arrêt Cointreau⁸² que l'administrateur détenait un droit à l'information, la loi sur les Nouvelles Régulations Economiques de 2001 a précisé cette prérogative en disposant dans l'article L.225-35 al.3 du Code de commerce « chaque administrateur reçoit toutes les infos nécessaires à l'accomplissement de sa mission et peut se faire communiquer tous les documents qu'il estime utiles ». Ce droit s'accompagne du pouvoir de vérification et de contrôle dans l'optique d'assurer la performance économique de l'entreprise.

1) Le droit à l'information

a) Un droit stratégique

56.- Selon Alain Viandier, le droit à l'information existe non seulement pour la mission de contrôle des actes du directeur général, mais pour toutes les actions dévolues au conseil.⁸³ Par conséquent, le président du conseil d'administration doit permettre aux administrateurs d'accomplir leur mission en connaissance de cause en mettant à leur disposition les informations nécessaires à leur bonne participation au conseil d'administration. Dès lors que l'administrateur estime que tel ou tel document lui est utile pour l'accomplissement de sa mission, il lui faut demander au président du conseil l'accès à ce document. Ce pouvoir est seulement limité selon Alain Viandier par le risque d'atteinte grave à l'intérêt social ou par les demandes abusives d'un administrateur malveillant.

57.- Or, il a été dit en introduction que l'information était un élément clef de la vie des sociétés cotées. Ainsi, les auteurs du Traité de Droit Commercial⁸⁴ rappellent que « la transparence par l'information joue un rôle primordial sur les marchés financiers en raison des

⁸¹ Philippe Bissara, conf., p.10

⁸² C.Cass. Ch.Com. 2/07/1985, JCP éd. E 1985 II n°14758 note A. Viandier

⁸³ Alain Viandier, *Sociétés et loi NRE, Les réformes de la loi « Nouvelles régulations économiques »*, n°210

⁸⁴ *Le Ripert et Roblot* n°2174

particularités des biens qui sont vendus sur ces marchés [...] L'information joue dans ce domaine un double rôle : permettre aux investisseurs de choisir en connaissance de cause et en toute confiance les instruments financiers qui leur sont proposés par les émetteurs puis négociés sur les marchés financiers ».⁸⁵

58.- Cette exigence d'information et de transparence, la première étant un concept de droit des sociétés, la deuxième, un concept de marché expliquent la nécessité pour l'administrateur de disposer d'un tel droit à l'information, ce d'autant que le juge n'hésite plus à engager sa responsabilité en cas de défaillance coupable (cf. *supra*). Si la responsabilité civile voire pénale de l'administrateur peut être recherchée, la consécration de son droit à l'information par le juge puis par le législateur témoigne de la transformation de sa fonction : l'administrateur n'est plus un simple représentant des actionnaires les plus importants, a fortiori, de tous les actionnaires, l'administrateur est, au sein de son collège, un acteur à part entière de la vie des sociétés cotées. Du point de vue de la performance financière il garantit le sérieux et la qualité des informations délivrées, et la présence au conseil d'administration d'une société cotée d'un administrateur reconnu pour l'usage pertinent de son droit à l'information pourrait être comprise comme un gage donné par les dirigeants aux investisseurs et à la collectivité.

a) Un droit à utiliser de façon pertinente

59.- Les administrateurs ont besoin d'informations pour mieux comprendre et analyser la situation de la société ; en adoptant le rapport d'activité dans lequel figurent ces informations, ils sont responsables de la façon dont la société intègre et en gère les conséquences⁸⁶. Force est de constater que la masse d'information requises par les états et les marchés s'avère pléthorique, et il est douteux qu'un conseil d'administration composé uniquement de bonnes volontés puisse exercer un réel droit de regard sur les activités de la société.

⁸⁵ Les informations à délivrer sont toujours plus nombreuses et leur rythme de diffusion tend à croître : rapport financier, rapport sur le contrôle interne et le gouvernement d'entreprise, communiqué relatif aux honoraires des commissaires aux comptes, information mensuelle sur le nombre total des droits de vote et d'actions, descriptif des programmes de rachat d'actions, communiqués relatifs au prospectus, rapport du président sur les conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil et des procédures de contrôle interne, information sur la rémunération des mandataires sociaux, information sur les mandats d'administrateurs, information sur l'impact social et environnemental de l'activité sociale...

⁸⁶ Cf. Cahier de l'IFA 2007

C'est pourquoi la pratique de gouvernance d'entreprise des comités offre d'intéressantes possibilités pour l'administrateur d'exercer son droit en mobilisant à la fois les compétences comme il a été vu plus haut, mais aussi en organisant une efficace répartition des tâches. Ainsi, les comités du conseil d'administration peuvent prendre contact avec les dirigeants de la société après en avoir informé le président du conseil d'administration. Au terme de la même procédure, ils peuvent demander des études techniques sur des sujets relevant de leur compétence.

60.- Ces comités sont purement consultatifs et ont pour fonction d'éclairer les décisions du conseil sans qu'un quelconque pouvoir leur soit attaché. Toutefois, comme soulignent les auteurs du Traité de Droit Commercial, « il n'est pas exclu que certaines fautes [...] soient exclusivement ou principalement imputées, sur le fondement de la responsabilité civile de droit commun, rendant la contribution de l'administrateur membre du comité à la dette plus lourde »⁸⁷. Dans le même temps, il n'est pas impossible que la responsabilité des membres d'un conseil d'administration puisse être aggravée s'ils n'ont pas tenu compte des avertissements d'un comité consultatif, voire s'ils ont validé un rapport de gestion contenant de fausses informations, les comités du conseil d'administration n'ayant d'existence que formelle.

61.- Enfin, les compétences des administrateurs et leur pouvoir d'information leur donnent un rôle actif. Comme l'affirme Gérard Charreaux, « Même s'il est exact que dans certaines entreprises –principalement les sociétés filiales, à raison de une sur deux- le conseil n'est qu'une chambre d'enregistrement et que les réunions ne sont qu'un simple cérémonial, ce type de conseil a de plus en plus tendance à se marginaliser »⁸⁸. S'il n'est pas un organe de direction, le conseil d'administration apparaît être un organe de réflexion, d'approbation, et une source d'informations privilégiée, selon les PDG questionnés par Gérard Charreaux. Il intervient pour ratifier les décisions en dernier ressort, et constitue, via ses comités de réflexion un organe utile pour la préparation des décisions.

⁸⁷ Ripert et Roblot, n° 2169

⁸⁸ Gérard Charreaux et Jean-Pierre Pitou-Belin, op. cit. étude réalisée auprès des dirigeants des sociétés du CAC 40, p. 201

2) *Les pouvoirs de vérification et de contrôle*

a) Le pouvoir général de vérification et de contrôle

62.- Parmi les pouvoirs généraux de l'administrateur figure le pouvoir de vérification et de contrôle⁸⁹. Ces pouvoirs tirent leur légitimité de l'obligation faite aux administrateurs de surveiller la gestion de la société, « toute défaillance constituant une faute de gestion de nature à engager leur responsabilité »⁹⁰. C'est le conseil d'administration qui apprécie l'opportunité des contrôles et vérifications, tandis que le président du conseil et le directeur général n'ont pas à entériner son choix. Ces contrôles peuvent avoir lieu à tout moment, et peuvent être confiés à un administrateur ou à un comité d'administrateurs. Enfin, à la différence du conseil de surveillance qui n'est pas un organe de gestion, le conseil d'administration n'est pas lié par l'interdiction d'immixtion dans la gestion de la société à partir du moment où les administrateurs n'exercent pas de pouvoir exécutif.

Cette prérogative précisée par la Loi *NRE* est précieuse en ce sens qu'elle donne aux administrateurs la possibilité d'assurer le respect de leur droit à l'information. Plus généralement, l'élaboration du rapport du conseil est l'occasion par excellence pour l'administrateur d'étendre ses vérifications à l'entreprise toute entière.

b) Un pouvoir renforcé avec la loi Grenelle II

64.- L'ancien article L.225-100 du Code de commerce établissait respectivement que « dans la mesure nécessaire à la compréhension de l'évolution des affaires et de la situation de la société, l'analyse [du rapport annuel] comporte, le cas échéant, des indicateurs clés de performance de nature non financières, ayant trait à l'activité spécifique de la société, notamment des informations relatives aux questions d'environnement et de personnel ». Ce rapport comporte en outre une description des principaux risques et incertitudes auxquels la société est confrontée⁹¹.

⁸⁹ C.com., art. L. 225-35 al.3

⁹⁰ Alain Viandier, *op.cit.*, §123-125

⁹¹ Cahier de l'Institut Français des Administrateurs, *Les administrateurs de sociétés cotées et la responsabilité sociale de l'entreprise* ; septembre 2007

L'ancien article L.225-102 issu de la loi NRE disposait quant à lui que « les entreprises cotées doivent publier des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ». L'administrateur doit faire jouer son pouvoir de vérification et de contrôle afin de s'assurer que la société qui aurait pris des engagements volontaires au plan international dépassant les exigences locales, soit dans la capacité de les accomplir de façon cohérente⁹². Que l'administrateur néglige sa mission, et c'est l'image et la valorisation de sa société qui peuvent être mis en péril⁹³.

65.- Or, il a été dit que le respect des exigences du mouvement de la Responsabilité sociale des entreprises tenait un rôle grandissant dans la valorisation financière des sociétés cotées, au point de parler d'une « performance RSE ». Les administrateurs, par le bon exercice de leur pouvoir de vérification et de contrôle, sont responsables des effets sur la cote de la performance extra-financière de leur société⁹⁴. Face à l'impact potentiel du risque RSE sur l'entreprise, il devient impératif pour les administrateurs de prendre en charge l'évaluation des risques pour l'entreprise par l'application de leur pouvoir de vérification et de contrôle⁹⁵. L'outil en la matière est la « cartographie des risques », propre à donner la capacité de visualiser les risques potentiels attachés aux activités et engagements volontaires pris par l'entreprise ; la cartographie des risques est largement promue par les instituts et associations de gouvernance⁹⁶. Dans l'optique de prévention des risques, le suivi du climat social et le respect des normes internationales de travail réclament une attention soutenue de la part des administrateurs sans quoi des conséquences sur la cote de la société pourraient survenir, notamment en cas de restructuration.

66.- A cet effet, la Loi Grenelle II donne aux administrateurs l'occasion d'étendre leurs investigations à davantage d'informations extra financières. En effet, si la loi Grenelle II prévoit une vérification par un organisme tiers indépendant des informations sociales et

⁹² IFA, op. cit. §1.1.1

⁹³ Didier Poracchia et Didier Martin, *Regard sur l'intérêt social*, rev. des sociétés, sept. 2012, p. 475

⁹⁴ L'étude précitée de l'IFA établissait en 2007 que le comportement éthique de la société était jugé prioritaire pour figurer à l'ordre du jour du conseil d'administration par 80% des présidents du conseil, 85% des administrateurs indépendants, et 79% de l'ensemble des personnes interrogées. Dans ces priorités RSE ? le comportement éthique de la société passe après l'intégration de la RSE dans le développement économique à long terme.

⁹⁵ Selon l'étude précitée de l'IFA, pour 77% des administrateurs, leur engagement sur des thématiques ayant trait à la Responsabilité Sociale de l'Entreprise se justifie par le risque pour l'entreprise qu'elles constituent.

⁹⁶ Ainsi l'agence de communication CapitalCom insiste dans la grille des critères de notation sur la présentation pédagogique de la cartographie des risques.

environnementales suivi d'un avis transmis à l'assemblée générale, cette vérification⁹⁷ atteste de la présence des informations prescrites dans le rapport de gestion et donne un avis motivé sur la sincérité des informations figurant dans ce rapport et les explications relatives à l'absence de certaines informations⁹⁸. Le décret d'application a tout juste commencé à s'appliquer, aussi n'est-il pas possible d'évaluer l'effet de la Loi Grenelle II en matière de vérification, néanmoins il est permis de se demander si l'administrateur ne pourrait se saisir de cette obligation réglementaire pour lui aussi vérifier les informations du rapport de gestion et les raisons de leur absence éventuelle afin de pouvoir porter la contestation au vérificateur qui établirait des carences dans la formation dudit rapport.

67.- Enfin, il serait pertinent que l'administrateur se saisisse de telles questions dans la mesure où les informations requises par la loi auprès des sociétés manquent parfois d'à propos, et ne sont pas forcément comparables entre entreprises. L'administrateur peut être le mandataire social qui, du fait de sa vision large de la société qu'il administre, est dans la mesure de déterminer quelles informations sont déterminantes pour donner une « image fidèle » de la société, des caractéristiques propres de la société, et quelles informations peuvent n'être pas fournies en raison de leur impropriété à l'activité menée.

c) Le contrôle des dirigeants

68.- Le conseil d'administration ne dispose que de deux leviers majeurs pour discipliner les dirigeants : la rémunération et la révocation. Aussi, le conseil d'administration détient de longue date le pouvoir de révocation *ad nutum* du président du conseil d'administration⁹⁹ et du directeur général, du moment que les droits de la défense sont respectés¹⁰⁰. Le président du conseil d'administration ne peut en aucun cas prévoir de dispositif qui contourne cette règle de révocation *ad nutum*. En revanche ni le directeur général, ni le directeur général délégué ne sont révocables *ad nutum*, quand bien même ils sont révocables à tout moment par le conseil

⁹⁷ R. 225-105-2 II C.com

⁹⁸ Catherine Malecki, *Le décret du 24 avril 2012 relatif « aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale »*, in Bulletin Joly Sociétés, Juillet-août 2012, p.590

⁹⁹ C.com., art. L.225-47, al.3

¹⁰⁰ *Le Ripert et Roblot*, n°1685

d'administration¹⁰¹. De plus, l'indemnisation du directeur général qui dissuaderait les administrateurs de le révoquer entraînerait probablement son annulation par le juge¹⁰².

69.- Ce pouvoir sur les dirigeants est limité par le fait que le pouvoir de vérification et de contrôle de l'administrateur s'exerce *a posteriori*¹⁰³. « Le rôle des administrateurs [...] doit s'interpréter comme un contrôle, une ratification des initiatives prises par les dirigeants. [Le contrôle] s'effectue grâce à l'exposé du PDG, à la consultation des documents sociaux et du rapport des commissaires aux comptes »¹⁰⁴. Le contrôle peut aussi s'effectuer selon des clauses statutaires dans la mesure où certaines sociétés fixent un seuil d'investissement au-delà duquel le conseil doit être obligatoirement consulté.

L'expérience prouve en outre que, plus que le conseil d'administration, c'est la performance qui permet de prédire les changements de dirigeants. Mais il reste difficile de distinguer dans le succès de la société quelle part revient au dirigeant, et quelle part est due à l'évolution d'un environnement sur lequel il ne peut agir. Seule la comparaison avec la performance des titres de sociétés du même secteur permet de discerner la part réelle du dirigeant dans la performance de sa société¹⁰⁵.

70.- D'autre part, les administrateurs exercent leur contrôle du dirigeant sur la base de critères exclusivement financiers objectifs tels que le budget, la planification, ou les résultats comptables et boursiers, ou sur la base de critères stratégiques qui font appel à une évaluation qualitative de la pertinence des décisions prises par les dirigeants et de leurs efforts. Le contrôle dit « stratégique » s'appuie sur la qualité du processus de décision, et sur les conditions de mise en œuvre de la stratégie. Il reste cependant difficile de mesurer la performance des dirigeants d'autant qu'elle ne serait qu'une composante mineure de la rémunération. « Le souci d'aligner les intérêts des dirigeants sur ceux des actionnaires devrait conduire à retenir des mesures de performance fondées sur les cours boursiers ; mais, une

¹⁰¹ C. com. art. L. 225-55

¹⁰² Le Ripert et Roblot, n°1686

¹⁰³ A cet égard, l'Institut Français des Administrateurs estime que le conseil d'administration doit s'assurer du comportement responsable du management, envers les parties prenantes internes, les parties prenantes externes, et enfin, le conseil d'administration doit contrôler le respect par les collaborateurs des principales règles de conduite en vigueur dans l'entreprise. Cf. Cahier de l'IFA 2007.

¹⁰⁴ Gérard Charreaux et Jean-Pierre Pitol, op. cit. p. 179

¹⁰⁵ Ibid. p. 153

partie substantielle de leur évolution échappe au contrôle des dirigeants. La définition de critères de performance objectifs fondés sur les valeurs de marché est donc délicate »¹⁰⁶.

3) *La responsabilité de l'administrateur de la performance économique de la société*

71.- Du fait de ses prérogatives particulières reposant sur l'information et la vérification, l'administrateur tient une part de responsabilité non négligeable dans le succès économique de la société qu'il sert, et malgré la pléthore d'instances de contrôle¹⁰⁷ des sociétés cotées, c'est en définitive le cours en bourse qui est l'instrument de contrôle le plus efficace : « un marché financier est dans tous les cas un instrument de contrôle et de sanction bien plus performant que tous les contrôles institutionnels, car il vérifie l'efficacité d'une action et non pas seulement sa régularité formelle. Le droit des sociétés se fait aujourd'hui à la bourse »¹⁰⁸.

72.- Or l'entreprise n'est plus seulement attendue sur le terrain de la performance strictement financière, mais également sur le terrain de la prise en compte de l'Environnement et de la prise en compte des parties prenantes. L'administrateur a été mis sur le devant de la scène puisqu'il est responsable du rapport de gestion comme on l'a vu, ce, d'autant que la Loi Grenelle II fait entrer l'investissement indirect dans la problématique environnementale et sociale en imposant aux SICAV et sociétés de gestion de mentionner « dans leur rapport annuel et dans les documents destinés à l'information de leurs souscripteurs les modalités de prise en compte dans leur politique d'investissement des critères relatifs au respect d'objectifs sociaux, environnementaux et de qualité de gouvernance », façon de reconnaître leur influence sur les sociétés dans lesquelles elles investissent. Comme le relève François-Guy Trébulle, « l'on peut penser que le pari du cercle vertueux peut effectivement être gagnant ; la plupart de ces sociétés étant incitées à l'adoption de critères environnementaux, sociaux et de gouvernance, les sociétés désireuses de les attirer seront tenues d'adopter elles-mêmes une politique lisible en la matière. La Commission européenne l'avait relevé dès 2003: “Les

¹⁰⁶ Gérard Charreaux, *op. cit.* Ch. IV Le gouvernement des entreprises, p. 154

¹⁰⁷ Contrôle du Comité d'entreprise, de l'Autorité des Marchés Financiers, contrôle du ministère public et du juge, contrôle du Trésor public, contrôle du commissaire aux comptes, contrôle du vérificateur indépendant...

¹⁰⁸ Paul Didier, *La publicisation du droit des sociétés* in JCP E 1986, 14637, cité dans *Droit des Sociétés*, ouvrage précité, n°799.

investisseurs institutionnels ont un important rôle à jouer dans le gouvernement des entreprises dans lesquelles ils investissent” »¹⁰⁹.

73.- Les fonds pratiquant l’Investissement Socialement Responsable (ISR)¹¹⁰ se développent en parallèle, et font entrer sur les marchés de nouvelles tendances qui, allant croissant, poussent les sociétés à les adopter quand bien même elles seraient inadaptée à leur situation propre : « il est à présent avéré que l’ISR n’est pas un investissement mineur mais bien au contraire un investissement auquel l’avenir sourit et qui, de surcroît, a bien résisté à la crise financière. La RSE fait à présent partie du paysage financier parce qu’elle peut être source de profit, condition de son succès: les sociétés, les acteurs, le marché sont concernés »¹¹¹. Ces propos méritent néanmoins quelques tempéraments dans la mesure où si les gérants de portefeuille doivent répondre aux attentes ISR des souscripteurs et des fonds de placement, leur activité dépend essentiellement des tendances de la gestion collective, soumise à l’influence des marchés. « L’interrogation est donc entière quant à savoir de quelle manière les gestionnaires vont respecter les critères extra-financiers de chaque client essentiellement dans le cas de la gestion collective [...] Seul le futur nous apprendra si les gérants ont su utiliser le nouveau dispositif normatif pour donner à l’ISR un avenir durable »¹¹².

74.- Quoiqu’il en soit, le rapport de gestion a une importance stratégique en ce qu’il donne l’image de la société au cours d’un exercice donné. Il revient à l’administrateur de montrer beaucoup de vigilance dans sa rédaction, et surtout de produire une information lisible et comparable avec les pratiques des autres sociétés cotées. Ainsi, l’Autorité des Marchés Financiers avait dénoncé dans son rapport de 2010 l’hétérogénéité des indicateurs utilisés par les sociétés, l’absence d’explication des méthodes de calcul, et la tendance au « *carpet*

¹⁰⁹ François-Guy Trébulle, *Gouvernance et responsabilité, que change la loi « Grenelle 2 »... pour les sociétés?*, in Environnement n° 5, Mai 2011, étude 3

¹¹⁰ L’ISR peut être compris de quatre façons différentes :

– Intégration dans une décision d’investissement de considérations éthiques, religieuses, sociales, sociétales ou environnementales (*community investing*) ;

– Exclusion de certains investissements considérés comme contestables (fonds d’exclusion ou *negative screening*);

– Investissement financier dans le capital de sociétés répondant à une sélection financière et extra-financière basée sur des critères environnementaux, sociaux ou de gouvernance (fonds ISR ou *positive screening*);

– Comportement proactif d’investisseurs afin de faire évoluer la direction de l’entreprise via le dialogue direct, l’exercice des droits de vote en assemblées générales et/ou le dépôt de résolutions lorsque le dialogue est infructueux (activisme actionnarial ou *shareholder advocacy*). Ivan Tchotourian, *L’ISR imposé aux gérants de portefeuille : big bang ou coup d’épée dans l’eau de la loi Grenelle II ?* in Développement durable. - Entreprise. - Chronique 2010/2011. - 2e partie

¹¹¹ Catherine Malecki, *Le décret du 24 avril 2012 relatif « aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale*, in Bulletin Joly Sociétés, Juillet-Août 2012, n°305, p. 590s.

¹¹² Ivan Tchotourian, op.cit.

bombing » c'est-à-dire la diffusion d'une surabondance d'information tenant plus d'une logique publicitaire que d'une réelle volonté d'intégrer les critères de performance RSE dans la gestion de la société¹¹³.

75.- Enfin, la tâche des administrateurs pourrait être d'impliquer davantage les investisseurs institutionnels qui ont plus tendance à « voter avec les pieds » plutôt qu'à exprimer leur avis dans la gestion de l'entreprise. L'Institut Montaigne appelle ainsi à notamment octroyer des actions privilégiées pour favoriser l'implication de ces investisseurs dont la présence au capital peut être très profitable pour l'entreprise¹¹⁴ et avoir un impact sur les pratiques de gouvernement d'une société cotées et sur sa performance de long terme. Un actionnaire-investisseur pourrait également monnayer sa fidélité contre l'octroi d'une garantie contre les pertes ou pourrait renoncer à son droit de vote de manière définitive en exigeant des contreparties qui lui semblent plus avantageuses¹¹⁵ ?

L'administrateur, gardien de la performance économique de l'entreprise, peut également profiter des revendications issues de la crise financière de 2008 et de leur prise en compte par la Loi Grenelle II pour être l'initiateur d'une utilisation renouvelée des droits politiques des actionnaires.

¹¹³ Catherine Malecki, *Les recommandations de l'AMF sur l'information publiée par les sociétés cotées en matière de responsabilité sociale et environnementale*, in La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 51, 23 Décembre 2010, 2140.

¹¹⁴ Cf. l'effet « Calpers », c'est-à-dire, l'augmentation de la valeur boursière de l'entreprise lorsque le fond de pension y investit.

¹¹⁵ François-Xavier Lucas, *Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? Brefs propos discursifs autour du thème de l'associé et de l'investisseur*, in Revue de Droit bancaire et financier n°4, Juill. 2002, étude 100035

II. L'administrateur, acteur politique de l'entreprise

Garant du succès de l'entreprise et premier acteur politique dans la société, l'administrateur est non seulement garant de la performance économique de l'entreprise, mais il est encore gardien de la bonne concrétisation de l'acte politique. Ce rôle grandissant se concrétise par la position d'intermédiaire de l'administrateur entre les parties prenantes et l'exécutif (A), et son pouvoir de détermination des orientations de la sociétés, donc des moyens, et de la politique qu'elle met en œuvre (B). Enfin, l'administrateur est le protecteur de la liberté et de l'originalité propre de l'entreprise face aux dérives du « tout éthique » (C).

A. Un rôle d'intermédiaire entre certaines parties prenantes et l'exécutif

1) *Une place privilégiée dans le dialogue avec le personnel*

a) L'administrateur salarié

76.- Question largement controversée parmi les dirigeants, la présence au conseil d'administration de salariés de l'entreprise soulève beaucoup d'inquiétudes concernant le rôle de ce que certains tiennent pour les « agents » des syndicats.

Dans le cadre de la politique du législateur en faveur du développement de l'actionnariat salarié, il a été prescrit que lorsque les salariés détiennent plus de 3% du capital social, un ou plusieurs représentants de ces salariés actionnaires soient élus au conseil d'administration¹¹⁶ par l'assemblée générale, sur proposition des salariés. Ces « salariés-administrateurs », par opposition aux administrateurs « classiques » bénéficiant d'un contrat de travail en plus de leur mandat, ne sont pas pris en compte pour l'appréciation du nombre des administrateurs, ou pour l'appréciation des règles du cumul avec un contrat de travail. Leur mandat s'achève avec la rupture de leur contrat de travail, pour quelque cause que ce soit¹¹⁷.

Un régime facultatif¹¹⁸ attribue des règles davantage protectrices des « salariés-administrateurs » et leur attribue les pleines prérogatives des administrateurs « classiques ».

¹¹⁶ C.com., art. L. 225-23

¹¹⁷ Maurice Cozian, Alain Viandier et Florence Deboissy, ouvrage précité, n°794

¹¹⁸ C.com., art. L. 225-27, al. 1^{er}

Leur nombre est limité à quatre, et ne peut excéder le tiers du conseil d'administration. Ces administrateurs bénéficient de garanties spécifiques : ainsi ne peuvent-ils être licenciés que par jugement du conseil des prud'hommes, et ils ne sont révocables que pour des fautes commises dans le cadre de leur mission d'administration, sur décision du tribunal de grande instance saisi par la majorité des membres du conseil.

77.- Dans les faits, la présence de ce type d'administrateurs au conseil d'administration est une caractéristique des très grandes entreprises. Ainsi, selon l'étude de l'IFGE précitée, les salariés représentaient 5% des administrateurs des entreprises géantes en 2010 et 2,3% des grandes entreprises. Ils sont négligeables dans les conseils des ETI (0,6%) et ils sont inexistantes dans ceux des PME de l'échantillon relevé.

b) La « grande peur » des représentants des salariés

78.- Les représentants du Comité d'Entreprise qui sont admis depuis la loi Auroux de 1982 comme observateurs au conseil d'administration, n'ont pas de voix délibérative et ne sont pas assimilables aux « salariés-administrateurs ». La loi fait ainsi l'obligation aux sociétés d'admettre au conseil deux délégués du comité d'entreprise, l'un appartenant au collège des cadres, l'autre, au conseil des ouvriers. S'ils participent aux discussions et soumettent au conseil les vœux du comité d'entreprise, ils ne participent pas au vote. Le défaut de leur convocation n'entraîne pas la nullité des délibérations, mais fait peser le risque pour les dirigeants d'être sanctionnés pénalement pour délit d'entrave au fonctionnement du comité d'entreprise¹¹⁹.

79.- Dans les faits, la désignation de représentants du personnel n'obéit qu'aux dispositions légales et réglementaires. Ainsi, lors de la rencontre du Grand Prix de l'Assemblée Générale chez NYSE-Euronext en février 2013, Nicole Notat, présidente de l'agence Vigeo¹²⁰ rapportait que les 39 représentants salariés des 16 groupes obéissant à ces dispositions au sein du CAC 40 avaient été désignés pour de pure raisons de conformité à la loi et au règlement, sans qu'aucune démarche volontaire n'ait été entreprise. Il semblerait pourtant que le bilan de

¹¹⁹ C.trav., art. L. 2323-62s.

¹²⁰ <http://www.vigeo.com/csr-rating-agency/>

la présence de salariés au conseil soit majoritairement positif, et que leur point de vue, loin d'être en opposition avec ceux des administrateurs, soit plutôt complémentaire¹²¹. Dans les multinationales qui ont instauré la négociation collective à l'échelle internationale, cette négociation est faite avec les représentants des syndicats, et rend moins conflictuelle les relations directes avec les dirigeants.

80.- Plus globalement, la présence des salariés au conseil, qu'elle soit à des fins consultatives ou délibératives inquiète les dirigeants et représente un véritable défi pour l'entreprise. D'abord, concernant le niveau des personnes nommées : il faut qu'elles aient les moyens, la formation et les informations qui leur permettent d'accomplir leur mission. Ensuite, il faut que ces personnes aient une indépendance suffisante vis-à-vis des syndicats et des salariés. Enfin, les salariés administrateurs doivent voter les décisions au nom de l'ensemble des parties prenantes, partant, au nom de l'intérêt stratégique de l'entreprise. La confidentialité des débats est capitale à cet égard, et la grande crainte des dirigeants se fonde notamment sur la tentation éventuelle de diffusion par les administrateurs salariés du contenu des délibérations à la presse.

Malgré ces appréhensions, la présence de salariés-administrateurs au conseil a des aspects positifs, comme celui de dispositif anti-OPA efficace, et donne à l'administrateur la possibilité de jouer un rôle d'intermédiaire entre les salariés et les dirigeants exécutifs. Il faut également se souvenir qu'à l'origine, les syndicats ont été un instrument de lutte politique et sociale au sein des entreprises, et reconnaître la légitimité de la présence de salariés-administrateurs au conseil, c'est leur reconnaître le droit de participer à la politique de l'entreprise, partant, d'assurer un rôle politique positif.

c) L'innovation manquée de la loi Grenelle II

81.- La première version de la Loi Grenelle II prévoyait que « Les institutions représentatives du personnel et les parties prenantes participant à des dialogues avec les entreprises peuvent présenter leur avis sur les démarches de responsabilité sociale, environnementale et sociétale des entreprises en complément des indicateurs présentés ».

¹²¹ Le 8^e baromètre annuel CapitalCom met en évidence que parmi les 6600 actionnaires individuels interrogés par voie électronique, 62% jugent que la présence de salariés au conseil d'administration permettrait d'améliorer le fonctionnement.

La loi de régulation bancaire et financière¹²² a supprimé cette disposition, mais selon François-Guy Trébulle, elle n'empêchera pas le mouvement de participation des *stakeholders* à la détermination du gouvernement de l'entreprise. Cette ouverture aux représentants sociaux notamment aurait été une avancée permettant, selon les termes de Jacques Chevallier de « localiser les sources formelles de conflit, baliser les terrains d'affrontement, situer les zones de compromis envisageables »¹²³. Au moins cela aurait-il incité les dirigeants à s'expliquer en assemblée générale sur les avis exprimés.

Dans l'attente du projet de loi sur le gouvernement d'entreprise, l'agence CapitalCom encourage les sociétés cotées à faire preuve de pédagogie sur le rôle des représentants des salariés au Conseil, et sur les méthodes de désignation des représentants.

2) *L'administrateur, interlocuteur des associations de consommateurs*

a) La nouvelle « conscience politique » du consommateur

82.- Comme le souligne Gilles Lhuillier¹²⁴ concernant les au sujet des délocalisations, les nouveaux mécanismes d'octroi de label aux entreprises respectueuses des droits de l'homme ou des droits des salariés s'appuient sur les consommateurs, renforçant l'émergence d'une « conscience politique » du consommateur. Ce rôle central donné au consommateur est extrêmement intéressant en ce qu'il donne à tout individu une occasion presque anodine de faire connaître ses opinions, et par conséquent d'avoir une influence sur ces entreprises délocalisant pour des raisons parfois purement opportunistes et échappent partiellement au contrôle des états, mais qui ont tout intérêt à complaire à ceux qui *in fine* achètent les produits.

83.- Par conséquent, il devient nécessaire pour les entreprises de prendre en compte les modes de fabrication de leurs produits et le respect par leurs sous traitants des principes sociaux et/ou environnementaux. Leur image en dépend car leur appréhension de leur responsabilité sociale est scrutée avec toujours plus d'attention. « Les entreprises ont besoin de véhiculer une bonne image, pour assurer leur développement sur le marché. Les entreprises [...] dont les titres sont

¹²² Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière

¹²³ Jacques Chevallier, *Vers un droit postmoderne* (1998) cité par François-Guy Trébulle, in Gouvernance et responsabilité op. cit.

¹²⁴ Gilles Lhuillier, op. cit.

admis aux négociations sur un marché réglementé, vont être contraintes d'adopter de plus en plus une démarche managériale de développement durable car grâce à internet, des consommateurs sensibilisés à certaines causes peuvent désormais se relier et partager un même mot d'ordre face à la même marque, et ceci d'un bout à l'autre du globe »¹²⁵.

84.- L'administrateur a un rôle à tenir par rapport à cette politisation croissante des responsabilités extra juridiques de l'entreprise, dans la mesure où son statut de détenteur privilégié des informations de la société, et sa fonction non exécutive lui donnent l'autorité suffisante pour construire un dialogue de fond avec les associations de consommateurs et les Organisations Non Gouvernementales qui attribuent ces si précieux labels. Le fait que des représentants de ces parties prenantes intègrent certaines séances du conseil ou soient consultées par les comités exécutifs pourrait être positif à la fois pour la politique de l'entreprise, et pour les relations avec ces parties prenantes.

b) Les nouveautés de la Loi Grenelle II

85.- Dans la droite ligne des mouvements de labellisation, la loi Grenelle II introduit entre autre dans le Code de la consommation l'obligation de poser sur les produits une étiquette détaillant la consommation d'énergie nécessaire à sa fabrication et son impact sur l'environnement. Le but est d'informer les consommateurs dans leur choix, mais également de faire pression, par la multiplication des étiquettes ou les contraintes fiscales, sur les produits mal notés. « Si l'on peut penser qu'est sollicitée une nouvelle « responsabilité sociale et environnementale » des consommateurs, déclinaison cohérente du principe pollueur-payeur, celle-ci n'efface en rien celle des entreprises et un vaste mouvement de contrôle des allégations environnementales est, opportunément, en train de se mettre en place »¹²⁶.

86.- Dans cette optique, les associations agréées de protection de l'environnement se sont vues reconnaître la possibilité d'exercer les droits des parties civiles concernant un préjudice aux intérêts qu'elles défendent et qui constitue une infraction concernant les pratiques

¹²⁵ Didier Poracchia et Didier Martin, *Regard sur l'intérêt social*, rev. des sociétés, sept. 2012, p. 475

¹²⁶ François-Guy Trébulle, *Gouvernance et responsabilité, que change la loi « Grenelle 2 »... pour les sociétés ?*, in Environnement n° 5, Mai 2011, étude 3

commerciales et la publicité¹²⁷. Une entreprise qui s'engage dans une démarche RSE pourrait valablement être poursuivie non seulement sur le fondement de l'acte unilatéral ou le quasi contrat, mais surtout sur le fondement du délit de pratique commerciale trompeuse si elle s'inscrit en porte à faux avec la qualité annoncée du produit, et si ses déclarations en matière de RSE ont altéré le comportement économique du consommateur¹²⁸.

La pression constante du législateur et des associations sur le respect des principes de responsabilité sociale des entreprises se traduit par un mouvement renouvelé d'activisme actionnarial. Ainsi en France a-t-on vu en mars 2011 des ONG et une société de gestion proposer un projet de résolution au conseil d'administration de Total sur l'impact environnemental des projets d'exploitation de sables bitumeux au Canada. Ce genre de démarche marque la propension des parties prenantes à utiliser les outils du droit des sociétés pour influencer sur la politique de l'entreprise¹²⁹.

3) Comment l'administrateur peut accompagner l'actionnaire dans l'exercice de ses droits

87.- Bien qu'en minorité par rapport aux organismes de gestion collective¹³⁰, les actionnaires individuels gardent un rôle à jouer, notamment vis-à-vis des administrateurs qui doivent leur donner les moyens d'exercer leurs droits politiques.

¹²⁷ Cf. L'arrêt Round up et le green washing

¹²⁸ Didier Martin et Didier Poracchia, op. cit.

¹²⁹ En 2011 lors de l'assemblée générale de BP, le pourcentage de vote négatif a été de 43% concernant la réélection du président du comité « Sécurité, Ethique et Environnement » à cause de la gestion de la catastrophe du Golfe du Mexique. Certains investisseurs, sans se rallier au vote négatif, ont clairement adopté une attitude transitoire afin d'accompagner la société pendant une année pour l'aider à résoudre ses difficultés, mais en se réservant la possibilité de modifier leur attitude si l'évolution de la gestion des risques s'avérait insuffisante.

¹³⁰ Fin 2002, l'encours brut de l'industrie de la gestion atteignait en France 1657 milliards d'euros, et les 15 premières sociétés de gestion géraient 88% du total des actifs sous gestion, sans que rien n'indique la fin de ce mouvement de concentration. (Philippe Bissara, *Les mutations de l'actionnariat et le fonctionnement des sociétés cotées*, op.cit.)

a) Le contrôle du cumul des mandats

88.- La loi fait obligation au conseil d'administration de faire figurer dans le rapport annuel de gestion la liste des mandats et fonctions exercés dans d'autres sociétés par les administrateurs¹³¹. Ainsi, les actionnaires ont la possibilité de contrôler le respect des règles de cumul grâce au rapport annuel¹³². L'administrateur est un acteur majeur de l'assemblée générale même s'il n'est pas sur le devant de la scène lors de la présentation des résultats, et il est frappant de constater dans les questions des actionnaires que l'absentéisme des membres du conseil d'administration revient régulièrement¹³³. Dans le même esprit, un retour sur l'évaluation des travaux du conseil est attendu par les actionnaires¹³⁴. L'administrateur est donc un personnage particulièrement surveillé par les actionnaires qui attendent beaucoup de lui¹³⁵.

b) Le contrôle de la rémunération

89.- Il revient au conseil d'administration de faire figurer dans le rapport de gestion les informations sur la rémunération des mandataires sociaux¹³⁶. Le rapport doit rendre compte de la rémunération totale et des avantages de toute nature versés durant l'exercice à chaque mandataire social à l'exception des mandataires qui n'ont pas de mandat dans une société cotée¹³⁷. L'information concerne aussi les versements et attributions provenant de sociétés contrôlées. En outre depuis la loi du 26 juillet 2005, le rapport doit décrire les éléments fixes, variables et exceptionnels de ces rémunérations, leurs critères d'attribution, et les engagements de toute nature pris par la société au bénéfice de ses dirigeants.

¹³¹ C.com., art. L. 225-102-1 al.4

¹³² C.com., art. L.225-102-1 al.3

¹³³ La grille des critères de notation du Grand Prix de l'Assemblée Générale 2013 insiste sur la présence des administrateurs à l'assemblée générale, la présentation des nouveaux administrateurs, la justification de leur qualification et les critères de leur sélection.

¹³⁴ 8^e Baromètre CapitalCom : 18,4% des actionnaires interrogés placent ce critère en tête des priorités pour les AG 2013

¹³⁵ La grille des critères de notation du Grand Prix de l'Assemblée Générale insiste ainsi sur la présence des administrateurs à l'AG.

¹³⁶ *Le Ripert et Roblot*, n°2179

¹³⁷ C.com., art. L. 225-102-1

Ce contrôle découle du pouvoir spécial du conseil d'administration de déterminer la rémunération de son président, du directeur général, et des directeurs généraux délégués¹³⁸. Le conseil d'administration peut même attribuer aux administrateurs des rémunérations exceptionnelles pour les missions ou mandats spéciaux qui leur ont été confiés¹³⁹. Le conseil a enfin le pouvoir d'autoriser les cautionnements, avals et garanties pour des engagements pris par des tiers, sauf exception¹⁴⁰.

En plus du comité aux comptes, le comité de nomination semble être l'un des comités cruciaux pour la conduite de la société dans la mesure où ce comité est en charge de la composition du conseil d'administration. « Il a charge de faire des propositions au conseil au vu de la composition et de l'évolution de l'actionnariat de la société, la recherche et l'appréciation des candidats et l'opportunité des renouvellements de mandats [...] Concernant la succession des mandataires sociaux, le comité établit un plan pour être en mesure de proposer au conseil des solutions de succession en cas de vacances imprévisibles »¹⁴¹.

90.- Il est normal que les administrateurs soient sanctionnés par l'assemblée générale en cas de mauvais usage de ce pouvoir. Ainsi, à l'heure où les problématiques relevant du « *Say on pay* » se font voyantes, il ne serait pas impossible qu'un jour non seulement un directeur général remette sa démission à la suite d'un vote négatif -même consultatif, de l'assemblée générale sur sa rémunération, mais en plus que les membres du comité des rémunérations voire le conseil d'administration ou son président démissionne en raison d'un tel vote de sanction. Il ne faudrait pas non plus trop calquer ce vote sur les pratiques de la III^e République où les conseils tombaient sitôt le président du conseil sanctionné par le vote de confiance ! Les exigences de pérennité et de stabilité de la société interdiraient que tous les dirigeants quittent leurs fonctions dans de telles conditions.

91.- Quoiqu'il en soit, l'administrateur doit pouvoir mettre les actionnaires en mesure de construire leur avis sur la rémunération de leurs mandataires sociaux¹⁴². Il est néanmoins

¹³⁸ C.com., art. L. 225-47 et L. 225-53

¹³⁹ C. com., art. L. 225-46

¹⁴⁰ C. com., art. L. 225-35, al.4

¹⁴¹ *Le Ripert et Roblot*, n°2172

¹⁴² Le 8^e baromètre annuel capitalcom montre que 81% des actionnaires individuels interrogés sont favorable au principe d'un vote consultatif en assemblée générale sur la rémunération des dirigeants. Par ailleurs, l'agence CapitalCom recommande de préciser le rôle et les missions du Conseil d'administration en matière de rémunération des dirigeants, et du comité des rémunérations. Capitalcom recommande également de réaffirmer l'équilibre des pouvoirs entre Conseil, Comité des rémunérations et actionnaires dans le cadre de l'AG, et de

évident que la question des rémunérations est un problème majeur aujourd'hui dans les relations entre les entreprises et la collectivité, car même si de telles rémunérations sont légales, elles sont jugées illégitimes par la collectivité¹⁴³. Plus qu'un problème juridique, le problème des rémunérations est un problème économique, car la rémunération des dirigeants est comprise comme une incitation à la performance financière, mais aussi un problème politique en ce sens que ce sont des considérations purement éthiques qui guident les tenants de l'instauration d'un débat en assemblée générale sur ce sujet. Aussi le *Say on Pay* peut-il être considéré comme une introduction d'un surcroît de politique au sein des sociétés cotées, charge à l'administrateur de prendre en compte l'impact de ses décisions sur les actionnaires, mais aussi et surtout sur la collectivité¹⁴⁴.

92.- Le mouvement de la Responsabilité sociale des entreprises rajoute des exigences supplémentaires dans la fixation de la rémunération des dirigeants¹⁴⁵, et pousse les sociétés à constituer des comités extra-financiers traitant expressément des thématiques RSE. Certaines concrétisent même la prise en compte la performance extra financière par des actions de performance¹⁴⁶. Le rapport sur le gouvernement d'entreprise préparé par le président du conseil d'administration est appelé par l'AMF à définir de « manière précise et explicite » « les critères qualitatifs utilisés pour la détermination de la partie variable de la rémunération liée à la RSE ». Dans sa chronique *Entreprise et développement durable*, François-Guy Trébulle fait le même constat et mentionne le 3^e Baromètre RSE des sociétés du CAC 40 de CapitalCom qui met en lumière l'accueil de la notion de performance intégrée et le fait que la moitié des entreprises du CAC 40 indexerait la rémunération des dirigeants sur des critères RSE¹⁴⁷. Le 8^e baromètre CapitalCom met en évidence la part croissante des actionnaires (61%

faire preuve de pédagogie sur la politique de rémunération, comme « corollaire de la performance et du projet de l'entreprise ».

¹⁴³ Le même baromètre souligne que 77% des actionnaires interrogés estiment que la communication des entreprises sur la politique de rémunération de leurs dirigeants est insatisfaisante.

¹⁴⁴ La grille des critères de notation pour l'attribution du Grand Prix de l'Assemblée Générale 2013 mentionne notamment la question du temps suffisant pour bien expliquer les conditions de rémunération, ainsi que la justification et l'évolution de l'enveloppe globale des jetons de présence.

¹⁴⁵ Ainsi, le Rapport 2010 de l'AMF laissait apparaître 17% des sociétés de l'échantillon étudié prenaient en compte le facteur RSE dans la rémunération des dirigeants. (*Rapport sur l'information publiée par les sociétés cotées en matière de responsabilité sociale et environnementale* ; Recomm. AMF n°2010-13, 2 déc. 2010.)

¹⁴⁶ Catherine Malecki, *Les recommandations de l'AMF sur l'information publiée par les sociétés cotées en matière de responsabilité sociale et environnementale*, in *La semaine Juridique Entreprise et Affaires* n°51, 23 déc. 2010, 2140

¹⁴⁷ François-Guy Trébulle, *Entreprise et développement durable (1re partie)* - été 2010 – été 2011, in *Environnement* n° 11, Novembre 2011, chron. 3. Et *Entreprise et développement durable (2e partie)* - été 2010 – été 2011, in *Environnement* n° 12, Décembre 2011, chron. 4

contre 52% en 2012) favorables à l'indexation des rémunérations sur des critères sociaux et environnementaux, par nature non spéculatifs et qui s'inscrivent dans une perspective de long terme.

93.- Enfin, signe que la rémunération est décidément un sujet bien délicat, il semble important de revaloriser la rémunération des administrateurs eu égard aux responsabilités croissantes qu'ils ont à leur charge, tant du point de vue juridique que du point de vue extra juridique. Le danger serait de faire peser trop d'obligations et de contraintes sur l'administrateur sans l'inciter à garder sa fonction. La future loi de modernisation de la « *corporate governance* » montrera la voie choisie par le législateur.

c) Le rapport de gestion, outil de la démocratie actionnariale

94.- Si le pouvoir d'information de l'administrateur lui est utile pour accomplir sa propre mission, ce pouvoir lui est aussi utile pour aider les actionnaires à exercer leurs droits. Puisque l'activisme actionnarial se renforce, l'administrateur doit fournir des informations dans le rapport qui soient appropriées et qui lui permettent de se faire une idée exacte de la situation de l'entreprise. Comme le constate François-Guy Trébulle, la question se déplace insensiblement de la détermination des informations extra-financières qui auraient pu être demandées vers celle des informations qui ne devraient pas être retenues »¹⁴⁸.

95.- C'est notamment pour cette raison que le rapport de gestion réclame une rédaction de grande qualité, afin que les actionnaires prennent acte de la volonté du conseil d'administration de les aider à jouer leur rôle et que la logique sous jacente ne soit pas une logique de confrontation, mais une logique de participation au projet d'entreprise. On note toutefois que l'obligation de diffusion d'informations sociales et environnementales initiée par la loi NRE a conduit à la diffusion volontaire par les entreprises de rapports développements durables avec des informations plus précises et plus complètes que celles demandées par la loi.

Même si certains rapports n'ont pour objet que de « jeter de la poudre aux yeux » des actionnaires et des parties prenantes, ils ont le mérite d'exister, charge à l'administrateur d'en

¹⁴⁸ François-Guy Trébulle, chronique précitée n°3

améliorer le fond voire la forme pour qu'ils soient de véritables instruments au service de l'implication des actionnaires dans la politique de l'entreprise, et à terme, de leur fidélisation.

96.- A cet égard, il est frappant de constater que l'actuelle dichotomie entre actionnaire et investisseur a des conséquences graves sur la conception que l'on peut avoir de l'assemblée générale dans les sociétés¹⁴⁹. A partir du moment où l'on considère que l'assemblée générale est peuplée d'actionnaires impuissants ou inintéressés, elle ne servira dès lors que de chambre d'enregistrement. Au contraire, si l'on cherche à responsabiliser les actionnaires dans la conduite de la politique de l'entreprise, l'assemblée générale pourra devenir autre chose que l'ennuyeux rituel auquel on assiste parfois¹⁵⁰. La difficulté réside dans l'asymétrie entre les investisseurs disposant d'informations plus nombreuses et d'instruments de comparaison que n'ont pas les actionnaires individuels. Comme le relève ..., « entre l'actionnaire individuel et le puissant institutionnel américain à qui le directeur financier de la société sera venu expliquer par le détail la politique sociale, que reste-t-il du principe d'égalité ? Malgré les efforts du législateur dont on a précédemment fait état, l'assemblée n'est-elle pas pervertie par une trop forte asymétrie informationnelle ? »¹⁵¹.

97.- Cette asymétrie démontre clairement que le conseil d'administration a une responsabilité dans la composition du rapport de gestion : que le rapport soit obscur, lacunaire, ou peu pédagogique, et c'est l'ébauche de démocratie actionnariale qui est fragilisée ; que le rapport soit clair, complet et compréhensible, et les actionnaires responsables seront en mesure d'apporter leur pierre au projet d'entreprise. En ce sens, l'administrateur est le garant de l'exercice harmonieux de la démocratie actionnariale. Puisque les actionnaires individuels n'ont ni l'influence suffisante pour que le management de la société vienne leur expliquer individuellement les choix de gestion, ni les connaissances suffisantes pour apprécier la teneur des informations délivrées, il revient au conseil d'administration de combler ces ruptures d'égalité avec les investisseurs¹⁵².

¹⁴⁹ Alain Couret, *Les nouvelles formes d'actionariat dans l'organisation des pouvoirs de l'entreprise*, Gazette du Palais, 29 novembre 2003 n° 333, p. 12

¹⁵⁰ Le 8^e baromètre annuel Capitalcom laisse apparaître que les actionnaires individuels sont prêts à 57% à renoncer à tout ou partie de leur dividende au profit du développement des entreprises, contre 49% en 2012.

¹⁵¹ Alain Couret, *op.cit.*

¹⁵² La grille des critères de notation du Grand Prix de l'Assemblée Générale 2013 Fait figurer en bonne place la question de la lisibilité et la pédagogie des informations délivrées aux actionnaires.

B. L'administrateur et la conduite de la société

1) La détermination des orientations et la bonne marche des affaires de la société

a) Les pouvoirs issus de la Loi NRE

98.- Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre¹⁵³. Les administrateurs ne se contentent donc pas de ratifier les orientations déjà arrêtées par le directeur général, mais donnent une direction déterminée à la société. Par conséquent, le conseil doit s'assurer que les orientations sont effectivement suivies par le DG et doit lui demander périodiquement de lui rendre compte des initiatives qu'il a pris en ce sens, sans quoi la responsabilité des administrateurs pourrait être engagée¹⁵⁴.

99.- Dans le même temps, le conseil a le pouvoir de se saisir de toute question intéressant la bonne marche et les affaires de la société. Alain Viandier rapporte que les travaux préparatoires de la loi *NRE* avaient pour but d'insister sur la gestion à long terme de l'entreprise : « Cette notion de 'bonne marche de la société' est nouvelle : elle désigne en fait la pérennité de la société. Les membres du conseil d'administration sont mandatés par les actionnaires pour veiller au devenir de leur capital. Placés à la charnière entre les actionnaires et le gestionnaires, le conseil d'administration doit défendre l'intérêt de l'actionnaire en faisant preuve de vigilance à l'égard de toutes les décisions qui pourraient avoir une incidence sur l'avenir de la société : insister sur ce point est utile »¹⁵⁵.

Cette formule signifierait que le conseil d'administration n'a pas à s'en tenir à la définition des orientations mais doit s'impliquer et s'intéresser à la gestion du quotidien. Il est attendu en cas de trouble affectant la bonne marche de la société : grève prolongée, contentieux important, mésentente entre les membres de l'exécutif de la société¹⁵⁶.

¹⁵³ C.com., art. L.225-35 al.1

¹⁵⁴ Alain Viandier, *Sociétés et loi NRE*, op. cit. n°116

¹⁵⁵ *Rapport Besson*, n°2327, p. 208, cit. par Alain Viandier dans l'ouvrage cité.

¹⁵⁶ Alain Viandier, op. cit. n°119-121

100.- Toutefois, l'immixtion de l'administrateur dans la bonne marche et les affaires de la société constituent un empiètement qui peut fragiliser la direction générale de la société, alors même que la jurisprudence protège le directeur général contre les débordements des autres organes ou d'un tiers¹⁵⁷. Il faut pourtant reconnaître à la loi NRE le mérite d'avoir tenté de séparer la direction générale de la présidence du conseil d'administration, car au moins cela a permis de renforcer les pouvoirs du conseil. Selon Alain Viandier, le président du conseil d'administration, n'existant désormais qu'à travers celui-ci, « sera souvent tenté de promouvoir le rôle du conseil autant par souci vertueux de respecter à la lettre l'art. L. 225-35 que par intérêt personnel, ce qui montre que l'ego peut être facteur de sécurité juridique »¹⁵⁸. La nouvelle répartition des pouvoirs issue de la Loi NRE donne donc à l'administrateur l'occasion d'assurer pleinement un rôle politique au sein de l'entreprise et envers les parties prenantes.

b) Les efforts pour une meilleure articulation des pouvoirs

101.- La séparation entre l'exécutif et la surveillance est généralement considérée comme une « bonne pratique de gouvernance » au moins pour les grandes entreprises et permet de distinguer les pouvoirs exécutifs des pouvoirs de contrôle. Cette séparation peut se faire soit à l'intérieur du conseil d'administration, avec une séparation des fonctions de président et de directeur général, soit par l'adoption d'une structure duale, distinguant le conseil de surveillance et le directoire¹⁵⁹.

La forme moniste avec séparation des pouvoirs paraît appropriée pour la bonne performance et la bonne politique de l'entreprise. Dans l'enquête menée par l'IFGE, 22% des sociétés géantes opéraient cette séparation en 1992 ; elles sont désormais 52% à le faire. Pour les grandes entreprises, la séparation concernait 19% des conseils en 1992 contre 54% en 2010. Même constat chez les ETI, qui passent de 18% de distinction entre président et Directeur Général en 1992 à 44% en 2010¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Cass.com., 11 juin 1965, RTD COM 1965 p.861 R. Houin

¹⁵⁸ Alain Viandier, op. cit. n°126

¹⁵⁹ Pierre-Yves Gomez & Zied Guedri, *20 ans d'évolution des conseils d'administration en France 1992-2010*, Cahier n°3 Octobre 2012 « Preuves à l'appui », IFGE.

¹⁶⁰ Ibid.

102.- La dissociation entre direction et orientation dans les sociétés cotées à conseil d'administration permet une meilleure répartition des tâches. On note que la forme dissociée est notamment retenue dans la pratique si le modèle d'activité de l'entreprise nécessite un travail d'expertise lourd de la part du conseil, et si les investissements constituent une part importante et récurrente de l'activité du groupe. La forme dissociée permet la protection de l'actionnariat et de l'exécutif, la transmission de l'entreprise, et la bonne communication de la gestion aux actionnaires, notamment dans le cadre du « *Say on Pay* »¹⁶¹.

En outre la dualité offre la possibilité d'un contre-pouvoir au directeur général, ce qui est bénéfique dans la mesure où elle favorise une répartition équilibrée des pouvoirs et limite l'isolement du dirigeant. L'Institut Français des Administrateurs insiste dans sa liste des bonnes pratiques sur le fait que « dans tous les cas, les administrateurs doivent pleinement respecter les rôles et prérogatives de l'exécutif, afin d'éviter toute interprétation de leurs actions comme une mainmise du Conseil sur la gestion de l'entreprise »¹⁶².

103.- Il paraît crucial que l'administrateur, du fait de son pouvoir d'orientation, ait également son avis à donner en matière d'organisation des pouvoirs au sein de la société, car l'articulation choisie permettra plus ou moins bien l'exercice des prérogatives politiques de chacun, et au bout du compte, l'augmentation des risques de sanction par les marchés, ou par les parties prenantes. Choisir un schéma de répartition des pouvoirs approprié aux caractéristiques de la société et à son histoire semble être la toute première politique de l'entreprise, et en dit long sur la façon dont est conçu le rôle de l'administrateur. Le règlement intérieur pourrait être un outil pertinent afin d'organiser la répartition des pouvoirs au sein du conseil d'administration.

2) *La protection des intérêts collectifs*

104.- Il est difficile pour les dirigeants d'harmoniser la gestion de leur entreprise avec les multiples exigences que portent le commerce international, l'environnement, les droits de l'homme, et les intérêts privés des entreprises. En réponse à ces contradictions, diverses initiatives internationales ont été lancées pour promouvoir l'efficacité et la transparence des

¹⁶¹ *Structures de gouvernance de l'entreprise : critères de décisions*, in Les travaux de l'IFA-Janvier 2013

¹⁶² *Structures de gouvernance de l'entreprise : critères de décisions*, in Les travaux de l'IFA-janvier 2013

marchés et articuler la division des responsabilités entre les différentes autorités de contrôle, de réglementation, et de sanction¹⁶³.

105.- Cette protection se concrétise en premier lieu par les choix des dirigeants en matière de « *corporate governance* ». Ainsi, le rapport du président du conseil d'administration sur le gouvernement d'entreprise doit s'expliquer clairement sur ses choix en la matière¹⁶⁴. La loi Grenelle II devrait être l'occasion pour les administrateurs de réexaminer les choix de gouvernance de la société qu'ils servent, quitte à mettre en place une « gouvernance environnementale »¹⁶⁵ dont la source selon Didier Poracchia¹⁶⁶ réside dans le fait que, « au-delà de la protection de l'entrepreneur et de son cocontractant, l'entreprise, firme, noeud de contrats, met en cause à travers son activité un ensemble d'intérêts collectifs ».

106.- Quoique l'entreprise soit avant tout destinée à réaliser son objet social et créer *in fine* de la valeur, les temps actuels incitent à prendre en compte les valeurs véhiculées par la RSE, à prendre en compte la politisation engendrée par les enjeux environnementaux et sociaux en raison des enjeux de coûts, d'image, et de contrainte légale. Le « jeu » de la « *soft law* » n'est en réalité que la réintroduction de l'acte politique, et si l'entreprise ne participe pas à la vie de la collectivité ou s'inscrit en faux vis-à-vis des valeurs ou de la morale commune, elle risque fort de se voir sanctionnée et par les parties prenantes, et par les marchés. Non pas que le marché ait une morale, mais tout simplement parce qu'il suit justement les inclinations des individus, qu'elles aillent dans un sens donné, ou un autre. Didier Poracchia rappelle donc fort opportunément qu'une « décision faisant prendre un trop grand risque à la société en raison de l'impact social ou environnemental de celle-ci pourra bien évidemment apparaître contraire à son intérêt et susceptible de conduire alors à la mise en jeu de la responsabilité de ses dirigeants, voir d'elle-même »¹⁶⁷.

¹⁶³ Benoît Le Bars, La gouvernance environnementale, in Environnement n°6, Juin 2009, dossier 9

¹⁶⁴ C.com., art. L.225-37

¹⁶⁵ Benoît Le Bars, art. précité

¹⁶⁶ Didier Poracchia, *De l'entrepreneur à l'entreprise*, Gaz. Pal. 19 mai 2011, p.10

¹⁶⁷ Didier Poracchia, article précité.

3) *L'administrateur et les restructurations de l'entreprise*

a) L'épineuse question de l'Offre Publique d'Achat

107.- Dans l'hypothèse où la société fait l'objet d'une offre publique d'achat, le conseil d'administration mène une expertise sur les conditions financières de l'offre¹⁶⁸, de façon à permettre au conseil de conforter sa décision, et de donner aux actionnaires une information complète en leur garantissant que les intérêts des minoritaires ont été pris en compte par le conseil¹⁶⁹. En revanche si l'opération est susceptible d'engendrer des conflits d'intérêts au sein du conseil d'administration de nature à mettre en cause l'égalité des actionnaires, le conseil d'administration de la société visée doit désigner un expert indépendant¹⁷⁰. Le conseil définit la mission de l'expert et met en œuvre les diligences nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

108.- Il est heureux que l'administrateur ait quand même un rôle à jouer en matière d'OPA dans la mesure où le droit communautaire et le législateur français lui préfèrent l'actionnaire comme seul juge de l'opportunité d'une telle offre¹⁷¹. Toute mesure défensive est prohibée dans un but de protection de l'intérêt social restreint à l'intérêt des actionnaires. Malheureusement, la pratique de telles opérations montrent l'arrivée des opérateurs boursiers aux vues à court terme dès la publication de l'offre. Selon Didier Martin et Didier Poracchia, « instituer l'assemblée générale des actionnaires en agent principal de la protection de l'intérêt social entendu comme l'intérêt des actionnaires peut s'avérer dangereux pour la pérennité de la société notamment dans le cas où l'initiateur de l'offre a annoncé le dépeçage de la cible en cas de réussite de l'offre »¹⁷².

¹⁶⁸ Cf. Règlement général de l'AMF, Livre II, Titre VI

¹⁶⁹ *Le Ripert et Roblot*, n°2257

¹⁷⁰ Règlement général de l'AMF, art. 261-1

¹⁷¹ Aux termes de l'article L.233-32, I du Code de commerce, « pendant la période d'offre publique visant une société dont des actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, le conseil d'administration, le conseil de surveillance, à l'exception de leur pouvoir de nomination, le directoire, le directeur général ou l'un des directeurs généraux délégués de la société visée doivent obtenir l'approbation préalable de l'assemblée générale pour prendre toute mesure dont la mise en œuvre est susceptible de faire échouer l'offre, hormis la recherche d'autres offres ».

¹⁷² Didier Martin et Didier Poracchia, *Regard sur l'intérêt social* ; cela avait été le cas en 2007 lors de l'offre déposée sur la banque ABN Amro par le consortium formé par RBS, Fortis et Santander.

109.- A défaut de pouvoir décider de l'acceptation ou non de l'offre, le conseil d'administration peu tout du moins rendre un avis éclairé pour les actionnaires, même si cela n'est pas suffisant. Plus qu'un conseiller, le conseil d'administration devrait pouvoir jouer le rôle d'un arbitre, établissant un compromis entre les attentes des actionnaires, et celles du directeur général, avec comme visée ultime la pérennité de l'entreprise.

c) L'impact externe des restructurations : une application de la gestion des risques

110.- Les administrateurs ont un droit de regard sur les opérations sociétaires, et ce droit devient d'autant plus nécessaire que les enjeux environnementaux et sociaux sont pris en compte dans le cadre par exemple des apports partiels d'actifs, et plus globalement, des cessions de titres et leur gestion par les clauses de garanties de passif.

111.- Ainsi, un arrêt de la 3e Chambre civile du 22 juin 2010¹⁷³ a imputé la responsabilité de la pollution d'un site à Rhodia Chimie au motif qu'elle « ne démontrait pas qu'à l'occasion d'apports partiels d'actifs le passif environnemental résultant de l'activité polluante avait été transféré à des tiers ». Le contrat d'apport partiel d'actif ne mentionnant aucune clause prévoyant précisément et clairement le transfert de l'obligation de remise en état des lieux, la société Rhodia a échoué à démontrer qu'elle n'avait pas transféré le passif environnemental à un tiers.

112.- D'autre part, dans deux arrêts du 3 juin 2010¹⁷⁴ et du 17 mars 2011¹⁷⁵ la chambre civile a eu à connaître de la situation d'un passif social lié à une faute inexcusable de l'employeur ayant provoqué la maladie ou le décès d'un salarié. Dans ces arrêts, la Cour estime que la cession partielle d'actif ne fait pas disparaître le cédant qui a été l'employeur « lequel demeure responsable sur son patrimoine personnel des conséquences de sa faute inexcusable » et admet que le salarié peut agir contre lui « peu important les conventions passées entre ses employeurs successifs » et « qu'il peut également, s'il y a lieu, agir contre le tiers cessionnaire des droits et obligations de toute nature afférents à la branche complète d'activités constituée par l'établissement où il travaillait lors de son exposition au risque considéré ». La Cour

¹⁷³ Cass. 3^e civ., 22 juin 2010, n° 09-10.215 : Environnement et dév. durable 2010, comm. 124, note M. Boutonnet

¹⁷⁴ Cass. 2^e civ., 3 juin 2010, n° 09-15.993; LPA 21 déc. 2010, p. 6, note B. Charot et A. N. Choquet

¹⁷⁵ Cass. 2^e civ., 17 mars 2011, n° 09-17.439 et 09-17488; Bull. Joly 2011, p. 726, § 324, note H. Le Nabasque

estime donc que l'apport n'a pour effet que l'ajout d'un nouveau débiteur et non le retranchement de la société apporteuse qui demeure responsable. Etrange du point de vue du droit des sociétés, cette solution est justifiée selon François-Guy Trébulle qui estime que « la bonne intelligence de la solution jurisprudentielle qui nous paraît fondée en opportunité pourrait passer par l'affirmation qu'il existe des obligations légales particulières dont la finalité est la protection de l'environnement et/ou de la santé, dont la spécificité est telle que leur transfert dans le cadre du droit des sociétés ne peut avoir pour effet de libérer celui qui en est tenu mais uniquement de lui adjoindre un coobligé dans des termes définis entre eux.¹⁷⁶ ».

113.- Du point de vue de la cession de titres, un arrêt SAS EGEF¹⁷⁷ avait à connaître d'une action initiée par un sous cessionnaire contre le cédant de droits sociaux d'une société industrielle au motif de la dissimulation de l'existence ou du risque d'une importante pollution du site d'activité. Le sous cessionnaire a toutefois échoué à faire reconnaître l'existence d'une violation de la réglementation et la dissimulation de la pollution, d'autant que les cessions étaient intervenues entre professionnels. La clef en matière de cession réside bien soit dans la dissimulation par le cédant du fait de pollution, même éventuel, mais il faudra qu'elle soit établie ; soit, pour ce qui est du seul risque, dans l'ignorance légitime de celui-ci par le cessionnaire. Dans le cadre de transactions portant sur des titres de sociétés industrielles, le caractère professionnel de l'opération permettra d'être très exigeant sur ce dernier point.

114.- Par conséquent, l'administrateur, du fait de son pouvoir d'orientation, et de contrôle de la mise en œuvre de ces mêmes orientations, doit avoir une vigilance particulière pour les opérations sociétaires qui, si elles ont des conséquences relativement anodines, pourraient être dévastatrices pour la société, et pour la cohérence de sa politique, comme par exemple l'emploi d'enfants dans les installations d'un sous-traitant.

¹⁷⁶ François-Guy Trébulle, chronique précitée n°3

¹⁷⁷ Cour d'appel de Douai, 19 mai 2011, n° 10/04289

C. L'écueil du « tout éthique »

115.- Si comme on l'a vu, la « *corporate governance* » et le mouvement de la Responsabilité sociale de l'entreprise constituent autant d'occasions de poser des actes politiques, le danger résiderait a contrario de tomber dans les pièges d'une *compliance* trop poussée. Notion nébuleuse d'origine anglo-saxonne, la *compliance* est l'attitude juridique, comptable, et managériale qui consiste à mettre l'entreprise en conformité avec les lois et règlements, mais aussi avec la « *soft law* », qui croit de façon exponentielle.

Or la fin première d'une entreprise n'est ni l'exercice d'une activité caritative, ni le respect minutieux de dispositions qui brideraient son développement financier et extra financier. En un mot, il serait stérile pour l'entreprise d'appliquer scrupuleusement des dispositions qui ignorent son fonctionnement propre, son histoire et son caractère, ou encore qui obéissent à d'autres traditions nationales.

1) *La question de l'administrateur indépendant*

116.- Les principes consolidés AFEP/MEDEF préconisent d'ouvrir les conseils d'administration des sociétés cotées à des professionnels qualifiés et à des personnalités extérieures, dites indépendantes, dont la présence contrebalancerait la prépondérance du président. La présence d'administrateurs indépendants¹⁷⁸ répond à une attente du marché et améliorerait la qualité des délibérations par l'apport d'opinions originales¹⁷⁹. Avec une belle unanimité, l'Institut Français des Administrateurs, le Code Middlenext, et à l'étranger, l'*UK Code of Corporate Governance* promeuvent de tels administrateurs. Didier Lamèthe relève à plaisir que « comme un chevalier revenu d'une croisade, l'administrateur indépendant idéal doit être nécessairement un grand sage, un fédérateur expérimenté d'assentiments, un témoin présent et actif, un porteur d'une bonne parole, tout en demeurant modéré et nuancé dans ses opinions. La liste des qualités, valeurs et expertises de l'administrateur indépendant idéal peut

¹⁷⁸ Les principes consolidés AFEP/MEDEF définissent l'administrateur indépendant comme l'administrateur qui « n'entretient aucune relation de quelque nature que ce soit avec la société, son groupe, ou sa direction, qui puisse compromettre sa liberté de jugement ».

¹⁷⁹ La Recommandation du 6 Octobre 2004 ne brille pas à cet égard par son originalité et reste statique.

détonner si elle laisse supposer, en contre-pied, que les autres administrateurs n'en bénéficient pas »¹⁸⁰.

117.- Pourtant, le concept d'administrateur indépendant n'est pas français, tire son origine des chartes d'éthique américaines en raison du pourcentage traditionnellement très majoritaire des dirigeants salariés de l'entreprise dans les conseils d'administration des sociétés américaines (*Executive directors*)¹⁸¹. La « *corporate governance* » américaine pense l'administrateur indépendant comme représentant des intérêts des actionnaires, et s'est justement intéressé au mode de fonctionnement français des sociétés pour forger ce concept¹⁸². Il serait paradoxal que les conseils d'administration reprennent une idée calquée sur leur mode de représentation des intérêts ! En France, le problème se pose autrement puisque la loi limite le nombre d'actionnaires salariés, et se concentre davantage sur l'allégeance de nombre d'administrateurs au président et sur le manque d'implication des administrateurs dans la société qu'ils sont censés servir.

En somme, l'administrateur indépendant serait tout bonnement un administrateur compétent et responsable... Selon Didier Lamèthe, la question de l'administrateur indépendant « sert à occulter efficacement le besoin de lutter contre l'absentéisme et la passivité des administrateurs et la question de la défense des intérêts majeurs des dirigeants-actionnaires de l'entreprise, également administrateurs ».

118.- La difficulté réside dans le fait qu'il est impossible de définir en pratique ce qu'est un administrateur indépendant, d'autant que l'indépendance face au conseil n'est pas l'indépendance face au marché¹⁸³, et il est bon que l'administrateur soit aussi libre de décision par rapport aux marchés dont les élans ou les engouements ne sont pas forcément bénéfiques si l'entreprise les suit. A partir du moment où une société qui va à contre-courant des tendances diverses donne une raison valable, ses administrateurs font preuve de plus d'indépendance d'esprit que ceux qui jouerait les marchés contre le projet d'entreprise. De

¹⁸⁰ Didier Lamèthe, *Les paradoxes des administrateurs indépendants*, in Recueil Dalloz 2010, p. 508

¹⁸¹ Le Ripert et Roblot, n°2165

¹⁸² Alain Delga, *L'administrateur indépendant n'existe pas : « Dangers » ; « Une référence inappropriée au système anglo-saxon »*

¹⁸³ Il est paradoxal de constater que pour beaucoup d'entreprises, l'administrateur indépendant reste un moyen facile de se donner une bonne conscience et une image de meilleure transparence. Selon Didier Lamèthe, en Angleterre, des sociétés ont paradoxalement recours à des chasseurs de tête pour recruter des administrateurs indépendants qui deviennent vecteurs d'image pour des sociétés cotées.

surcroît, l'administrateur peut tout à fait perdre son indépendance à cause de sa rémunération, ou de son mandat... d'administrateur indépendant.

D'autre part, c'est le comportement des administrateurs à la fois individuels et collectifs qui fonde l'indépendance. Car le conseil d'administration reste envers et contre tout un organe collégial où les décisions sont prises à la majorité. Un administrateur indépendant, deux, trois, même, ne sont pas assez pour influencer sur le conseil d'administration s'il ne l'accepte pas. Il serait peut être préférable de remplacer l'administrateur indépendant par une personnalité extérieure, plus neutre.

119.- La controverse relative à l'administrateur indépendant est symptomatique de ces préconisations comme encore celles qui réclament le « comité d'audit » en organes sociaux de substitution exerçant le choix des commissaires aux comptes, ou pour les administrateurs indépendants, évaluent les dirigeants, alors qu'ils sont en porte à faux avec la conception collégiale du conseil d'administration et avec la responsabilité solidaire des administrateurs.

2) *L'administrateur, garant de la liberté de la société*

120.- Il est sans cesse rappelé l'exigence du long terme dans la conduite des affaires de la société. Or, le fonctionnement des marchés fait que les sociétés cotées, soumises aux agences de notations et aux décisions de gestion des investisseurs institutionnels, sont captives des tendances du marché et de la « standardisation des modes de gouvernement des entreprises ». Ainsi, « les réactions du marché tendent à avoir un impact direct sur les décisions de la société. Les organes sociaux sont obligés de céder aux « attentes du marché »¹⁸⁴. Un des effets majeurs de ces attentes est la transformation des conglomérats en entreprises spécialisées dont l'analyse est facilitée pour les comparaisons de l'industrie de la gestion collective et pour les arbitrages entre dettes et capital des produits complexes. « En somme, l'influence du marché, c'est-à-dire des gestionnaires d'actifs qui en sont les acteurs prépondérants, tend à jouer un rôle majeur d'orientation des stratégies et des comportements des entreprises, rôle qui se substitue à celui des organes sociaux eux-mêmes »¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Philippe Bissara, *Les mutations de l'actionariat et le fonctionnement des sociétés cotées*, op.cit.

¹⁸⁵ Ibid.

121.- De même, la prolifération des chartes éthiques doit être considérée avec beaucoup de prudence dans la mesure où ces chartes ne sont pas forcément bien comprises et par les dirigeants, et par les parties prenantes¹⁸⁶. Ces chartes répondent à la fois à la volonté de complaire aux investisseurs, valoriser le cours de l'action, et au désir de lutter contre des dérives managériales. Concernant les salariés, elle imposée par le dirigeant plus que par les salariés et parfois réduit leur droits et leur autonomie en faisant prédominer une éthique d'entreprise sur la morale ou sur le droit. « Dès lors, le mouton noir est celui qui ne suit pas les codes éthiques. Ainsi serait banni sur le fondement d'une charte éthique (tu respecteras le secret des affaires et de l'entreprise) celui qui se sera opposé à certaines transgressions juridiques, le comptable par exemple, ou aura dénoncé la malversation au commissaire aux comptes. La primauté de l'intérêt de l'entreprise consacré implicitement ou explicitement par les chartes éthique patronales peut ainsi justifier un acte de corruption permettant de gagner un marché »¹⁸⁷. Concernant les dirigeants, les chartes éthiques les soumettent à des exigences tout aussi pesantes, comme on l'a vu au sujet des administrateurs indépendants ou encore dans la prévention des délits d'initiés¹⁸⁸.

122.- La conséquence juridique générale est l'affaiblissement de la prise en considération des dispositions du droit des sociétés ou des clauses statutaires au profit des objurgations de la « *corporate governance* ». Or si celles-ci peuvent un temps améliorer la performance des entreprises, le résultat sur le long terme ne sera pas forcément aussi bon car leurs objectifs de sécurisation des investisseurs et de développement de l'image de l'entreprise n'améliorent pas vraiment son contrôle et sa transparence¹⁸⁹. Les standards prônés par les investisseurs mondiaux ne peuvent malheureusement pas garantir le bon fonctionnement d'organes sociaux qui relèvent parfois d'une autre logique que celle proposée par les règles de « *corporate governance* ».

¹⁸⁶ Alain Delga, *De l'éthique d'entreprise et de son cynisme*, Recueil Dalloz 2004, p.3126

¹⁸⁷ Alain Delga, *op.cit.*

¹⁸⁸ Le Tribunal de Nanterre a ainsi estimé que l'obligation pour les salariés de demander à leur employeur l'autorisation de se marier s'ils épousaient un conjoint en relation d'affaires ou concurrent de la société Novartis constituait un trouble manifestement illicite en ce qu'elles portaient atteinte à la vie privée du personnel et présentaient un risque pour sa santé mentale. Ils ne pouvaient également pas exercer des fonctions d'administrateur, gestionnaire ou membre d'une organisation pouvant générer des conflits potentiels sans en référer à la direction. Cité par Alain Delga.

¹⁸⁹ Alain Delga, *De l'éthique d'entreprise et de son cynisme*, Recueil Dalloz 2004, p.3126

Pernicieuse, l'influence du marché va parfois contre le long terme de l'entreprise, notamment lorsque les fonds d'investissement font pression pour que les actions à double dividende ou autres avantages accordés aux actionnaires fidèles soient bannis de la politique des sociétés cotées. Pourtant ce serait un moyen intéressant de fidéliser les actionnaires par la prise en compte de la durée d'investissement. Claude Bébéar constate ainsi que « si l'on veut voir des « vrais » actionnaires remplir pleinement leur rôle, il faudrait leur accorder en assemblée générale des votes multiples liés à la durée de leur investissement [...] et leur donner un dividende lui-même lié à la durée de détention de l'action »¹⁹⁰.

123.- Eu égard à ces tensions entre les exigences des marchés, les exigences des parties prenantes, et les caractéristiques propres de la société qu'il sert, l'administrateur est véritablement le garant de l'entreprise, tant sur l'aspect « performance économique », que sur l'aspect de la prise en compte des conséquences politiques de choix de gestion. Plus qu'un surveillant des dirigeants, l'administrateur est donc le gardien de la valeur et du projet de l'entreprise¹⁹¹.

124.- Dirigeant clef des sociétés cotées, l'administrateur remplit donc une double fonction dans l'entreprise : la première, mise en lumière par les dernières décennies, de garantie de la performance économique de l'entreprise ; la deuxième, plus récente, de mise en œuvre de la politique dans et par l'entreprise, au service de l'entreprise, et par ricochet, de la collectivité.

*

* *

¹⁹⁰ Claude Bébéar, *Ils vont tuer le capitalisme*, Plon, 2003

¹⁹¹ Ivan Tchotourian, *Pour le Canada, les administrateurs sont les gardiens de la valeur de l'entreprise*, Bull. Joly bourse, 1^{er} Juill. 2009, n°4 p. 339.

Bibliographie

Ouvrages

- Abadie, Pauline; *Entreprise responsable et environnement, recherche d'une systématisation en droits français et américain*, thèse présentée en 2011, à paraître
- Arendt, Hannah, *Condition de l'Homme moderne*, trad. Georges Fradier, coll. Liberté de l'esprit, Calmann-Lévy, Paris 1961
- Beaufort (de), Viviane ; *Gouvernance d'entreprise en Europe*, 2006
- Bébéar, Claude, *Ils vont tuer le capitalisme*, Plon, 2003
- Cozian, Maurice, Viandier, Alain, Deboissy, Florence ; *Droit des sociétés*, LexisNexis, Litec, 21^e éd., Lonrai 2008
- Charreaux, Gérard, et Pitol-Belin, Jean-Pierre, *La théorie contractuelle des organisations : une application au conseil d'administration*, Université de Dijon, 1985
- Duguit, Léon, *Les transformations générales du Droit Privé depuis le code Napoléon*, Edition la mémoire du droit, 1999, réimpression de l'édition de 1920, Paris, Librairie Félix Alcan
- Germain, Michel, avec le concours de Véronique Magnier, *Traité de droit commercial G. Ripert R. Roblot*, tome 1 volume 2 « *Les sociétés commerciales* »; LGDJ Lextenso éditions, 19^e éd., Paris 2009
- Gomez, Pierre-Yves ; *La république des actionnaires*, coll. Alternatives Economiques, éd. Syros, 2003
- Hobbes, Thomas, *Léviathan*, trad. François Tricaud et Martine Pécharman, coll. Librairie philosophique, Dalloz, Paris 2004
- Ripert, Georges ; *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1938
- Ripert, Georges ; *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1947
- Schmidt, Dominique, *Les conflits d'intérêts dans la SA*, Joly, 1999
- Szramkiewicz, Romuald ; *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, collection Domat/Droit privé, Cahors 1989
- Viandier, Alain ; *Sociétés et loi NRE*, Les réformes de la loi « Nouvelles régulations économiques », Dossiers pratiques, Editions Francis Lefèbvre, Saint Germain du Puy 2001

Contributions issues de recueils d'articles ou de mélanges

- Bissara, Philippe, *Les mutations de l'actionariat et le fonctionnement des sociétés cotées*, in *Mélanges Dominique Schmidt*, Joly, 2005
- Caussain, Jean-Jacques ; *A propos du devoir de loyauté des dirigeants de société*, Etudes offertes à Barthélémy Mercadal, Editions Francis Lefèbvre, Gouvernes 2002.
- Frison-Roche, Marie-Anne ; *La distinction des sociétés cotées et des sociétés non cotées*, in *Mélanges AEDBF-France*, Banque Éditeur, 1997
- Gomez, Pierre-Yves ; *Leçons de la crise et perspectives pour l'après-crise*, in *La gouvernance des sociétés cotées face à la crise* (dir. V. Magnier)

Lhuillier, Gilles ; « Law shopping (La redéfinition du choix de la loi par la pratique du droit international des affaires) », in *Les groupes internationaux de société : nouveaux enjeux, nouveaux défis*, sous la direction de Xavier Boucobza, Economica, 2007

Paclot, Yann ; *Le gouvernement d'entreprise, pour quoi faire ?* Quelques réflexions en relisant le Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées in *La gouvernance des sociétés cotées face à la crise* (dir. V. Magnier)

Schiller, Sophie ; *L'indemnisation du préjudice de l'actionnaire en cas de diffusion d'une information erronée*, in 2001-2010 Dix ans de transparence en droit des sociétés, sous la direction d'Edith Blary-Clément et Jean-Christophe Duhamel, Artois Presses Universités, Droit et Sciences économiques, 2011

Vauplane (de) Hubert ; *Morale et bourse : un long malentendu*, in *Mélanges Dominique Schmidt*, Joly, 2005

Articles

Albarian, Alexis ; *La révocation des mandataires sociaux pour perte de confiance*, in *RTD Com.* 2012 p. 1

Auzeno, Gilles ; *Le développement de la participation et de l'actionnariat salarié* ; *Bulletin Joly* 2007, p.331

Bissara, Philippe ; *Le gouvernement d'entreprise en France : faut-il légiférer encore et de quelle manière ?*, in *Revue des sociétés* 2003 p. 51

Couret, Alain, *Les nouvelles formes d'actionnariat dans l'organisation des pouvoirs de l'entreprise*, *Gazette du Palais*, 29 novembre 2003 n° 333, p. 12

Couret, Alain et Dondero, Bruno ; *L'administrateur, dirigeant de droit responsable de l'insuffisance d'actif : sévérité circonstancielle de la Cour de cassation*, in *La Semaine Juridique- Entreprise et Affaires* n°37, 15 septembre 2011, p. 93s

Delga, Alain, *L'administrateur indépendant n'existe pas : « Dangers » ; « Une référence inappropriée au système anglo-saxon »*

Delga, Alain, *De l'éthique d'entreprise et de son cynisme*, *Recueil Dalloz* 2004, p.3126

Doganis, Carine ; *Vers une gouvernance intégrée. ISO 26000 et perspectives de la RSE*, in *Revue Française de Gouvernance d'Entreprise-* n°8/2010 p.187.

Droit et Patrimoine ; 2010 : *Entre interprétation créatrice et réductrice du droit des sociétés – 2011, 203, Droit des sociétés*

Dondero, Bruno ; *La décision fautive du conseil d'administration fait présumer la faute de l'administrateur*, in *Recueil Dalloz*, 8 juillet 2010 n°26, p. 1678s.

Giacopelli-Mori, Muriel ; *La délégation de pouvoirs en matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise*, in *Revue de science criminelle* 2000 p. 525

Honorat, Jean ; note sous Cass. Com. 27/03/1990 Bull. Cass. 1990 IV n°102 Defrénois 1233

Lamèthe, Didier ; *Les paradoxes des administrateurs indépendants*, in *Revue des sociétés* 2013 p. 249

Le Bars, Benoît ; *La gouvernance environnementale*, in *Environnement* n° 6, Juin 2009, dossier 9

Le Cannu, Paul ; *La faute individuelle des membres d'un organe social collectif*, in *Revue des Sociétés*, Juillet-Août 2010, p.304s

Le Nabasque, Hervé ; *Responsabilité des dirigeants*, note sous Cour de Cassation (com.) 9 mars 2010, FS-P+B, n°08-21.547, Sté EPF PArtners c/ Abela, in La Revue des Sociétés, juin 2010 p. 230s.

Le Tourneau, Philippe, *Ethique des affaires et du Management au XXe siècle*, Dalloz 2000.

Lucas François-Xavier, *Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? Brefs propos discursifs autour du thème de l'associé et de l'investisseur*, in Revue de Droit bancaire et financier n°4, Juill. 2002, étude 100035

Magnier, Véronique, « Qu'est-ce qu'un administrateur prudent et diligent ? », Bulletin Joly, Sociétés 2012, p.75

Malecki, Catherine ; *La recommandation du 30 avril 2009 sur le régime de rémunération des administrateurs des sociétés cotées*, in Journal des Sociétés

Malecki, Catherine ; *Le décret du 24 avril 2012 relatif « aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale*, in Bulletin Joly Sociétés, Juillet-Août 2012, n°305, p. 590s

Malecki, Catherine, *Les recommandations de l'AMF sur l'information publiée par les sociétés cotées en matière de responsabilité sociale et environnementale*, in La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 51, 23 Décembre 2010, 2140

Martin, Gilles, *Commentaire des articles 225, 226 et 227 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite « Grenelle II »)*, in Revue des sociétés 2011, p. 75

Mercier, Virginie ; *Responsabilité sociétale des entreprises et droit des sociétés : entre contrainte et démarche volontaire*, in Droit des sociétés n° 4, Avril 2011, étude 6.

Merle, Philippe ; *De la responsabilité personnelle des dirigeants d'une SA cotée jugés trop généreux envers leur prédécesseur*, in Bulletin Joly Sociétés, février 2009 n°32

Pailler, Pauline ; *Actualité de la responsabilité des dirigeants : les tendances*, in Revue Lamy Droit Civil – 2011, 81

Paillusseau, Jean ; *Le droit des activités économiques à l'aube du XXIe siècle*, in Recueil Dalloz 2003 p. 260

Poracchia, Didier et Martin, Didier ; *Regard sur l'intérêt social*, in Revue des Sociétés, septembre 2012, p.475s

Poracchia, Didier ; *De l'entrepreneur à l'entreprise*, Gaz. Pal. 19 mai 2011, p.10

Schiller, Sophie ; *Nature des fautes susceptibles d'engager la responsabilité des dirigeants et méthode d'évaluation du préjudice subi*, in JCP/ La semaine juridique- Edition entreprise et affaires n°20. 20 mai 2010 p. 36s

Schmidt, Dominique, *La Cour de cassation facilite l'indemnisation de l'actionnaire trompé par de fausses informations*, Bulletin Joly Sociétés, Juin 2010, p.537

Tchotourian, Ivan, *L'ISR imposé aux gérants de portefeuille : big bang ou coup d'épée dans l'eau de la loi Grenelle II ?* in Développement durable. - Entreprise. - Chronique 2010/2011. - 2e partie

Tchotourian, Ivan, *Pour le Canada, les administrateurs sont les gardiens de la valeur de l'entreprise*; Bulletin Joly bourse, 1^{er} Juill. 2009, n°4 p. 339

Trébulle, François-Guy; *Entreprise et développement durable (1re partie)* - été 2010 – été 2011, in Environnement n° 11, Novembre 2011, chron. 3

Trébulle, François-Guy; *Entreprise et développement durable (2e partie)*. - été 2010 – été 2011, in Environnement n° 12, Décembre 2011, chron. 4

Trébulle, François-Guy ; *Gouvernance et responsabilité, que change la loi « Grenelle 2 »... pour les sociétés ?*, in Environnement n° 5, Mai 2011, étude 3

Avis et rapports

Avis du Comité économique et social sur le thème "Livre vert: Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises" (COM(2001) 366 final) ; Journal Officiel du 27 mai 2002 - Numéro C 125 - Page 44

Rapport d'information sur la transparence de la gouvernance des grandes entreprises présenté par MM. les députés J.-M. Clément et Ph. Houillon, Assemblée nationale, 20 févr. 2013, n° 737, www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rap-info/i0737.pdf

Conférences

Bissara, Philippe; *Les véritables enjeux du débat sur le « gouvernement de l'entreprise »*, in Revue des sociétés (1) janv-mars 1998

Etudes thématiques d'instituts divers

CapitalCom, *Les actionnaires individuels, relais du financement des entreprises à long terme*, 8^{ème} baromètre annuel CapitalCom des attentes des actionnaires individuels du CAC 40 à l'approche des assemblées générales 2013 (Communiqué de presse), 24 janvier 2013

Ernst & Young, *Panorama des pratiques de gouvernance des sociétés cotées françaises*, Edition 2012

IFA, *Les administrateurs de sociétés cotées et la responsabilité sociale de l'entreprise* ; septembre 2007

IFA, *Structure de gouvernance de l'entreprise : critères de décisions*, in Les travaux de l'IFA, janvier 2013

IFA, *Les conventions réglementées*, in Les travaux de l'IFA, janvier 2012

Gomez, Pierre-Yves ; *Référentiel pour une gouvernance raisonnable des entreprises françaises*

Gomez Pierre-Yves et Guedri Zied, *20 ans d'évolution des conseils d'administration en France 1992-2010*, in Cahiers « Preuves à l'appui » en partenariat avec Institut de recherche Middenext, Cahier n°3 Octobre 2012

Codes de « corporate governance »

United Kingdom Code of Corporate Governance

Code de gouvernement d'entreprise pour les valeurs moyennes et petites

(http://www.middenext.com/IMG/pdf/Code_de_gouvernance_site.pdf)

Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées

(<http://www.medef.com/medef-corporate/publications/fiche-detaillee/categorie/economie-1/back/110/article/code-de-gouvernement-dentreprise-des-societes-cotees.html>)

Sites divers en lien avec la « corporate governance » et sur la RSE

<http://www.institutmontaigne.org/>

<http://www.vigeo.com/csr-rating-agency/>

<http://www.capitalcom.fr/1.aspx>

<http://www.ansa.fr/>

<http://www.amf-france.org/>

http://ec.europa.eu/index_fr.htm

*

* *