



La professionnalisation des administrateurs

Pascal Bine
Norman Sulliman
Thierry Vignal

Lundi 28 novembre 2011

Skadden

Beijing
Boston
Brussels
Chicago
Frankfurt
Hong Kong

Houston
London
Los Angeles
Moscow
Munich
New York

Palo Alto
Paris
São Paulo
Shanghai
Singapore
Sydney

Tokyo
Toronto
Vienna
Washington, D.C.
Wilmington

Table des Matières

Introduction : les signes de la professionnalisation des administrateurs

- I. Les raisons de la professionnalisation des administrateurs
 - A. Les missions imparties au conseil d'administration sont de plus en plus importantes
 - B. Un environnement de plus en plus difficile et contraignant pour les administrateurs
 - C. L'évolution du régime de la responsabilité civile des administrateurs
 - D. Les attentes qui pèsent sur les administrateurs sur la façon de remplir leur mission
 - E. Les devoirs de l'administrateur (critères de l'IFA et de l'APIA)
- II. Que faut-il entendre par professionnalisation des administrateurs ?
 - A. Améliorer les compétences vs. créer un nouveau métier
 - B. Passer du concept d'administrateur indépendant à celui d'administrateur professionnel
 - C. Faut-il modifier le statut légal de l'administrateur ?
 - D. La nécessité de créer une bonne dynamique au sein du conseil d'administration
 - E. La mise en place de bonnes pratiques au sein des conseils d'administration

Les signes de la professionnalisation des administrateurs

Skadden

- L'accroissement de la rémunération moyenne des administrateurs (de 21K€ en 2000 à 49K€ en 2010 par administrateur du CAC 40, source : Ernst & Young)
- L'accroissement de la charge de travail des administrateurs (de 5 réunions par an en 2000 à 8,4 en 2010 pour les sociétés du CAC 40 (source : Ernst & Young) ; des conseils qui durent parfois une journée entière ; 2 à 3 jours de travail à temps plein par mois pour les administrateurs du CAC 40)
- Le développement des associations professionnelles d'administrateurs (IFA, APIA, etc.) ; la création de fichiers d'administrateurs de sociétés
- Le recours à des cabinets spécialisés pour la sélection et le recrutement des administrateurs
- Le développement de l'activité de conseil auprès du *board* (banques d'investissement, cabinets d'avocats, conseils en stratégie, conseils en communication financière)

Les missions imparties au conseil d'administration sont de plus en plus importantes

- Les quatre missions de base du conseil d'administration :
 - participer à la définition de la stratégie de l'entreprise et contrôler sa mise en œuvre
 - contrôler et s'assurer de la fiabilité et de la qualité de l'information comptable et financière de la société
 - nommer les dirigeants sociaux et contrôler l'exécution de leurs missions
 - s'assurer de l'adéquation et de la fiabilité des systèmes de contrôle interne
- Des missions qui sont exercées de façon beaucoup plus approfondie :
 - tout projet stratégique (M&A, investissement) est dorénavant soumis au conseil
 - l'implication du comité d'audit vis-à-vis des auditeurs internes et externes
 - les problématiques de fraude et de corruption, l'émergence du concept de Responsabilité Sociale de l'Entreprise (RSE), la gestion du risque éthique

Un environnement de plus en plus difficile et contraignant pour les administrateurs

Skadden

- La crise de 2008 a mis en lumière les déficiences des systèmes de gouvernance de certaines entreprises ; la gestion des risques se retrouve au cœur de la préoccupation des conseils d'administration
- La pression imposée aux administrateurs est de plus en plus forte en matière de communication financière :
 - complexité accrue des normes comptables
 - des obligations d'information périodique de plus en plus large
 - des sujets souvent sensibles à piloter (fixation et révision des éléments de *guidance*, *profits warnings*, etc.)
 - l'émergence d'une responsabilité civile des administrateurs vis-à-vis des actionnaires en matière d'information financière
- Le poids croissant des régulateurs s'est traduit par une multiplication des règles de transparence économique et financière et un renforcement des pouvoirs et du rôle des conseils d'administration.
- L'évolution des structures actionnariales et le renforcement du poids des actionnaires :
 - les fonds de pension anglo-saxons ; les fonds activistes
 - les associations d'actionnaires
 - l'actionnariat salarié
 - les agences d'analyse de gouvernance (Proxinvest) ; les sociétés de conseil aux actionnaires (Deminor)
- L'accroissement du risque « contentieux » pour les administrateurs s'est traduit par une augmentation de la couverture et des primes versées dans le cadre des polices d'assurance d'administrateurs
 - plusieurs sociétés françaises ont fait l'objet de class actions aux Etats-Unis
 - le projet d'introduction d'une action de groupe pour les consommateurs au niveau européen

L'évolution du régime de responsabilité civile des administrateurs (I)

- La nécessité de maintenir un équilibre entre deux principes :
 - le droit à réparation des actionnaires en cas de comportement fautif des administrateurs
 - la nécessité de protéger les administrateurs contre des demandes d'indemnisation pour la moindre erreur d'appréciation
- Vis-à-vis des tiers, la responsabilité d'un administrateur ne peut être engagée que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions
 - la faute séparable s'entend de « la faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales » (Cass. com., 20 mai 2003, n°99-17.092)
- La responsabilité des administrateurs vis-à-vis de la société (action *ut singuli*) obéit à une logique différente : une simple faute des administrateurs suffit
 - très peu de procédures introduites par les actionnaires sur ce fondement
- La mise en œuvre de la responsabilité des administrateurs vis-à-vis des actionnaires n'est pas soumise à l'existence d'une faute séparable des fonctions (Cass. com., 9 mars 2010, n°08-21.547)
 - Faut-il en conclure que les actionnaires ne sont pas des tiers ?

L'évolution du régime de responsabilité civile des administrateurs (II)

- La Cour de cassation a récemment consacré un principe de présomption de responsabilité à l'encontre des administrateurs (Cass. com., 30 mars 2010, n°08-17.841).
 - *« commet une faute individuelle chacun des membres du conseil d'administration [...] qui, par son inaction 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 ».*
- La faute des administrateurs peut donc consister en un simple défaut de contrôle ou de surveillance
 - jusqu'à quel point peut-on reprocher à un administrateur d'avoir failli à son devoir de diligence ?
 - les obligations de diligence qui figurent dans le code Afep-Medef et autres recommandations visant à améliorer la gouvernance des sociétés peuvent-elles également servir de critère d'appréciation de la responsabilité des administrateurs ?

Les attentes qui pèsent sur les administrateurs sur la façon de remplir leur mission

- L'administrateur exerce une double fonction de contrôle et d'éclairage (l'APIA) :
 - la première consiste à prévenir les risques et fiabiliser l'existant
 - la seconde consiste à stimuler et enrichir la réflexion prospective
- « Dans tous les cas, il s'agit de challenger le management par un questionnement pointu et constructif afin de le sensibiliser aux risques et aux opportunités »
- L'administrateur doit agir avec une totale indépendance d'esprit
 - « L'indépendance, c'est questionner sans complaisance tout en soutenant le management mais sans se substituer à l'équipe de direction. C'est poser les bonnes questions, exiger les réponses et ne pas se satisfaire de mauvaises réponses ou de réponses insuffisantes. Dans un conseil indépendant... les administrateurs savent tester la cohérence de la réponse, car ils peuvent la mettre en perspective avec d'autres expériences, d'autres références » (Bertrand Collomb)
- Selon l'APIA, un administrateur agit à la fois en tant que médiateur (en cas de divergences au sein du conseil, entre actionnaires ou avec les dirigeants) et catalyseur (en combinant les compétences et savoir-faire au sein du conseil avec ceux et celles de la direction générale)
- Les administrateurs doivent interagir avec le management de façon appropriée ; il s'agira de challenger, soutenir, contrôler ou relayer le management en fonction des circonstances (l'APIA) ; une bonne dynamique entre le conseil d'administration et le management est un facteur de création de valeur

Les devoirs de l'administrateur (critères de l'IFA)

- *« agir en toute circonstance dans l'intérêt social de l'entreprise, en représentant l'ensemble des actionnaires*
- *préserver son indépendance de jugement, de décision et d'action*
- *n'être influencé par aucun élément étranger à l'intérêt social qu'il a pour mission de défendre*
- *alerter le conseil sur tout élément de sa connaissance de nature à affecter les intérêts de l'entreprise*
- *exprimer clairement ses interrogations et ses opinions*
- *convaincre le conseil de la pertinence de ses positions*
- *éviter tout conflit pouvant exister entre ses intérêts moraux et matériels et ceux de la société*
- *veiller à ce que les procédures permettant le contrôle du respect des lois et règlements soient en place*
- *s'il n'est plus en position d'exercer ses fonctions en conformité avec celle-ci, et à défaut d'y parvenir, en tirer les conséquences personnelles »*

Qu'est-ce qu'un administrateur d'entreprises ? (critères de l'APIA)

Skadden

- « C'est un homme ou une femme libre et disponible...
 - libre dans ses convictions, jugements et positions, jusqu'à démissionner d'un mandat si cela lui paraît nécessaire
 - disponible pour consacrer le temps qu'il faut à être utile à une entreprise, temps bien supérieur à la simple participation, même assidue, aux travaux et réunions d'un conseil
 - disponible pour accompagner dans la durée une entreprise, surtout si elle connaît des difficultés
- ... ayant par son vécu la capacité d'apporter les compétences d'un professionnel
 - « réducteur d'aléas », en créant de la sécurité dans une entreprise notamment en anticipant les risques pour mieux les traiter
 - « facilitateur », en apportant du sang-froid, recul et modération dans des situations tendues que lui-même a déjà vécues et dont il a déjà su sortir
 - « entrepreneur », en suscitant l'ambition et le développement pour créer de la valeur durable
- ... en forte proximité avec le chef d'entreprise
 - parce que lui-même a été et/ou est dirigeant et qu'il connaît le poids des responsabilités
 - parce qu'il est là, en pair, pour aider et renforcer un chef d'entreprise et non pour le juger
 - parce qu'il accepte d'en partager à titre personnel la responsabilité sociale
- ... tout ceci en sachant rester à sa place et se conformer au rôle qui est attendu de lui
 - déterminer la stratégie de l'entreprise
 - se saisir de toute question impactant la sécurité et la pérennité de l'entreprise
 - garantir des informations financières sincères et véritables »

Les qualités d'un administrateur se jugent sur son comportement et ses compétences

- Le comportement d'un administrateur professionnel :
 - il fait preuve de vigilance, d'exigence, d'intégrité, de responsabilité et d'implication dans la conduite de ses missions
 - il exprime ses avis et opinions avec une totale liberté de pensée
 - il a une démarche pragmatique et prospective
 - il a une bonne capacité d'anticipation
 - il est capable de convaincre et affiche de la détermination dans ses prises de positions
 - il sait travailler en équipe et décider de façon collégiale
- Les différentes compétences d'un administrateur professionnel :
 - sa connaissance du secteur d'activité de l'entreprise
 - son expertise sur un type d'opérations (M&A, délocalisation, etc.) ou sur des situations spécifiques (gestion de crise, etc.)
 - son expérience managériale
 - son réseau relationnel
 - sa maîtrise de l'environnement légal et réglementaire
 - sa capacité à mettre en œuvre les bonnes pratiques en matière de gouvernance

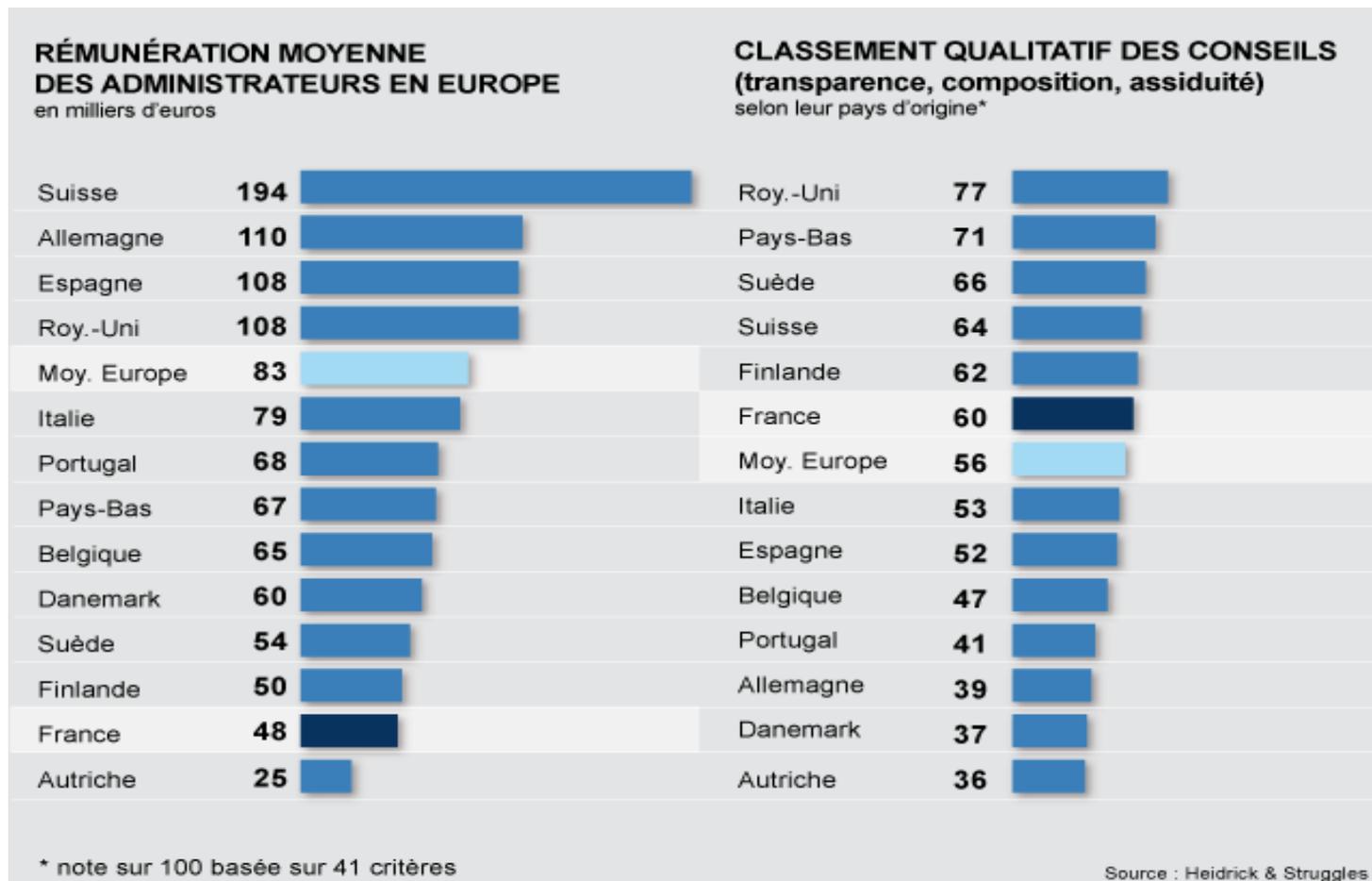
Comment favoriser et renforcer la professionnalisation des administrateurs ?

Skadden

- Formation des administrateurs :
 - la fonction d'administrateur ne s'improvise pas ; nécessité de former les administrateurs pour leur permettre de mieux appréhender l'environnement réglementaire de leur mission et conforter leurs connaissances dans les domaines liés à celle-ci
 - IFA/Sciences Po a mis en place un cursus de formation aboutissant à une certification
- Sélection des administrateurs :
 - l'art du recrutement de nouveaux administrateurs réside dans la recherche de l'équilibre des compétences et des personnalités au sein du conseil
 - le profil de l'administrateur recherché doit être défini en fonction du rôle qu'il devra exercer au sein du conseil et du type d'interaction qu'il aura avec les autres administrateurs et le management
 - ne pas s'emprisonner dans les logiques de réseaux ; le processus doit être conduit de façon rationnelle et collégiale (gestion du processus par le comité des nominations, recours à un chasseur de têtes)
- Rémunération des administrateurs :
 - augmenter la rémunération moyenne des administrateurs ; bannir les mandats non rémunérés
 - s'assurer que le niveau des jetons de présence rémunère de façon adéquate le professionnalisme et la contribution de chaque administrateur
 - mettre en place des conventions d'honoraires pour l'exercice de missions spécifiques
- Protection des administrateurs :
 - s'assurer d'un niveau de couverture des risques (généraux et spécifiques) adéquat dans les polices d'assurance RC
 - limiter les cas d'exclusion

Un écart important entre la rémunération des administrateurs en France et l'appréciation qualitative de leur travail

Skadden



Faut-il passer du concept d'administrateur indépendant à celui d'administrateur professionnel ?

Skadden

- La notion d'indépendance retenue par le code AFEP-MEDEF repose sur des critères objectifs et quantitatifs censés assurer une certaine distance de l'administrateur vis-à-vis de l'entreprise et, le cas échéant, son actionnaire de contrôle :
 - ne pas être salarié ou mandataire social de la société, salarié ou administrateur de sa société mère ou d'une société qu'elle consolide et ne pas l'avoir été au cours des cinq années précédentes
 - ne pas être mandataire social d'une société dans laquelle la société détient directement ou indirectement un mandat d'administrateur ou dans laquelle l'un de ses salariés ou mandataires sociaux détient (ou a détenu au cours des 5 dernières années) un mandat d'administrateur
 - ne pas être client, fournisseur, banquier d'affaire ou de financement de la société ou de son groupe
 - ne pas avoir de lien familial proche avec un mandataire social
 - ne pas avoir été auditeur de l'entreprise au cours des cinq années précédentes
 - ne pas être administrateur de l'entreprise depuis plus de douze ans
- « *Un administrateur doit avoir d'abord et avant tout une forte personnalité, qui lui permettra non seulement de se forger sur chaque sujet son intime conviction, mais aussi de l'exprimer et participer activement aux débats du Conseil et de ses comités* » (Denis Kessler, Président-Directeur général de SCOR ; cité par l'IFA)
- Pour l'IFGE, c'est la fonction d'administrateur qui doit être indépendante et non l'administrateur lui-même en tant que personne physique ; seul un agrément de l'administrateur par une association professionnelle peut établir la véritable indépendance de l'administrateur
 - « *pour apprécier la qualité du gouvernement d'une entreprise, les actionnaires et les analystes devraient s'assurer de la présence au conseil d'un nombre suffisant d'administrateurs professionnels et du fait que l'association professionnelle qui les a agréés présente un caractère suffisant de transparence, de sérieux et de crédibilité* » (IFGE)₁₄

Faut-il modifier le statut légal de l'administrateur ?

- Faut-il redéfinir la mission de l'administrateur pour la limiter et mieux préciser le partage des responsabilités entre administrateurs et dirigeants ?
 - le conseil n'est ni un organe opérationnel ni un organe permanent
 - l'administrateur agit-il aux côtés des dirigeants ou est-il seulement le représentant des actionnaires ?
 - est-ce que trop de responsabilités tue la responsabilité effective ?
 - faut-il limiter la mission de l'administrateur à un rôle purement fiduciaire (proposition IFGE) ?
- Faut-il rendre l'administrateur plus responsable de ses actions ?
 - en ajoutant aux critères retenus par les tribunaux pour apprécier le caractère fautif ou non du comportement d'un administrateur (prudence et diligence) celui de compétence à l'instar du Royaume-Uni, des Etats-Unis ou de l'Allemagne ?
- Faut-il supprimer la limitation du nombre de mandats pouvant être exercés par un administrateur (actuellement cinq) ?
- Faut-il créer une profession réglementée avec un régime d'agrément ?

La nécessité de créer une bonne dynamique au sein du conseil d'administration

Skadden

- « *L'administrateur a besoin d'être rassuré sur le fait que le conseil sert à quelque chose et que son rôle ne se limite pas à apporter un confort purement psychologique au management* » (E. Lulin, administratrice de la Société Générale ; citée par l'IFA)
- Il y a un doute sur l'efficacité du conseil lorsque les décisions prises par celui-ci apparaissent trop consensuelles (conseil trop mou ?)
- Il faut un vrai travail d'équipe au sein du conseil ; « *le conseil d'administration, c'est une équipe de rugby, ça ne peut pas fonctionner en individuel. Pour créer du collectif, il faut travailler ensemble et pas en one to one* » (l'IFA)
- Une bonne synergie au sein du conseil passe par la diversité de ses membres (nationalités, compétences, etc.) et leur complémentarité
- L'efficacité d'un conseil repose sur sa capacité à définir une stratégie claire :
 - c'est la condition nécessaire pour que les décisions du conseil soient comprises par chacun de ses membres et engagent chacun d'entre eux
 - c'est dans ces circonstances que le conseil sera le mieux préparé pour affronter les situations de crise (si la stratégie n'est pas une œuvre collective, en cas de difficultés, le conseil aura tendance à rejeter la responsabilité sur le management, voire à le remplacer sans avoir de stratégie alternative)

La solution passe par la mise en place de bonnes pratiques au sein du conseil

- Le parcours d'intégration des nouveaux administrateurs est indispensable pour maintenir un groupe d'administrateurs cohérent (réunion avec les principaux cadres-dirigeants et les CAC ; revue de l'état de concurrence de la société, etc.)
- Le séminaire stratégique annuel stimule le dialogue entre le conseil d'administration et le management sur les questions de stratégie et permet d'améliorer la réflexion sur les orientations stratégiques de la société
- La mise en place de tableaux de bord permet au conseil d'administration d'avoir une vision globale et synthétique de l'activité de l'entreprise et de conduire sa mission de contrôle de façon plus efficace
- L'attribution d'un budget propre permet au conseil d'avoir une grande autonomie de fonctionnement (et de recourir plus facilement à des conseils externes)
- Il faut améliorer les méthodes d'évaluation des travaux du conseil (recours à des évaluateurs externes, prise en compte de la dimension psychologique des acteurs, nécessité d'aboutir à des recommandations opérationnelles)
- Le conseil doit mettre en place tous les moyens permettant de bien prévenir et traiter les conflits d'intérêts potentiels ou avérés



Skadden

Skadden

Beijing Boston Brussels Chicago Frankfurt Hong Kong Houston London Los Angeles Moscow Munich New York Palo Alto
Paris São Paulo San Francisco Shanghai Singapore Sydney Tokyo Toronto Vienna Washington, D.C. Wilmington