

Gouvernance : des (bons) conseils pour les conseils d'administration

Les conseils d'administration des sociétés cotées sont devenus des instances où s'arbitrent les intérêts de tous ceux, actionnaires, salariés et autres parties prenantes, que la stratégie ou les activités de l'entreprise mettent en cause. Pour assister les administrateurs dans ce rôle, la pratique consistant pour les conseils d'administration à s'entourer de leurs propres conseils s'impose progressivement. L'occasion de souligner les spécificités de ces missions.



Par **Christophe Perchet**, associé,

Opérations de rapprochement, revendications de fonds activistes, enquêtes anticorruption, cyberattaques, changements de gouvernance ou restructurations d'envergure : l'actualité économique et financière offre chaque jour un nouvel exemple de situations sensibles ou complexes dont sont saisis les conseils d'administration des sociétés cotées. Ces derniers sont appelés à prendre, parfois dans l'urgence, des décisions lourdes de conséquences, qui pourront être scrutées, y compris sous l'angle de la responsabilité civile¹, voire pénale, des administrateurs qui les composent.

La loi Pacte du 22 mai 2019, qui promeut une définition élargie de l'intérêt social et offre aux sociétés la faculté de se doter d'une « raison d'être » statutaire², a consacré cette évolution avec les exigences nouvelles qu'elle impose dorénavant aux conseils d'administration de respecter dans leur processus de décision³. Il en résulte que les administrateurs ont désormais non seulement le devoir de veiller au respect de l'intérêt social mais aussi celui de tenir compte des enjeux sociaux et environnementaux de l'activité de l'entreprise et, lorsque celle-ci s'en est dotée, de sa raison d'être. Le « nécessaire dépassement du tout lucratif »⁴ impose ainsi aux administrateurs des contraintes nouvelles. Il pourrait aussi leur donner, dans certaines situations, des marges de manœuvre inédites, notamment lorsqu'ils sont tenus d'apprécier un projet d'offre publique visant la société⁵.

Dans un tel contexte, il est donc essentiel mais parfois assez complexe, pour un conseil d'administration, de s'assurer de sa parfaite compréhension de toutes les implications d'une opération ou d'une situation sur laquelle il doit se prononcer, étant précisé qu'il est attendu qu'il prenne une décision éclairée. Et il en va notamment ainsi chaque fois qu'il doit statuer dans des délais très rapides ou lorsque l'opération soulève des questions d'ordre financier ou juridique délicates à appréhender.

Une organisation spécifique des travaux du conseil

En pratique, l'analyse de ces questions est d'abord assurée par les services compétents de la société, sous la responsabilité de la direction générale, souvent assistés de conseils externes. Elle donne lieu à l'élaboration, en liaison avec le secrétariat du conseil, de documents préparatoires (présentations, notes d'analyses et le cas échéant, projet de documentation juridique) destinés au conseil d'administration ou à l'un de ses comités spécialisés. Le dialogue qui se noue entre le management de la société et les administrateurs, en amont de la délibération du conseil d'administration, peut être plus ou moins long et structuré. Il en va ainsi lorsque intervient un comité spécialisé du conseil – qu'il soit l'un des comités permanents (comité stratégique, comité d'audit etc.) ou spécialement créé pour l'occasion et que la pratique désigne alors « comité ad hoc » – dont le rôle consiste alors à préparer la décision du conseil en analysant les données disponibles, vérifiant les différentes options envisageables, pesant leurs avantages et inconvénients respectifs et formulant des recommandations, à cette aune, sur les mesures préconisées par le management.

Si elle est le plus souvent adaptée aux opérations et situations sur lesquelles le conseil doit se prononcer, cette méthode peut parfois s'avérer insuffisante, chaque fois que l'objet de la délibération attendue du conseil d'administration touche aux intérêts fondamentaux de certaines parties prenantes, ce qui est souvent le cas s'agissant d'opérations structurantes et qu'il est donc nécessaire d'apprécier avec le plus grand soin. En pareille hypothèse, les administrateurs peuvent très vite se retrouver dans la situation inconfortable de celui qui doit trancher une question d'une grande importance alors qu'il estime manquer de recul, surtout s'ils ne peuvent s'appuyer sur d'autres éléments que des conclu-

sions synthétiques de travaux menés par le management de la société.

Dans ces situations, le conseil d'administration – ou le comité spécialement saisi – peut avoir un réel intérêt à s'entourer de ses propres conseils juridiques et/ou financiers, chargés de l'assister dans l'étude de l'opération proposée. Encore relativement méconnue, cette activité de « conseil du conseil d'administration » ou de ses comités se développe progressivement, accompagnant la sophistication des pratiques de corporate governance.

Les avantages liés à l'intervention de conseils indépendants

Si elle représente un coût pris en charge par la société⁶, une telle intervention se révèle souvent très positive pour l'ensemble des parties en présence. Du point de vue des administrateurs, bénéficier de leurs propres conseils les aide à prendre une décision en pleine connaissance de cause et renforce ainsi leur sécurité. Quand ils doivent se prononcer sur des opérations complexes, ce confort supplémentaire est essentiel, non seulement au plan technique, en permettant par exemple une meilleure compréhension de l'opération envisagée, mais également au plan fonctionnel, l'intervention d'un conseil indépendant étant susceptible de renforcer leur cohésion tout en apportant une meilleure fluidité dans les échanges avec la direction générale et ses conseils.

Pour la direction générale et ses services, l'intervention d'un conseil indépendant, chargé spécifiquement d'accompagner les administrateurs, peut aussi apparaître judicieuse. Tel est le cas, en particulier, lorsqu'une direction technique (direction juridique, direction financière) se trouve confrontée aux impératifs contradictoires du double rôle qu'elle joue : d'une part, celui d'appui continu de la direction générale et, d'autre part, celui d'assistance d'un conseil d'administration désireux de bénéficier d'une analyse indépendante. A fortiori, l'intervention d'un conseil extérieur permettra d'asseoir cette autonomie dans les sociétés où les fonctions de président du conseil et de directeur général ne sont pas dissociées et, partant, de répondre aux

critiques régulières d'un conseil « à la main de la direction générale ».

Cette « distance » vis-à-vis de la direction générale que permet l'intervention d'un conseil indépendant ne doit toutefois pas se transformer en « défiance », laquelle nuirait à la société dans son ensemble. Les

particularités de ce type de mission doivent à cet égard être bien comprises, avec comme préoccupation essentielle d'éviter tout antagonisme inutile vis-à-vis de la direction générale et ses conseils, qui est d'autant plus néfaste lorsque la société est confrontée à une situation de crise.

Instrument destiné à favoriser la collégialité et non la division, le recours à des conseils indépendants doit donc se cantonner aux situations où il existe un besoin spécifique d'assister et de conseiller les administrateurs par d'autres voies que celles d'un recours aux équipes de la société. Si ces

missions sont circonscrites dans leur objet, l'expérience montre cependant qu'elles peuvent être - et sont souvent - décisives, améliorant l'action des organes de gouvernance et apportant une sécurité juridique renforcée. ■

Encore relativement méconnue, cette activité de « conseil du conseil d'administration » ou de ses comités se développe progressivement, accompagnant la sophistication des pratiques de corporate governance.



et Jean-Christophe Devoue, associé, Perchet Rontchevsky & Associés

1. On rappellera ici que la Cour de cassation a jugé dans un arrêt 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 » (Cass. com., 30 mars 2010, Crédit Martiniquais).
 2. Des sociétés comme Atos, Veolia et Carrefour ont ainsi déjà adopté une raison d'être.
 3. L'article L. 225-35, alinéa 1 du Code de commerce dispose désormais : « Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre, conformément à son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. »
 4. A. Viandier, *La raison d'être d'une société* (C. civ. art. 1835), BRDA 10/19, n° 30, p. 53, spéc. I, A, n° 10.
 5. V. notamment Antoine Gaudemet, *La raison d'être, nouvelle défense anti-OPA ?*, Bull. Joly Sociétés, 2019, p. 1.
 6. La détermination des modalités selon lesquelles le conseil (ou ses comités) peut faire appel à des prestataires extérieurs revêt une grande importance puisque, à strictement parler, ni le conseil ni ses comités ne disposent du pouvoir d'engager la société.