

La gouvernance des sociétés anonymes

- I. La critique du capitalisme à la française
- II. L'organisation de la direction des SA depuis la loi NRE du 15 mai 2001

- Définitions

Palais Brongniart: Le Palais Brongniart est situé à Paris (2^e arrondissement). C'est le lieu historique où se déroulaient les transactions sur les valeurs cotées en Bourse.

Jetons de présence: Les jetons de présence sont les sommes octroyées aux administrateurs en contrepartie de leur présence au Conseil. L'expression a été supprimée par l'article 185 de la loi PACTE de sorte que désormais il convient, dans un langage plus moderne, de parler des «*rémunérations allouées*» aux administrateurs.

CNPF: Conseil national du patronat français. Le CNPF est l'ancien nom du MEDEF.

Révocation ad nutum: Règle selon laquelle la révocation à tout moment des membres du conseil d'administration par les associés ne donne pas lieu à un préavis ou à une indemnisation et n'a pas à être justifiée.

CAC 40: Voir fiche n° 30.

La gouvernance des sociétés anonymes est au cœur des préoccupations du législateur, elle est l'objet de réflexions des milieux économiques et des juristes. La SA est, en principe, la forme sociale adaptée aux grandes sociétés et aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur les marchés financiers. Aussi, elle est la technique sociétaire dont dépend en partie la compétitivité française et l'attrait de la place financière de Paris pour les investisseurs étrangers. Ces investisseurs non-résidents détiennent environ 40% de la capitalisation de la Bourse de Paris (anciennement géographiquement située au Palais Brongniart) et, même si la politique de la France ne se fait pas à la corbeille, selon l'expression du Général De Gaulle, les entreprises françaises ont besoin d'eux. En majorité anglo-saxons, ils apportent avec eux leur tradition et leur culture, sur bien des points différentes des nôtres. Ce conflit culturel a contraint la France à une profonde réforme de son mode de gouvernance des SA. L'organisation de la SA est donc destinée à assurer la transparence de la direction et son contrôle effectif. Cette organisation de la gouvernance est, pour l'essentiel, transposée à la SE (art. L. 229-7 C. com.). La critique du

capitalisme à la française (I) est le fait générateur de la profonde réforme du droit depuis la loi NRE du 15 mai 2001 et les lois subséquentes (II).

I. La critique du capitalisme à la française

Les règles juridiques encadrant la direction des sociétés anonymes et leur utilisation par les chefs d'entreprise sont le fruit d'une culture politique d'organisation des institutions publiques. Il est frappant de constater le parallélisme avec lequel les débats relatifs à l'organisation de la République sont transposés en droit des sociétés. Ces règles font du président de la société, communément appelé PDG, l'homme fort du pouvoir. Depuis l'adoption de la loi de 1966, il est le guide des intérêts sociaux. Il est, certes, choisi par les associés en raison de la confiance que ceux-ci lui portent. En revanche, il n'est nullement considéré comme devant appliquer une politique définie par le petit peuple des actionnaires sous le contrôle d'un organe efficace servant de contre-pouvoir qui aurait pu être le conseil d'administration. Il décide de la politique de la société, il la met en œuvre en qualité de directeur général et il est président de l'organe de contrôle qu'est le conseil d'administration. Cette confusion des pouvoirs, cette absence de transparence et la fictivité des contrôles dessinaient les contours du capitalisme à la française. Ces critiques formulées par des actionnaires non résidents sont stigmatisées par quelques règles juridiques particulièrement révélatrices.

A. Le capitalisme du « je te tiens par la barbichette »

Cette expression fut employée pour caractériser l'absence de contrôle effectif par le conseil d'administration de la gestion du Président. Les sociétés pouvant détenir entre elles des participations croisées, elles étaient réciproquement les actionnaires les plus importants les unes des autres. En cette qualité, elles désignaient des membres du conseil d'administration de manière réciproque. Si une société A détient 25% d'une société B et que cette société B détient 20% de la société A, alors A désigne un administrateur au conseil de B et B au conseil de A. Ces détentions croisées du capital empêchaient tout contrôle réel et sérieux car elles conduisaient à des accords tacites consistant en l'absence de contrôle. La création d'administrateurs indépendants permet partiellement de répondre à cette faiblesse d'un contrôle effectif.

B. La confusion des pouvoirs

Dans sa rédaction initiale, la loi de 1966 attribuait les mêmes pouvoirs au conseil d'administration et au président. Dans les deux cas, ils recevaient mission de « représenter en toutes circonstances la société à l'égard des tiers ». Le texte ne confiait

donc officiellement pas de pouvoir de contrôle au conseil d'administration, mais un pouvoir de représentation. Or, dans les faits, seul le président engageait la société à l'égard des tiers. Certes, le législateur avait introduit le modèle allemand de la SA à directoire et à conseil de surveillance, dans laquelle direction et surveillance sont clairement distinctes. Mais cette option n'a été retenue que par très peu de sociétés.

C. Le cumul de fonctions

Rien n'interdisait à une même personne de multiplier sans limite les mandats d'administrateurs. Ce cumul de fonctions permettait aussi un cumul des jetons de présence et interdisait de penser qu'un véritable contrôle pût être exercé.

D. Vers la fin de l'opacité des rémunérations

Si la France est un pays laïc, un fond culturel rejaillissait sur le tabou de l'argent. La rémunération des dirigeants était connue d'eux seuls. Les associés réunis en assemblée générale ne pouvaient avoir connaissance que du montant global des rémunérations versées aux dix personnes les mieux payées. Cette règle de droit positif était insupportable pour un investisseur non résident anglo-saxon dont la culture, dans l'ensemble protestant, fait de l'argent la juste contrepartie de la réussite de l'entreprise. En outre, les dirigeants étant vus comme les mandataires des associés, il leur paraissait inconcevable que les mandants n'eussent pas connaissance des montants alloués en récompense de leur travail.

Ces critiques, parmi d'autres, ont fait peser sur les entreprises du CAC 40 une forte pression, de sorte que les pratiques ont parfois précédé les évolutions législatives. Par exemple, concernant les rémunérations, le CNPF, devenu MEDEF, avait recommandé la transparence à ses adhérents avant le changement législatif.

Les modalités de rémunération des mandataires sociaux sont très diverses, part fixe, part variable, en numéraire ou en nature sont traditionnelles. De manière plus récente et afin de motiver les dirigeants, les modes de rémunération se sont diversifiés, intégrant désormais des stocks options, des attributions d'actions gratuites. Ces rémunérations atteignent pour les sociétés cotées des montants qui suscitent souvent la polémique voire l'incompréhension de la part des salariés mais aussi parfois des actionnaires. Dans un souci d'autorégulation et d'apaisement, sans porter atteinte à l'attractivité des sociétés françaises pour les dirigeants, le MEDEF a fixé des principes directeurs dans le code de gouvernance appliqué volontairement par certaines SA. Il est tout d'abord créé un comité des rémunérations qui « *a la charge d'étudier et de proposer au conseil l'ensemble des éléments de rémunération et avantages des dirigeants mandataires sociaux, l'ensemble du conseil d'administration ayant la responsabilité de la décision.* ». Puis, il est posé un certain nombre de principes pour déterminer une juste rémunération : exhaustivité, équilibre entre les éléments de la rémunération, comparabilité, cohérence, intelligibilité des règles, mesure.

La loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, plus coercitive, modifie l'article L. 225-37-2 du Code de commerce pour les sociétés cotées. Elle impose désormais un vote annuel en amont sur les principes et les critères de détermination de la rémunération et un vote en aval sur les rémunérations effectivement versées au cours de l'exercice écoulé. Pour les sociétés non cotées, le conseil d'administration détermine la rémunération du directeur général (art. L.225-53, al. 3 C. com.).

La loi PACTE accentue la transparence de la rémunération des mandataires sociaux par une innovation importante en faveur des associés et salariés pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé. Il est désormais prévu à l'article L.225-37-3 al.4 et 5 du Code de commerce une méthode de comparaison entre la rémunération des dirigeants (président, directeur général et directeur général délégué) et la rémunération moyenne et médiane d'un salarié à temps plein et l'évolution de ce ratio à cinq ans.

II. L'organisation de la gouvernance des SA depuis la loi NRE du 15 mai 2001

Les entreprises choisissant comme structure sociétaire la SA peuvent désormais opter entre trois types d'organisations.

A. La SA à conseil de surveillance et directoire (art. L. 225-57 C. com.)

Cette forme de société n'a pas connu en France le succès escompté. On continue, à tort, de donner le nom de moderne à cette structure. Elle n'a plus rien de moderne et peut même être qualifiée d'ancienne par rapport à la nouvelle organisation du conseil d'administration.

Le directoire est composé de 1 à 7 personnes physiques selon le montant du capital social. Non membres du conseil de surveillance, elles ne sont pas nécessairement actionnaires de la SA. Les membres du directoire sont désignés par le conseil de surveillance mais révoqués par l'assemblée générale pour juste motif et par le conseil de surveillance si les statuts le prévoient. En principe, la durée de leur mandat est de quatre ans. La loi PACTE, sans aller jusqu'à une obligation de parité homme femme au sein des personnes physiques composant le directoire, impose par la nouvelle rédaction de l'article L. 225-58 un objectif de recherche d'une représentation équilibrée de chaque sexe et un processus de sélection qui garantit jusqu'à son terme la présence d'une personne de chaque sexe parmi les candidats. Le président du directoire, qui représente la société à l'égard des tiers, est choisi et révoqué *ad nutum* par le conseil de surveillance qui fixe aussi la rémunération

des membres du directoire. Le directoire dispose des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société dans la limite de l'objet social et des pouvoirs du conseil de surveillance. Les statuts peuvent subordonner à l'autorisation préalable du conseil de surveillance la conclusion des opérations qu'ils énumèrent (art. L. 225-68 C. com.). Le directoire décide des orientations de la société et convoque l'assemblée générale.

Le conseil de surveillance est composé de personnes morales ou physiques dont le nombre varie entre 3 et 18. Nécessairement actionnaires, ces membres sont, en cours de vie sociale, élus par les associés en assemblée générale pour un mandat de 6 ans et révocables *ad nutum* par la même assemblée. Les membres élisent en leur sein un président qui convoque le conseil et rend compte aux associés du travail du conseil. Le conseil de surveillance assure le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire. Pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé et, depuis la loi PACTE, pour les sociétés de plus de 1 000 salariés, lorsque plus de 3 % du capital est détenu par les salariés, des membres du conseil de surveillance sont élus parmi les salariés actionnaires (art. L.225-71 C. com.).

B. La société anonyme classique

Cette direction de la SA présente depuis la loi NRE deux variantes. Le conseil d'administration choisit entre la forme dualiste et la forme moniste. Ce choix fait l'objet d'une publication pour être opposable aux tiers (art. L. 225-51-1 C. com.).

1. La forme dualiste

Il s'agit de la forme nouvelle de direction de la SA. Les associés élisent un conseil d'administration composé de 3 à 18 personnes physiques ou morales. Depuis la loi du 4 août 2008, la qualité d'associé n'est plus impérative pour pouvoir détenir un mandat d'administrateur. Cependant les statuts de la société peuvent l'ériger en condition (art. L. 225-25 C. com.). La loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 introduit une série de dispositions visant à assurer une représentation de chaque sexe dans le conseil. L'article L. 225-17 al. 2 du Code de commerce dispose « le conseil d'administration est composé en recherchant une représentation équilibrée des femmes et des hommes ». Pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé et, depuis la loi PACTE, pour les sociétés de plus de 1 000 salariés, lorsque plus de 3 % du capital est détenu par les salariés, des membres du conseil d'administration sont élus parmi les salariés actionnaires (art. L.225-23 C. com.). Les administrateurs exercent un mandat d'une durée maximum de six ans et sont révocables *ad nutum* par l'assemblée. Afin de rendre effective la fonction du conseil, la loi NRE a limité les possibilités de cumul au sein d'une multitude de conseils. Pourtant, deux lois ultérieures en 2002 et 2003 sont venues assouplir les conditions initiales. En principe, une même personne physique ne peut appartenir simultanément à plus de cinq

conseils d'administration ou de surveillance. Cependant, les mandats exercés dans des sociétés étrangères ne sont pas pris en compte et lorsqu'une personne exerce un mandat dans le conseil d'une société mère, les mandats exercés dans des sociétés filiales ne sont pas décomptés. Enfin, les mandats exercés dans des sociétés sœurs non cotées contrôlées par une même société comptent pour un mandat sous réserve que le nombre de mandats exercés à ce titre n'excède pas cinq (art. L. 225-21 C. com.). Les membres du conseil ne peuvent pas devenir salariés de la société dont ils sont administrateurs. En revanche, un salarié peut devenir administrateur sous réserve que le nombre de membres du conseil salariés par la société n'excède pas le tiers (art. L. 225-22 C. com.). La loi PACTE renforce, par son article 186, l'obligation de formation qui est due aux administrateurs ou membres du conseil de surveillance élus, le cas échéant, par les salariés actionnaires.

Le conseil élit parmi ses membres une personne physique qui préside aux destinées du conseil pendant six ans. Il peut être révoqué en qualité de président par le conseil, il conserve alors la qualité d'administrateur. En revanche, s'il est révoqué par les associés en qualité d'administrateur, il perd *de facto* la qualité de président. Les administrateurs sont révocables ad nutum mais la jurisprudence améliore progressivement leur sort en exigeant que la révocation ne soit ni injurieuse ni vexatoire. Plus récemment, sur le fondement du respect du contradictoire, elle impose que celui-ci ait eu connaissance des motifs de la révocation avant que l'assemblée ne procède au vote (C. com. 14 mai 2013, n° 11-22.845). Il semble que les arrêts les plus récents soulignent davantage le principe de loyauté dans les conditions de révocation que l'obligation de respecter un principe de contradiction des motifs de la révocation (Cass. Com. 22 nov. 2016, n° 15-14.911). Le président veille à ce que le conseil puisse exercer sa mission. Il doit communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Enfin, il est à présent prévu que l'administrateur ou le président du conseil d'administration placé sous tutelle est réputé démissionnaire d'office (respectivement art. L.225-19 et L.225-48 C. com.).

La fonction du conseil d'administration a été clarifiée depuis la loi NRE. Désormais, sa mission est de déterminer les orientations de l'activité de la société et de veiller à leur mise en œuvre. À cette fin, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et procède aux contrôles qu'il estime opportuns. Les votes au conseil ont lieu à la majorité des membres présents ou représentés. Il doit toujours se garder d'exercer les pouvoirs des autres organes sociaux. Ses pouvoirs propres, outre la nomination de son président, sont : la convocation des assemblées générales (voir fiche n° 16), l'établissement des comptes sociaux, des rapports de gestion et de gouvernance et, le cas échéant, la déclaration de performance extra-financières, la mise en œuvre d'une augmentation de capital (voir fiche n° 26), l'autorisation des conventions réglementées (voir fiche n° 23). Il peut décider seul du déplacement du siège social sur le territoire de la République sous réserve d'une ratification par l'assemblée générale suivante (art. 225-36 C. com.).

Le conseil et son président n'ont donc plus de fonction de représentation de la société à l'égard des tiers ni de mise en œuvre des orientations de l'activité. Cette tâche revient au directeur général, personne physique. Il est nommé par le conseil parmi ou en dehors des membres du conseil. En principe, une personne ne peut détenir plus d'un mandat de directeur général pour des SA ayant leur siège social en France. Il est rémunéré, mais cette rémunération n'est pas un salaire. Il n'est toutefois pas exclu qu'il puisse bénéficier par ailleurs d'un contrat de travail. Il représente la société à l'égard des tiers en toutes circonstances. Il met en œuvre la politique définie par le conseil sous la surveillance de ce dernier. Il peut être assisté par un directeur général délégué, organe social qui exerce les pouvoirs définis par le conseil d'administration en accord avec le directeur général. Ils peuvent être au nombre maximum de cinq. La rémunération du directeur général et des directeurs généraux délégués est fixée par le conseil d'administration (art. L.225-53 C. com.). La loi PACTE n'impose pas de parité parmi les directeurs généraux délégués mais elle dispose que les « propositions de nomination s'efforcent de rechercher une représentation équilibrée des femmes et des hommes ».

Le pouvoir du directeur général à l'égard des tiers connaît une limite pour les cautions avales et garanties qui doivent être préalablement autorisées par le conseil d'administration (art. L. 225-35 al. 4 C. com.). Cette règle s'applique aussi aux SA monistes.

2. La SA moniste

Dans cette forme d'organisation des pouvoirs, le président du conseil peut cumuler cette fonction avec celle de directeur général. Il s'agit de la forme traditionnelle d'organisation des SA. Le président organise et dirige les travaux du conseil d'administration et veille au bon fonctionnement des organes sociaux. S'il cumule ses fonctions avec celles de directeur général, il est investi en toutes circonstances des pouvoirs les plus étendus pour agir au nom de la société.

Le conseil d'administration dispose des mêmes pouvoirs que dans la société dualiste.

Enfin l'article L. 233-29 du Code de commerce limite les participations croisées puisqu'une société par action ne peut posséder d'actions d'une autre société si celle-ci détient déjà une fraction de son capital supérieure à 10%. Ce texte est louable mais il n'interdit en rien les participations croisées. Il suffit qu'une des deux sociétés détienne une participation inférieure à 10% pour que la participation croisée soit possible et les échanges de postes d'administrateurs envisageables. En outre, les sociétés dont le siège social n'est pas situé en France ne sont pas concernées et les participations circulaires ne sont pas remises en cause.

Outre les administrateurs, certaines sociétés anonymes, quelle que soit leur forme, se sont dotées de comités appelés comités d'études ou comités de direction. Il s'agit d'organes dépourvus de pouvoir de décision mais chargés d'éclairer dans tel ou tel domaine les décisions du conseil d'administration ou de l'assemblée générale

des associés sur une problématique donnée. Le comité des comptes a été rendu obligatoire pour les sociétés cotées (art. L. 823-19 C. com.). Il est notamment chargé d'assurer le suivi de l'élaboration de l'information financière ou de l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques.

Les administrateurs sont rémunérés par une somme fixe annuelle dont le montant global est déterminé chaque année par l'assemblée générale puis réparti entre les membres du conseil, cette rémunération n'est pas obligatoire (art. L.225-45 C. com.).

- **À retenir**

- L'organisation de la direction de la SA est laissée au libre choix des associés. Trois formes sont possibles.
- La plupart des SA sont organisées sur le mode des SA à conseil d'administration.
- Le président est élu et révoqué par le conseil d'administration. Il peut aussi être révoqué en qualité d'administrateur par les associés.
- Le conseil d'administration est le stratège, le directeur général le tacticien.
- Le directeur général représente la société à l'égard des tiers.

Pour aller plus loin

- Rapport Bouton, *Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées*, 2002.
- Rapport Viénot, *Le Conseil d'administration des sociétés cotées*, 1995.
- Rapport Viénot, *Rapport sur le gouvernement d'entreprise*, 1999.
- Rapport N. Notat J.-D. Senard, *L'entreprise et l'intérêt général*, 2018.
- K. Deckert, Les nouvelles attributions du conseil d'administration et de son président, *Rev. Sociétés* 2018, p. 629.
- G. Charreaux et P. Wirtz, *Gouvernance des entreprises, Nouvelles perspectives*, Economica, 2006.
- S. Castagné, «Nouveaux modes de direction des SA après la loi NRE», *Dr. sociétés* 2003, Chron. 1.
- *Le cadre de la gouvernance d'entreprise dans l'Union européenne*, COM (2011) 164 FINAL.
- *The Corporate Governance Lessons from the Financial Crisis*, OECD, févr. 2009.
- Michel Albert, *Capitalisme contre capitalisme*, Ed. Seuil.
- Max Weber, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*.