

Conflits d'intérêts

14 LES CONFLITS D'INTÉRÊTS : ASPECTS DE GOUVERNANCE*

Article rédigé par :

Jean-Yves TROCHON,
directeur juridique,
vice-président de l'Association Française des
Juristes d'Entreprise (AFJE)



Les sociétés constituent assurément le lieu d'éclosion des conflits d'intérêts, notamment en ce qui concerne leurs dirigeants et mandataires sociaux¹. Si le pouvoir de ces derniers est guidé par l'intérêt social, ils peuvent parfois être conduits à le méconnaître à l'occasion d'une opération particulière et ainsi consommer un conflit d'intérêts. Il existe différents outils pour prévenir les situations de conflits d'intérêts, qu'il s'agisse des conventions réglementées (1), des dispositions en matière de droit de vote et de rémunération des dirigeants (2) et, des dispositifs de gouvernance relatifs aux conseils d'administration (3).

1. Les conventions réglementées : un outil traditionnel et efficace de contrôle des conflits d'intérêts

Le régime des conventions réglementées² est un dispositif légal pour prévenir et maîtriser les situations de conflits d'intérêts et éviter que certains actionnaires/associés et/ou dirigeants ne privilégient leur intérêt personnel au détriment de l'intérêt social. Le législateur n'a pas établi de liste des conventions réglementées. Il s'est contenté de préciser les situations potentielles de conflit d'intérêts et les mesures préventives permettant d'appréhender ce type de situations : dès lors qu'une convention intervient entre (i) la société et l'un de ses mandataires, (ii) deux sociétés ayant entre elles un mandataire social

commun et/ou, pour les SA, (iii) un pourcentage de droits de vote supérieur à 10 %, il y a potentiellement une situation de conflit d'intérêts et il convient alors de déterminer si elle doit être soumise au régime des conventions réglementées ou si elle doit être qualifiée de convention courante conclue à des conditions normales.

Le Code de commerce (*C. com.*, art. L. 225-38, al. 1^{er} et art. L. 225-86, al. 1^{er}) vise en premier lieu la situation de l'intérêt direct. Celui-ci est facilement identifiable : il s'agit du lien entre les parties à la convention. La Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes (CNCC) a apporté plusieurs précisions sur cette notion³.

Il y a intérêt indirect toutes les fois que l'une des personnes visées tire profit de la convention sans toutefois y être « partie ». La jurisprudence retient une conception large de la notion d'intérêt indirect⁴. L'AMF préconise de retenir la définition suggérée par la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris : « est considérée comme étant indirectement intéressée à

* Cet article est largement inspiré de l'ouvrage *Les conflits d'intérêts dans l'entreprise*, à paraître chez LexisNexis en 2016, co-écrit par Charles-Henri Boeringer, Jean-Yves Trochon, Luc Athlan, Thomas Baudesson et Jean-Charles Savouré.

1. Sur ce constat en droit pénal, V. H. Matsopoulo, *Les conflits d'intérêts en droit pénal*, in (ss dir.) V. Magnier, *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?* : PUF, Coll. Ceprisca, 2006, p. 93 à 118, spéc. p. 104.
2. V. Actes prat. ing. sociétaire 2015, dossier 4, *Les conventions réglementées dans les groupes de sociétés*.

3. V. CNCC, *Les conventions réglementées et courantes*, févr. 2014, p. 32.

4. V. E. Du Pontavice, *Les notions d'intérêt indirect et d'interposition de personne dans l'article 101, alinéa 2 de la loi sur les sociétés commerciales [désormais, article L. 225-38, alinéas 1 et 2 du Code de commerce]* : Bull. Fédération 1965, n° 16, p. 21.

une convention à laquelle elle n'est pas partie, la personne qui, en raison des liens qu'elle entretient avec les parties et des pouvoirs qu'elle possède pour infléchir leur conduite, en tire un avantage ».

L'article L. 225-38 du Code de commerce précise en outre que « Toute convention intervenant directement ou par personne interposée entre la société et [ses dirigeants ou actionnaires] doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration » (pour la SA à conseil de surveillance, V. C. com., art. L. 225-86 ; pour la SARL, V. C. com., art. L. 223-19, al. 1). Les opérations conclues par personne interposée recouvrent la situation dans laquelle le dirigeant ou l'associé intéressé n'est pas, en apparence, partie à la convention, mais est, en fait, le cocontractant véritable qui retire le bénéfice de la convention, par l'entremise d'une autre personne. L'interposition de personne peut exister notamment dans le cadre d'une convention de prête-nom par laquelle un « individu promet d'agir au compte d'autrui mais en dissimulant sous sa propre personnalité le véritable intéressé à l'opération projetée »⁵. La notion de « personne interposée » peut se révéler d'appréciation délicate d'autant plus qu'elle n'a donné lieu qu'à très peu de décisions judiciaires. L'interposition de personne ne se présume pas. Elle suppose la preuve que le bénéficiaire « officiel » n'est qu'un bénéficiaire apparent qui fait écran entre la société et le mandataire social bénéficiaire ultime et réel.

Les articles L. 225-39 et L. 225-87 du Code de commerce excluent du régime des conventions réglementées les « conventions portant sur des opérations courantes conclues à des conditions normales ». La jurisprudence a défini comme « opérations courantes », celles qui sont effectuées par la société de manière habituelle dans le cadre de son activité ordinaire et, s'agissant d'actes de disposition, arrêtées à des conditions suffisamment usuelles pour s'apparenter à des opérations habituelles⁶. Aussi, convient-il, pour apprécier si l'opération peut être qualifiée de courante, de faire le lien avec l'activité de la société et d'évaluer son caractère répétitif. L'appréciation s'opère de façon objective. Il convient également de prendre en compte les pratiques des sociétés placées dans une situation similaire. La répétition de la convention constitue une présomption du caractère courant de ladite convention. À l'inverse, une opération habituelle pour la société cesse d'être une opération courante lorsque son montant ou ses conséquences économiques sont exceptionnels.

Certaines opérations étant porteuses d'un risque grave de conflits d'intérêts pour les sociétés, le législateur a souhaité les interdire purement et simplement. Il s'agit essentiellement de conventions passées avec la société et certaines personnes qui, de par leur situation particulière, pourraient en abuser. Ainsi, dans la SA, l'article L. 225-43 du Code de commerce interdit aux administrateurs personnes physiques, au directeur général, aux directeurs généraux délégués ainsi qu'aux représentants permanents des personnes morales administrateurs, à peine de nullité :

- de contracter des emprunts sous n'importe quelle forme auprès de la société ;
- de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement ;
- de se faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers.

La mise en place d'une charte interne pour faciliter l'identification des conventions réglementées permet de distinguer clairement les conventions réglementées des conventions courantes conclues à des conditions normales. La mise en place d'une telle charte au sein des sociétés cotées est préconisée par l'AMF⁷ qui recommande de la soumettre à l'approbation du conseil de la société afin de la rendre officielle et opposable aux mandataires sociaux, associés et/ou actionnaires. Il est par ailleurs recommandé de faire participer les commissaires aux comptes à l'élaboration de la charte. Le commissaire aux comptes, en effet, n'a pas un rôle d'investigation pour rechercher les conventions réglementées intervenues au cours de l'exercice. Il ne fait état dans son rapport spécial que de celles qui lui ont été communiquées par la société. Son adhésion à la charte permettra d'éviter que des divergences de vues se manifestent à la fin de l'exercice social sur la qualification de certaines conventions.

La procédure d'autorisation et de ratification des conventions réglementées fait l'objet d'un double contrôle, à travers l'autorisation préalable du conseil, d'une part, et la ratification par l'assemblée générale sur présentation du rapport spécial du commissaire aux comptes, d'autre part. Il n'entre pas dans le champ de cet article de développer cette procédure⁸.

2. Les dispositions en matière de droit de vote et de rémunération des dirigeants

A. - Droit de vote : abus de majorité et de minorité

Alors que les actionnaires ont vocation à un partage équitable des bénéfices réalisés par la société et que cet intérêt devrait les unir, la pratique peut faire apparaître de profondes divergences de vues notamment lors de l'exercice du droit de vote au sein des organes sociaux (conseil, assemblée générale). Ce droit de vote qui est un droit fondamental et l'abus qui peut en être fait a été encadré et sanctionné par la jurisprudence et intégré dans le Code de commerce.

Chaque actionnaire détient le droit de voter aux assemblées générales et, à cette occasion, chacun peut exprimer par son vote, la politique qui lui paraît opportune. Cependant, l'actionnaire peut être tenté de disposer du pouvoir que lui confère son droit de vote pour servir son intérêt personnel, différent de celui qu'il partage avec les autres actionnaires. Le vote est donc susceptible d'être entaché par un conflit d'inté-

5. V. Rép. civ. Dalloz, V^o Mandat, 402.

6. V. Cass. com., 1^{er} oct. 1996, n^o 94-16.315 : JurisData n^o 1996-003664.

7. V. AMF, *recomm. n^o 2012-05*, 2 juill. 2012, *Les assemblées générales d'actionnaires des sociétés cotées, proposition n^o 20*.

8. V. *Actes prat. ing. sociétaire 2015, dossier 4, préc.*

rêts⁹. C'est ce que la jurisprudence définit au travers des notions d'abus de majorité ou de minorité. L'abstention apparaît comme un moyen de prévenir les situations de conflits d'intérêts.

Selon la jurisprudence, l'abus de majorité est « la résolution prise contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité »¹⁰. La théorie de l'abus de majorité, selon Monsieur le Professeur Dominique Schmidt, « répond donc parfaitement au besoin de réprimer les conflits d'intérêts prenant leur source dans le dévoiement de la loi et de la majorité et produisant une rupture délibérée de la communauté d'intérêt entre actionnaires »¹¹. Cet abus peut être commis dans le cadre des décisions de l'assemblée générale (ordinaire et extraordinaire). Il est sanctionné par des dommages-intérêts et par l'annulation des délibérations.

Pour juger si un abus de majorité a été commis en assemblée, les tribunaux vont apprécier si la décision adoptée par les majoritaires est bien conforme à l'intérêt social, entendu comme l'intérêt commun des actionnaires. La difficulté réside dans le fait que ni la loi, ni les tribunaux n'ont défini cette notion, de sorte que son appréhension ne peut se faire qu'à travers une analyse casuistique.

EXEMPLE

Constitue un abus de majorité l'octroi aux dirigeants d'une prime correspondant à plusieurs fois le montant des bénéfices sociaux alors que ceux-ci ont été mis en réserve pendant plusieurs exercices sans politique d'investissement corrélative¹². C'est aussi le cas d'une décision prise lors de l'assemblée générale d'une SA exploitant une maison de couture de révoquer un administrateur alors qu'il est le principal animateur de la société dont il réalise l'essentiel des prestations; la désignation corrélative de nouveaux administrateurs a été faite pour permettre à l'actionnaire majoritaire, récemment révoqué de ses fonctions de président-directeur général, de continuer à exercer la direction de fait de la société¹³.

Dans le silence de la loi, c'est la jurisprudence qui a fixé les sanctions applicables en cas d'abus de majorité, sur la base de l'article 1382 du Code civil. Pour rétablir le respect de l'intérêt commun des actionnaires et ne pas laisser le majoritaire tirer profit de son abus, les tribunaux peuvent prononcer la nullité de la délibération commise dans l'exercice du droit de vote et imposer le paiement de dommages-intérêts.

La notion d'abus de minorité a été affirmée dans l'arrêt *Vitama*¹⁴ et sa définition a été posée par l'arrêt *Flandin*¹⁵. Selon cet arrêt, l'abus de minorité est constitué lorsque l'attitude d'un associé/actionnaire est « contraire à l'intérêt général de la société en ce qu'il aurait interdit la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci, et dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés ». Abus de minorité et abus de majorité procèdent l'un comme l'autre du conflit d'intérêts¹⁶. Les éléments constitutifs de ces deux notions sont identiques : la volonté de satisfaire un intérêt personnel au détriment de l'intérêt commun des actionnaires, et plus largement, de l'intérêt social.

L'abstention est-elle le meilleur moyen pour remédier à des situations de conflits d'intérêts dans l'exercice du droit de vote¹⁷? – C'est souvent le cas. Le meilleur exemple concerne le régime des conventions réglementées au sein de la SA dans laquelle l'administrateur concerné par le projet de convention doit s'abstenir de voter en conseil et en assemblée générale (et n'est pas comptabilisée dans le quorum).

Les préconisations des codes de bonne conduite. – Les codes de bonne conduite recommandent généralement de s'abstenir en cas de conflits d'intérêts. Le Code Afep-Medef précise que « l'administrateur a l'obligation de faire part au conseil de toute situation de conflit d'intérêts même potentiel et doit s'abstenir de participer au vote de la délibération correspondante ». Il en est de même du Code MiddleNext qui précise qu'« en cas de conflit d'intérêts survenant après l'obtention de son mandat, un administrateur doit informer le conseil, s'abstenir de voter ou de participer aux délibérations, et, le cas échéant, démissionner. Une absence d'information équivaut à la reconnaissance qu'aucun conflit d'intérêts n'existe ».

Les abstentions imposées par le législateur. – Le législateur impose dans certains cas l'abstention de la personne qui pourrait être en situation de conflit d'intérêts (actionnaire ou mandataire social). C'est le cas notamment pour l'actionnaire dans le cadre de l'approbation des apports en nature et le bénéficiaire d'un avantage particulier (*C. com.*, art. L. 225-8). Le premier ne peut participer au vote concernant la vérification de son apport et le second est exclu du vote sur l'avantage qui lui est consenti. Les intéressés n'ont pas de voix délibérative, ni pour eux-mêmes, ni comme mandataire (*C. com.*, art. L. 225-10 et L. 225-147).

Il semble logique que la personne intéressée s'abstienne de participer à une décision qui la concerne. Mais, cette évidence n'est pas la même pour tous. Aussi, certains auteurs comme Philippe Merle s'interrogent sur le point de savoir dans quelle mesure le gérant de SARL peut prendre part au vote concernant sa rémunération lorsqu'il est par ailleurs associé. En effet, s'il peut participer au vote, comme l'a d'ailleurs affirmé la Cour

9. V. J. Bouveresse, *Les conflits d'intérêts en droit des sociétés* : Thèse 12 juill. 2006, Université Robert Schuman, Strasbourg III, p. 19.

10. Sur la définition de l'abus de majorité, V. Cass. com., 24 janv. 1995, n° 93-13.273 : *JurisData* n° 1995-000138. – V. aussi, Cass. com., 30 nov. 2004, n° 01-16.581 : *JurisData* n° 2004-026236.

11. V. D. Schmidt, *les conflits d'intérêts dans la société anonyme* : Joly, éd. 2004, p. 314, n° 318.

12. V. Cass. com., 1^{er} juill. 2003, n° 99-19.328 : *JurisData* n° 2003-019889.

13. V. CA Paris, 3^e ch. A, 2 juill. 2002 : *JurisData* n° 2002-198349.

14. Sur la définition de l'abus de minorité, V. Cass. com., 14 janv. 1992, n° 90-13.055, *Vitama* : *JurisData* n° 1992-000021 ; *RTD com.* 1992, p. 636, obs. Y. Reinhard ; *Rev. sociétés* 1992, p. 44, note Ph. Merle.

15. V. Cass. com., 9 mars 1993, n° 91-14.685, *Flandin* : *JurisData* n° 1993-000497 ; *Rev. sociétés* 1993, p. 403, note Ph. Merle.

16. En ce sens, V. D. Schmidt, *préc.*, p. 381, n° 390.

17. V. B. Dondero, *L'abstention est-elle le meilleur remède aux situations de conflit d'intérêts ?* : *RTDF* 2011, p. 220-222.

de cassation par un arrêt du 4 mai 2010¹⁸, « la délicatesse devrait l'inciter à ne pas participer au suffrage »¹⁹.

B. - La rémunération des dirigeants

Le sujet de la rémunération des dirigeants est le terrain de nombreux conflits d'intérêts potentiels. Les situations rencontrées sont assez classiques. Le dirigeant peut être tenté de satisfaire un intérêt personnel au travers de l'attribution d'une rémunération pouvant paraître excessive au regard de l'intérêt social et en fonction du contexte dans laquelle elle est versée. Cette rémunération peut être perçue comme étant décidée aux dépens de l'intérêt des actionnaires qui sont, eux, à la recherche d'un intérêt opposé, celui de la maximisation de leur investissement. Pour atténuer ce conflit d'intérêts, il est souvent fait référence à la théorie de l'agence, selon laquelle les dirigeants sont des agents qui ont vocation à gérer l'entreprise avec l'objectif de créer de la richesse pour les actionnaires à travers la distribution de dividendes et l'augmentation de la valorisation de la société. Ainsi, la rémunération qui sera versée au dirigeant devra être en parfait accord avec la communauté des actionnaires. Mais cette situation reste parfois théorique, puisqu'en pratique les dirigeants peuvent être portés à vouloir maximiser leur propre rémunération.

Afin que l'intérêt du dirigeant soit bien aligné avec celui des actionnaires, le législateur, dans la loi dite *Macron*²⁰ du 6 août 2015, a prévu que la rémunération du dirigeant soit fondée sur des critères de performance en fonction « *des objectifs spécifiques qui tiennent à sa personne et aux qualités qu'il déploie dans l'exercice de sa mission (...) en incluant à l'intérieur de cette appréciation des critères qui tiennent à la société* ». Enfin, à peine de nullité, aucun versement de quelque nature que ce soit ne peut intervenir avant que le conseil d'administration (ou de surveillance) ne constate, lors ou après la cessation ou le changement effectif des fonctions, le respect des conditions de performance prévues par la convention (C. com., art. L. 225-42-1, al. 5 et L. 225-90-1, al. 5). De même, le Code Afep-Medef²¹ prévoit au paragraphe 23, plusieurs recommandations importantes sur la rémunération des dirigeants mandataires sociaux. Tout d'abord, la détermination des rémunérations par les conseils doit respecter les grands principes rappelés par le paragraphe 23.1 : exhaustivité, équilibre (entre les différents modes de rémunération), benchmark, cohérence (avec les dispositions applicables aux autres dirigeants et aux salariés), intelligibilité des critères (exigeants, explicables, pérennes) et mesure (lien avec l'intérêt social, le marché, la performance). Le code a été amendé sur cette question en novembre 2015 à la lumière des recommandations formulées par le Haut Comité de Gouvernement d'Entreprise.

18. V. Cass. com., 4 mai 2010, n° 09-13.205 : *JurisData* n° 2010-005325. Cet arrêt pose le principe que « La détermination de la rémunération du gérant de SARL par l'assemblée des associés ne procédant pas d'une convention, le gérant peut, s'il est associé, prendre part au vote ».

19. V. Ph. Merle, *Sociétés commerciales* : Dalloz, 14^e éd., 2011, n° 190.

20. V. L. n° 2015-990, 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques : JO 7 août 2015, p. 13537.

21. V. Afep-Medef, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, révisé en nov. 2015*.

Information des actionnaires sur la rémunération des dirigeants. – Dans les sociétés cotées, le conseil d'administration (ou de surveillance) reste seul compétent pour fixer les rémunérations courantes des dirigeants. Toutefois, le Code Afep-Medef²² préconise depuis 2013 l'adoption de la pratique anglo-saxonne du « say on pay » qui permet d'informer les actionnaires de la rémunération des dirigeants afin qu'ils puissent avoir leur mot à dire sur les éléments de rémunération décrits dans la partie dédiée du rapport de gestion (ou un autre document auquel la résolution se réfère). Selon le dernier rapport du Haut Comité de Gouvernement d'Entreprise, la totalité des sociétés du SBF 120 s'est conformée à cette recommandation en 2014.

3. Les dispositifs de gouvernance relatifs aux conseils d'administration

Le souci d'une meilleure gouvernance des sociétés a favorisé le développement de plusieurs catégories d'administrateurs que l'on peut identifier de la manière suivante : l'administrateur « classique » (A), l'administrateur « indépendant » (B), l'administrateur « référent » (C), l'administrateur « représentant les salariés actionnaires » (D), l'administrateur « élu par les salariés » (E) et enfin l'administrateur « représentant l'État » (F).

Malgré l'apparent éclatement de ses administrateurs, le conseil doit fondamentalement demeurer une instance collégiale, mandatée par l'ensemble des actionnaires, et doit agir en toutes circonstances dans l'intérêt social de l'entreprise. Néanmoins, l'administrateur se trouve souvent en situation de favoriser ses propres intérêts ou ceux d'une partie des actionnaires. Comme le précise le vade-mecum de l'administrateur publié par l'IFA de janvier 2014, « Les différentes sphères d'influence auxquelles l'administrateur appartient et la multiplicité des mandats qu'il est susceptible d'exercer au sein de plusieurs sociétés, génèrent des potentialités des conflits d'intérêts ». C'est d'ailleurs pourquoi il existe une déontologie de l'administrateur prévue par le Code Afep-Medef²³ qui institue notamment un « véritable secret professionnel qui dépasse la simple obligation de discrétion prévue par les textes », lequel vise notamment à garantir que les administrateurs ne fassent pas usage des informations obtenues en conseil pour favoriser d'autres intérêts.

A. - L'administrateur « classique »

Aux termes de l'article L. 225-17, alinéa 1^{er} du Code de commerce, la SA est administrée par un conseil d'administration composé de trois membres au moins. Il doit agir en toute connaissance de cause, de bonne foi, avec toute la diligence et le soin requis et dans l'intérêt de la société et de ses actionnaires.

22. V. Afep-Medef, préc., § 24.3 : « Le conseil doit présenter à l'assemblée générale ordinaire annuelle la rémunération des dirigeants mandataires sociaux. Cette présentation porte sur les éléments de la rémunération due ou attribuée au titre de l'exercice clos à chaque dirigeant mandataire social ». Elle « est suivie d'un vote consultatif des actionnaires ».

23. V. Afep-Medef, préc., § 20.

La déclaration d'intérêts de l'administrateur. – Conformément aux principes de gouvernance élémentaires, l'administrateur, parce qu'il représente l'intérêt de tous les actionnaires, a le devoir de révéler aux autres membres du conseil tout conflit d'intérêts qui pourrait le concerner. Le Code Afep-Medef prévoit expressément « (...) l'obligation de faire part au conseil de toute situation de conflit d'intérêts même potentiel et doit s'abstenir de participer au vote de la délibération correspondante »²⁴.

Conflits entre administrateurs ou membres du conseil de surveillance au sein du même conseil. – Un groupe d'administrateurs qui représenterait l'actionnaire majoritaire pourrait imposer au sein du conseil, grâce au nombre de postes occupés, la position souhaitée de l'actionnaire majoritaire aux dépens de l'administrateur ou groupe d'administrateurs représentant l'actionnaire minoritaire. L'administrateur (minoritaire) ne pourrait ainsi que s'opposer à la décision prise par le conseil en portant notamment des réserves au procès-verbal du conseil, sachant toutefois qu'il devra, dès la prise de décision, faire corps avec celle-ci, présumée avoir été prise dans l'intérêt social de l'entreprise.

Afin d'encadrer les situations éventuelles de conflits qui pourraient intervenir au sein du conseil, le Code Afep-Medef préconise que chaque administrateur tienne compte de l'intérêt de l'ensemble des actionnaires et non du seul bloc d'actionnaires qui l'a désigné.

B. - L'administrateur « indépendant »

Statut de l'administrateur indépendant. – L'administrateur indépendant joue un rôle essentiel dans le cadre de la prévention et la gestion des conflits d'intérêts. Les rapports sur le gouvernement d'entreprise considèrent l'administrateur indépendant comme sa clef de voûte. À cet effet, il se doit d'être exemplaire, compte tenu par ailleurs du rôle qu'il doit jouer comme « police de la profession »²⁵. Il s'agit de se prémunir contre le risque que certains administrateurs ne favorisent leurs intérêts détenus en dehors de la société au détriment des intérêts de cette dernière. Par exemple, l'administrateur qui représente l'actionnaire de contrôle ou de référence peut souhaiter favoriser les intérêts de ce dernier. C'est pour réduire ce type de risque qu'a été mise en place une catégorie particulière d'administrateurs se trouvant en dehors de toute tension entre intérêts divergents²⁶.

Critères de l'administrateur indépendant. – Le Code Afep-Medef²⁷ précise qu'un administrateur est « indépendant » s'il n'a pas de liens d'intérêts de nature à « compromettre l'exercice de sa liberté de jugement ». Ces « liens d'intérêts » concernent la qualité de salarié ou dirigeant mandataire social (au sein de la société ou d'une société du périmètre de consolidation) au cours des cinq dernières années, de

fournisseur, de client ou de banquier « significatif », d'ancien commissaire aux comptes ou de personne proche familialement d'un mandataire social. De même, un administrateur est réputé ne plus être indépendant s'il exerce son mandat depuis plus de douze ans.

La part de tels administrateurs doit être d'un tiers ou de la moitié selon que la société cotée est ou non contrôlée. Le conseil doit évaluer la qualification d'administrateurs indépendants à la lumière des critères d'indépendance définis par le Code Afep-Medef et porter à la connaissance des actionnaires ses conclusions dans le rapport annuel et à l'assemblée générale lors de l'élection des administrateurs. Le code prévoit que le conseil dispose d'une marge d'appréciation pour qualifier ou non un administrateur d'indépendant nonobstant la réalisation des critères. Le rapport du Haut Conseil de Gouvernement d'Entreprise de novembre 2015 note à cet égard « qu'il reste quelques sociétés qui qualifient d'indépendants des administrateurs exerçant des fonctions de direction exécutive ou non dans d'autres sociétés du groupe. Quoiqu'elles soient peu nombreuses, le Haut Comité souhaite rappeler que cette qualification est difficile à justifier, en raison d'un risque « structurel » de conflits d'intérêts. Un administrateur ou dirigeant de filiale a à l'égard de celle-ci un devoir de loyauté qui l'amène à privilégier son intérêt social, lequel peut être différent de celui de la maison-mère. La qualification peut cependant être maintenue dans certains cas s'agissant d'un mandat non exécutif dans une filiale, à condition de s'être assuré que les occasions de conflits d'intérêts sont marginales et de stipuler que l'intéressé s'abstiendra de participer aux délibérations du conseil de la maison-mère qui pourraient affecter les intérêts de la filiale ».

C. - L'administrateur « référent »

L'intervention de l'administrateur référent est de nature à prévenir les situations de conflits d'intérêts. Son statut est inspiré du modèle anglo-saxon de *Senior Independent Director*²⁸. Un nombre croissant de grandes sociétés ont fait le choix ou envisagent de confier des fonctions spécifiques à un administrateur sur ce modèle, afin d'instaurer au sein du conseil d'administration un contre-pouvoir au président, directeur du conseil d'administration, qui cumule son mandat avec celui de directeur général.

Un administrateur référent a souvent en charge de traiter les situations de conflits d'intérêts potentiels, apparents ou réels au sein du conseil. Il doit donc se montrer exemplaire en ce domaine.

Choisi parmi les administrateurs indépendants, il dispose d'une neutralité et d'une indépendance accrues au sein du conseil, dans la mesure où il peut notamment réunir les membres du conseil hors la présence du directeur général et/ou du président. Son existence et ses pouvoirs, impulsés par les codes de bonnes pratiques (Afep-Medef, MiddleNext), n'ont rien de légal, mais procèdent du conseil qui doit prévoir for-

24. V. Afep-Medef, préc., § 20.

25. V. E. Scholastique, *La gouvernance d'entreprise (acte de colloque). L'administrateur indépendant, quelle indépendance ?* : CDE 2005, étude 23.

26. V. M. Germain, *L'administrateur de société cotée : Actes prat. et ing. sociétariae* 2012, n° 6, le point sur.

27. V. Afep-Medef, préc., § 9.

28. V. <http://www.iod.com/guidance/briefings/cgbis-role-of-the-senior-independent-director-sid>.

mellement dans son règlement intérieur ses missions, pouvoirs et prérogatives²⁹.

Le Code Afep-Medef³⁰ prévoit bien la possibilité de nommer un administrateur référent mais ne formule aucune recommandation particulière concernant ses fonctions : « Lorsque le conseil décide de confier des missions particulières à un administrateur notamment avec le titre d'administrateur référent ou de vice-président, en matière de gouvernance ou de relations avec les actionnaires, ces missions ainsi que les moyens et prérogatives dont il dispose, doivent être décrits dans le règlement intérieur ».

L'AMF préconise, quant à elle, la nomination d'un administrateur référent en cas de cumul des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général. Dans sa recommandation n° 2012-02³¹, elle précise : « La nomination d'un administrateur référent constitue une des pistes de réflexion intéressantes visant à prévenir d'éventuels conflits d'intérêts, tout particulièrement en cas de cumul des fonctions de président du conseil et de directeur général. (...) En complément, il paraît nécessaire que cet administrateur soit indépendant et que la société publie un bilan d'activité de ce dernier afin que puisse être appréciés d'une part, la nature des diligences et missions conduites dans ce cadre et d'autre part, l'usage qu'il a pu faire des prérogatives qui lui ont été reconues ».

D. - L'administrateur « représentant les salariés actionnaires »

Les salariés actionnaires élus administrateurs ou membres du conseil de surveillance par l'assemblée générale en application des dispositions des articles L. 225-23 et L. 225-71 du Code de commerce ont les mêmes responsabilités que les autres membres du conseil d'administration ou de surveillance³². Toutefois, bien que la durée de leur mandat soit la même que celle des autres mandataires sociaux, celui-ci prend fin par l'arrivée du terme ou la rupture pour quelque cause que ce soit, de leur contrat de travail.

Conciliation de la représentation au conseil des salariés actionnaires avec le devoir de représenter tous les actionnaires. – L'exercice relève souvent du numéro d'équilibre comme en témoignent certaines recommandations doctri-

nales³³ qui indiquent que l'administrateur représentant les salariés « gère en conscience les conflits et prend ses décisions en fonction de l'intérêt à long terme de l'entreprise comme corps social, en respectant les intérêts des salariés, sans faire l'impasse sur celui des autres parties prenantes ».

E. - L'administrateur « élu par les salariés »

La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi³⁴ visant à « mieux anticiper et partager l'information au sein des entreprises, et renforcer la capacité des représentants des salariés à intervenir sur la stratégie de l'entreprise³⁵ » introduit dans le Code de commerce les articles L. 225-27-1, L. 225-79-2 et L. 226-5-1.

Ces articles mettent en place un dispositif de participation obligatoire de représentants des salariés avec voix délibérative aux conseils d'administration ou de surveillance des grandes entreprises.

Les administrateurs ou les membres du conseil de surveillance représentant les salariés ne sont pris en compte ni pour la détermination du nombre minimal et maximal d'administrateurs ou de membres du conseil, ni pour la détermination de la représentation équilibrée des hommes et des femmes dans les conseils.

Les salariés au conseil d'administration et l'employeur peuvent facilement se trouver en situation de conflit d'intérêts, comme le soulignait déjà le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi, qui est venu préciser que « Si les divergences d'intérêts existent entre représentants des salariés et des employeurs, si leur confrontation est saine dans une démocratie sociale, la négociation sociale peut être – doit être – un moyen non de leur effacement mais de leur dépassement au bénéfice de tous »³⁶. Ainsi, les salariés au conseil d'administration et les autres parties prenantes doivent poursuivre le même intérêt, l'intérêt social.

Pour les informations sensibles, l'entreprise s'efforcera dans la mesure du possible de rapprocher au maximum l'information donnée aux instances représentatives du personnel lors de la tenue du conseil, afin de ne pas placer l'administrateur salarié en situation de conflit d'intérêts vis-à-vis de sa base.

Conflit d'intérêts entre l'administrateur élu par les salariés cumulant un mandat de permanent syndical. – On ne peut à la fois prétendre prendre part aux décisions de gestion de l'entreprise en qualité d'administrateur et critiquer ces décisions en dehors du conseil d'administration. C'est ce qui résulte d'un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 30 septembre 2005³⁷ qui conclut à l'incompatibilité entre le mandat de permanent syndical et celui d'administrateur élu par les salariés : « La participation exclut la contestation »³⁸.

29. V. Commission Déontologie de l'IFA, Note de synthèse Administrateurs et conflits d'intérêts, 16 nov. 2010.

30. V. Code Afep-Medef, préc., § 6.5.

31. V. AMF, *recomm. n° 2012-05, préc.*, § 2.5.

32. La loi n° 94-640 du 25 juillet 1994 relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise (JO 27 juill. 1994, p. 10832), a institué un dispositif relatif à la participation des salariés actionnaires aux organes de gestion des entreprises dans lesquelles la participation des salariés au capital social dépasse un certain seuil. Ce dispositif, facultatif lors de sa création, a été modifié par la loi n° 2001-152 du 19 février 2001 sur l'épargne salariale (JO 20 févr. 2001, p. 2774) et par la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (JO 18 janv. 2002, p. 1008). Ce dernier texte a rendu obligatoire la nomination d'administrateurs représentant les salariés actionnaires lorsque ces derniers représentent plus de 3 % du capital. Enfin, la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 (JO 31 déc. 2006, p. 20210) limite l'application obligatoire de ce dispositif aux seules sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé et prévoit que les conditions de nomination des représentants des salariés actionnaires soient fixées par les statuts.

33. V. M.-N. Auberger-Barré et J.-P. Bouchet, *Guide de l'administrateur salarié : numéro spécial de la revue Cadres-CFDT n° 423, avr. 2007, p. 11.*

34. JO 16 juin 2013, p. 9958.

35. V. *Projet de loi AN n° 774, 3 mars 2013, présenté par M. Sapin, p. 5.*

36. V. *Projet de loi AN n° 774, préc.*, p. 3.

37. V. *Cass. soc.*, 30 sept. 2005, n° 04-10.490 : *JurisData n° 2005-029946.*

38. V. J. Pélissier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du travail : Dalloz*, 22^e éd., n° 760, p. 879.

Dans cet arrêt, la Cour de cassation assimile le mandat de permanent syndical à celui de délégué syndical, ce dernier étant expressément cité par l'article L. 225-30 du Code de commerce au nombre des mandats incompatibles avec celui d'administrateur élu par les salariés.

F. - L'administrateur « représentant l'État »

Lorsque l'État détient directement ou indirectement au moins 10 % du capital d'une société du secteur privé, une ou plusieurs personnes peu(ven)t être désignée(s) pour le représenter au sein du conseil d'administration de cette société. Les représentants de l'État doivent être soit des agents publics de l'État, soit des dirigeants d'entreprises ou d'établissements publics. Ils sont nommés par l'assemblée générale des actionnaires, sur proposition du ministre dont ils dépendent s'il s'agit de fonctionnaires, ou de leur ministre de tutelle s'il s'agit de dirigeants d'entreprises du secteur public³⁹ (sans toutefois que cette désignation constitue une obligation pour la société).

Quel est le rôle de l'administrateur représentant l'État ? N'est-il que le garant des intérêts de l'État ou représente-t-il tous les actionnaires ? Ne risque-t-il pas à certains moments d'être en situation de conflits d'intérêts, l'intérêt de l'État (voire l'intérêt politique du Gouvernement) apparaissant dans certaines situations comme supérieur à l'intérêt social de l'entreprise dans laquelle il occupe son mandat social ?

Dans les instances officielles, l'administrateur représentant l'État peut apparaître comme le représentant de tous les actionnaires, mais la réponse n'est pas très claire. Bertrand Richard du cabinet de recrutement *Spencer Stuart* qui a mené plusieurs missions pour des conseils de sociétés dont l'État est actionnaire, précise les limites de la gouvernance de l'État en indiquant que « Le conseil d'administration des sociétés contrôlées par l'État n'est pas au centre de la gouvernance. L'intérêt social de la société publique passe au second plan derrière sa mission de service public et les intérêts de l'État ; ce qui en fait une société asservie. Le conseil ne décide de rien

mais vote sur tout. Il est amputé d'un certain nombre de ses pouvoirs par rapport à celui d'une entreprise cotée. Il a un vrai problème existentiel »⁴⁰.

Certains thèmes, comme le maintien de l'emploi au sein de l'entreprise, peuvent très vite devenir une source de conflits d'intérêts : l'administrateur représentant l'État aura pour mission de s'assurer du maintien de l'emploi dans le cadre de la politique du Gouvernement et des engagements pris par le Président de la République⁴¹ alors que l'entreprise, elle, demeure contrainte de réduire le nombre de ses salariés afin de retrouver un équilibre financier et sauvegarder l'intérêt social.

Mais cette situation ambiguë du rôle de l'administrateur représentant l'État a été enfin clarifiée depuis l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique⁴², qui précise à son article 6 que les membres proposés par l'État « représentent les intérêts de l'État en sa qualité d'actionnaire ». Ainsi, l'administrateur représentant l'État doit concilier la défense de l'intérêt social de l'entreprise dans laquelle il est désigné, dans la ligne des intérêts patrimoniaux de l'État actionnaire.

4. Conclusion

La prévention des conflits d'intérêts est au cœur du système de gouvernance car est de nature à garantir la confiance des investisseurs et prévenir la survenance de scandales éthiques. Toutefois, les conflits d'intérêts ne concernent pas que, loin s'en faut, les seuls dirigeants et mandataires sociaux et il est donc attendu des entreprises qu'elles mettent aussi en place des programmes de *compliance* afin d'identifier, prévenir et gérer les situations de conflits d'intérêts à l'instar des dispositifs de gouvernance.

39. V. D.-L. 30 oct. 1935, modifié par L. n° 91-1382, 30 déc. 1991 (art. 1^{er}) et L. n° 2001-420, 15 mai 2001 (art. 139).

40. V. *L'État veut changer ses pratiques de gouvernance* : *Les Échos*, 5 sept. 2013.

41. V. *Rapport 2013. L'État actionnaire* : <http://www.economie.gouv.fr>. – Ce rapport précise que l'État sera « très vigilant sur les politiques de ressources humaines menées par les entreprises de son périmètre, sa stratégie devant aussi s'inscrire dans le respect des intérêts de toutes les parties prenantes, et en premier lieu des salariés ».

42. JO 23 août 2014, p. 14009.