

Janvier 2015

**Unicité ou dissociation des fonctions
de président du Conseil d'administration
et de directeur général**

Le choix de la formule de gouvernance



Le droit français offre la possibilité à toutes les sociétés anonymes, y compris cotées, de choisir entre la formule moniste à conseil d'administration et la structure dualiste à directoire et conseil de surveillance qui repose sur une distinction entre les fonctions de direction et de contrôle de cette direction¹. En outre, les sociétés à conseil d'administration ont le choix entre la dissociation des fonctions de président et de directeur général et l'unicité de ces fonctions.

Selon l'article L.225-51-1 alinéa 1 et 2 du code de commerce, qui ne privilégie aucune formule : « *La direction générale de la société est assumée, sous sa responsabilité, soit par le président du conseil d'administration, soit par une autre personne physique nommée par le conseil d'administration et portant le titre de directeur général. Dans les conditions définies par les statuts, le conseil d'administration choisit entre les deux modalités d'exercice de la direction générale visée au premier alinéa. Les actionnaires et les tiers sont informés de ce choix dans des conditions définies par décret en conseil d'Etat* ».

Le code Afep-Medef² ne privilégie pas davantage une formule. Il précise qu' « *il appartient à chaque société de se prononcer selon ses impératifs particuliers* » et que lorsque la société choisit la dissociation des fonctions de président et de directeur général, « *les missions confiées, le cas échéant, au président du conseil en sus de celles conférées par la loi, doivent être décrites* ».

Il appartient donc au conseil d'administration de choisir entre la dissociation des fonctions de président et de directeur général ou l'unicité de celles-ci. C'est là une prérogative forte du conseil d'administration qui doit, selon le code, exposer aux actionnaires les motivations et justifications de son choix.

Le choix du mode de gouvernance doit d'abord tenir compte des particularités de la société **(1)**. Il convient ensuite de souligner qu'il existe des différences importantes entre le droit français et le droit anglais **(2)**. Enfin, d'autres voies peuvent être explorées visant à atteindre le même objectif d'équilibre des pouvoirs **(3)**.

¹ La formule dualiste est de moins en moins utilisée, les statistiques montrent que le nombre de sociétés adoptant le directoire et le conseil de surveillance est en baisse et que plusieurs d'entre elles sont revenues au système classique du conseil d'administration.

² § 3.1 du code Afep-Medef.

1. LE CONSEIL D'ADMINISTRATION DOIT POUVOIR DECIDER AU MIEUX DES INTERETS DE LA SOCIETES EN FONCTION DE SES PARTICULARITES

Le choix du mode de gouvernance d'une entreprise doit tenir compte de ses particularités : notamment son secteur d'activité, la composition de son actionnariat ou encore les caractéristiques de son équipe de direction générale (composition, expérience dans les fonctions...)³.

Certaines sociétés ont fait le choix de la séparation des fonctions de président de conseil d'administration et de directeur général laquelle s'est révélée particulièrement pertinente en permettant au président de se concentrer sur les missions propres à sa fonction (ex : Alcatel, BNP Paribas, Sanofi).

A l'inverse, afin de privilégier la rapidité et l'efficacité de la prise de décision et de renforcer la cohésion de l'organisation sociale, d'autres sociétés ont privilégié l'unicité des fonctions de président et de directeur général. Au demeurant, au cours de leur vie sociale, de nombreuses sociétés sont passées d'une formule à une autre : ainsi, certaines sociétés sont revenues à un mode d'organisation avec un président directeur général (PDG) après avoir utilisé la formule dissociée notamment comme moyen d'assurer une transition de pouvoir entre un PDG et son successeur (ex : Cap Gemini en 2012, L'Oréal en 2011, Axa, Orange, Saint-Gobain, Veolia, Vinci et Total en 2010, Société Générale, Accor et Renault en 2009), preuve que la structure avec un PDG présente des attraits en termes de réactivité et de simplification des processus de décision, particulièrement en période de crise.

Un document du Conference Board⁴ qui passe en revue les principales recherches universitaires sur le sujet conclut qu'il n'existe pas une formule de gouvernance qui serait supérieure à une autre et que cela dépend avant tout de la personnalité du président : « *This study's findings suggest that policy making and shareholder guidelines focusing primarily on the separation of the chair and CEO roles may omit a key dimension of effective board leadership. The focus instead should be on the effectiveness of the prospective or incumbent chair of the board. Also, it may be reasonable to ask whether separation should ever be more than temporary. If there is no appropriate person on the board to fill the role, the board may be better off adopting a unified structure (perhaps with a lead director) rather than forcing themselves into a separate structure ».*

S'agissant des sociétés américaines, il résulte d'une étude de 2011 qui porte sur les 100 plus grandes capitalisations⁵ que les fonctions de « chairman » et de « CEO » sont unifiées dans 73 sociétés. Par ailleurs, il est indiqué que 79 sociétés n'ont défini aucune politique, estimant qu'il appartient au conseil de décider la forme de gouvernance la plus appropriée pour la société, 10 sociétés ont défini une politique en faveur de la dissociation des fonctions, 9 sociétés ont défini une politique en faveur de l'unicité des fonctions et 2 sociétés n'ont donné aucune indication. Une autre étude du Conference Board⁶ qui porte sur les

³ Pour l'exercice 2013, au sein des sociétés à conseil d'administration du CAC 40, les PDG sont largement majoritaires (26 PDG contre 5 DG / Présidents dissociés). Il en est de même pour les sociétés du SBF 120 (63 PDG contre 22 DG / présidents dissociés).

Par ailleurs, 4 sociétés du CAC 40 et 17 sociétés du SBF 120 ont retenu la formule à directoire et conseil de surveillance.

⁴ The Conference Board's Director Note, Separation of Chair and CEO Roles August 2011

http://www.yorku.ca/rleblanc/publish/Aug2011_Leblanc_TCB.pdf

⁵ Cf. étude de Shearman & Sterling : "Corporate Governance of the Largest US Public Companies 2011".

⁶ "Conference Board's 2011 Director Compensation & Board Practices Report".

sociétés faisant partie de l'indice S&P 500 montre qu'en 2011, environ 60 % des sociétés ont maintenu une formule de gouvernance avec unicité des fonctions, 40 % ayant opté pour la dissociation des fonctions. Il semble que certaines sociétés (ex : Boeing) préfèrent mettre en place un « Lead Director », comme au Royaume-Uni.

Il convient donc de laisser toute latitude au conseil pour organiser son mode de fonctionnement au mieux des intérêts et des spécificités de la société.

2. DIVERSITE DES CONTEXTES JURIDIQUES ET DE GOUVERNANCE ENTRE LE DROIT FRANÇAIS ET LE DROIT ANGLAIS

Vouloir imposer la séparation des fonctions de président et de directeur général tend à méconnaître les différences entre les droits des sociétés en France et au Royaume-Uni.

En effet, pour les tenants de la séparation des pouvoirs, le rôle du président « dissocié » est fondamental car il constituerait un contre-pouvoir vis-à-vis de la direction générale. Bien que séduisant sur le principe, ce postulat ignore largement, en les surestimant, les pouvoirs respectifs du conseil d'administration, organe collégial, et du président du conseil d'administration en droit français.

- **En France**, le conseil et la direction générale ont des missions distinctes : en effet, le conseil a pour mission, en vertu du code de commerce, de décider des grandes orientations et de la stratégie de la société. La direction générale, généralement assistée d'un comité exécutif dont la composition est strictement distincte de celle du conseil d'administration, assure la gestion quotidienne de la société. Aucune société ne pourrait, sans risque important en matière de responsabilité et de risques de nullité de certaines décisions, concentrer ces missions au sein d'un organe exécutif. **D'ailleurs, le code de commerce interdit que le nombre d'administrateurs liés à la société par un contrat de travail excède le tiers des membres du conseil⁷. On constate en outre que les conseils sont quasi-exclusivement composés d'administrateurs non-exécutifs (contrairement au Royaume-Uni).**

Le conseil d'administration dans son ensemble, en raison des pouvoirs importants qui lui sont conférés par la loi, doit garantir l'équilibre essentiel à une bonne gouvernance. Ainsi :

- toute décision du conseil d'administration suppose le vote favorable d'une majorité des membres du conseil, si bien que les dirigeants exécutifs représentés au conseil ne peuvent emporter seuls la décision ;
- s'il ne s'est pas réuni depuis plus de deux mois, le tiers au moins des administrateurs peut demander au président-directeur général la convocation d'une réunion du conseil d'administration sur l'ordre du jour déterminé par ces administrateurs ; ce pouvoir est parfois confié statutairement, en cas d'empêchement du président, à un autre administrateur (souvent l'administrateur référent s'il en existe un) ;

⁷ Art. L. 225-22 du code de commerce. Lorsque le conseil comprend des administrateurs élus par les salariés, ils ne sont pas pris en compte.

- le conseil d'administration peut révoquer le président-directeur général à tout moment sans avoir à justifier d'un motif ;
- il fixe la rémunération du président-directeur général ;
- il peut fixer des limitations aux pouvoirs du président-directeur général.

Enfin, il a le pouvoir de convoquer les assemblées générales, d'établir les comptes sociaux et le rapport annuel de gestion, d'autoriser les conventions passées entre la société et l'un de ses dirigeants, administrateurs ou actionnaires disposant de plus de 10 % des droits de vote, répartir les jetons de présence, d'approuver le rapport du président sur le contrôle interne...

Quant au président du conseil d'administration, il a essentiellement en droit français un rôle administratif et d'animation : convocation des réunions du conseil, établissement de l'ordre du jour, établissement de rapports, présidence des débats... **Il ne dispose pas de pouvoir décisionnel propre.** Il n'a de pouvoir de décision qu'en tant que membre du conseil, organe collégial. Même le rapport qu'il doit établir sous sa responsabilité en matière d'organisation des travaux du conseil, de contrôle interne et de gestion des risques, doit être approuvé par le conseil (article L.225-37 du code de commerce). Certaines sociétés ont souhaité définir de manière explicite les missions que le président exerce en dehors des dispositions légales. Il s'agit par exemple de missions de représentation de la société dans ses relations de haut niveau, notamment les grands clients et les pouvoirs publics, aux plans national et international.

- **Au Royaume-Uni**, les sociétés fonctionnent en grande majorité sous un régime de séparation des fonctions, car elles ont adopté la pratique d'un conseil unifié « **unitary system** »⁸ **qui réunit à la fois les administrateurs non exécutifs et les membres du comité exécutif** (en général 4 personnes qui sont également administrateurs). Compte tenu de cette particularité de fonctionnement, il est apparu nécessaire au sein des sociétés britanniques d'organiser des mécanismes de contre-pouvoir. Notons que le système britannique, souvent cité en exemple, fait l'objet de critiques de la part d'universitaires ou de responsables économiques qui estiment qu'il peut conduire à des conflits entre le « chairman » et le « CEO » ainsi qu'à une **répartition des responsabilités mal définie.**

3. L'EQUILIBRE ET L'EFFICACITE DE LA GOUVERNANCE SONT ASSURES PAR D'AUTRES MOYENS

Pour garantir l'équilibre au sein du conseil, tout en conservant l'unicité des fonctions de président et de directeur général, les sociétés françaises ont mis en œuvre les pratiques décrites ci-après :

- l'introduction de limitations que le conseil d'administration apporte aux pouvoirs du directeur général ; ces règles figurent généralement dans les règlements intérieurs des conseils qui précisent les cas d'approbation préalable du conseil d'administration, par

⁸ Cf. Etude Heidrick & Struggle: "Challenging board performance, European corporate governance report 2011", p.10.

exemple pour les projets d'investissement dépassant certains montants et plus généralement pour certaines opérations stratégiques. Ces limitations sont rendues publiques dans le rapport du président sur la gouvernance et le contrôle interne (art. 4 du code Afep-Medef) ;

- la nomination au sein du conseil d'une proportion significative d'administrateurs indépendants (art.9.2 du code);
- la possibilité pour d'autres personnes que le PDG (par exemple, le vice-président, l'administrateur référent ou les présidents de comité du conseil) de convoquer une réunion du conseil d'administration sur un ordre du jour qu'elles auront défini et qui relève de la compétence du conseil ;
- l'institution de comités spécialisés chargés de préparer les travaux du conseil dans le domaine de la rémunération, de la nomination et de l'audit (art.16 du code) ;
- l'examen de certains sujets strictement en dehors de la présence des membres exécutifs, non seulement du président directeur général mais aussi du directeur général lorsqu'il existe une dissociation des fonctions ;
- la réunion périodique des administrateurs non exécutifs hors la présence des administrateurs exécutifs ou internes afin de réaliser une évaluation des performances des dirigeants mandataires sociaux (art. 10.4 du code) ;
- la nomination d'un administrateur indépendant référent qui porte parfois le nom de vice-président ou de « *lead independent director* ». Cet administrateur indépendant, création de la pratique, a vocation à veiller au bon fonctionnement des organes de gouvernance, notamment à travers la participation active des administrateurs indépendants aux travaux du conseil et de ses comités. Parmi les missions pouvant être confiées à cet administrateur, deux apparaissent particulièrement décisives : la possibilité, dans certaines circonstances, de convoquer le conseil et celle de proposer au président d'inscrire des points à l'ordre du jour. Cependant, il convient de préciser qu'une telle nomination n'altère en rien le caractère d'organe collégial du conseil d'administration.

*

En conclusion, si l'équilibre des pouvoirs avec la direction générale est incontestablement une question légitime et importante, la dissociation systématique des fonctions ne saurait être vue comme une formule de gouvernance unique, au risque de méconnaître la réalité du fonctionnement et les besoins spécifiques des sociétés. La loi ainsi que d'autres mécanismes permettent au conseil d'administration d'avoir un rôle prépondérant et de « challenger » de manière indépendante la direction générale ce qui contribue à garantir l'équilibre souhaité de manière plus efficace encore.