

L'ADMINISTRATEUR INDEPENDANT

Définitions et grille d'analyse

Les travaux de l'IFA
Commission Déontologie
et Statut de l'administrateur

14 décembre 2006

AVANT-PROPOS

Le concept d'administrateur indépendant trouve son origine aux USA, les premières recommandations de la Securities and Exchange Commission (SEC) en la matière remontant à 1940. En 1978, la réglementation américaine, qui a imposé aux sociétés cotées de mettre en place des comités d'audit composés exclusivement d'administrateurs indépendants, allait conforter le rôle essentiel de l'« *Independent Director* » en vue d'assurer une bonne gouvernance d'entreprise. En Europe, la Grande Bretagne est la première à se doter d'un code de gouvernance avec le rapport Cadbury publié en 1992, qui prône la mise en place de « *Non Executive Directors* ». La notion d'administrateur indépendant est apparue peu de temps après en France, les premières recommandations officielles en la matière datant de 1995 avec la publication du premier rapport Viénot.

Depuis lors, les administrateurs indépendants occupent une place croissante dans les Conseils d'administration. Leur présence au sein des Conseils est devenue incontournable : leur contribution a permis de poursuivre le mouvement engagé pour un fonctionnement plus indépendant des Conseils.

L'Institut Français des Administrateurs s'inscrit résolument dans cette dynamique et s'est prononcé en faveur de l'importance de la représentativité des administrateurs indépendants au sein des Conseils et de leurs comités spécialisés selon la taille et le type de sociétés. La proposition n° 2 du document de l'IFA d'Octobre 2005 « *Partager les meilleures pratiques du gouvernement d'entreprise* » indique en effet qu'« *Il est recommandé de nommer au moins un administrateur indépendant dans le Conseil de toute société anonyme de taille significative, un tiers d'indépendants dans le Conseil des sociétés contrôlées ayant des actionnaires minoritaires, une majorité d'indépendants dans le Conseil des sociétés cotées à actionnariat diffus...* ».

On constate cependant que le concept « d'administrateur indépendant » fait l'objet de controverses. La difficulté tient à l'impossibilité de définir juridiquement l'administrateur indépendant. En effet, la notion d'indépendance revêt un caractère subjectif, de telle sorte qu'il n'est pas toujours aisé d'en arrêter les contours. Il s'en suit quelques difficultés de communication de la part des entreprises à propos de leurs administrateurs indépendants et des véritables critères utilisés pour les choisir.

La Commission de déontologie de l'IFA s'est fixé comme objectif de donner un prolongement à la définition de l'administrateur indépendant figurant dans les *rapports Viénot et Bouton* en énumérant, au travers d'une grille d'analyse, les critères permettant de mettre en évidence les principales données à prendre en considération pour qualifier un administrateur d'indépendant et en déterminant les questions essentielles qu'un administrateur répondant à cette qualification doit se poser dans l'exercice de son mandat. Certains de ces critères ont parfois un caractère formel et objectif. S'ils sont alors plus faciles à établir, ils ne présentent pas en eux-mêmes une garantie suffisante de l'indépendance. D'autres sont plus subjectifs et donc plus difficiles à appréhender, tels ceux concernant par exemple la personnalité ou le comportement de l'administrateur ; ils sont tout autant nécessaires.

Il convient de préciser que :

- Ces critères ne sont en aucun cas exhaustifs. Ils doivent néanmoins permettre à l'administrateur qui se veut indépendant ou au conseil d'administration dont il est membre de se poser les questions essentielles concernant l'exercice de cette fonction.
- Les différences de taille et de situation dans lesquelles se trouvent les entreprises sont un facteur essentiel à prendre en compte et font qu'il n'apparaît pas nécessaire de systématiquement satisfaire à tous les critères pour être considéré comme un administrateur indépendant. En particulier, les critères d'indépendance s'apprécieront différemment suivant qu'il s'agira d'une PME ne faisant pas appel public à l'épargne ou d'un grand groupe coté.
- Enfin, si certains critères demeurent communs à tous les administrateurs, il en est parmi ceux-ci, qui revêtent une acuité toute particulière pour les administrateurs indépendants. Il en va ainsi, par exemple, des modalités d'exercice de la fonction d'administrateur en termes de moyens matériels et financiers, de l'accès à l'information, de l'organisation de la procédure de sélection ou d'évaluation des administrateurs ainsi que de tous éléments permettant de garantir une véritable indépendance.

En conclusion, cette grille d'analyse devrait permettre à l'administrateur indépendant de mieux apprécier les difficultés auxquelles il peut être confronté et de faciliter son dialogue avec les dirigeants dans l'intérêt de l'entreprise et de ses actionnaires.

AV Critères formels de qualification de l'administrateur indépendant :

L'absence de définition juridique de l'administrateur indépendant a conduit différentes institutions à se prononcer dans des codes de gouvernance sur les critères devant permettre à l'administrateur d'être libre d'intérêts vis-à-vis du management, des actionnaires et des autres parties prenantes.

Les critères retenus dans cette grille sont proposés à titre de référentiel pour permettre aux sociétés, cotées ou non, d'apprécier la qualification d'administrateur indépendant. Ils sont cohérents avec ceux que préconisent les rapports AFEP-MEDEF et AFG en France, ainsi qu'avec ceux qui existent dans la plupart des codes nationaux, notamment dans le rapport Higgs au Royaume-Uni.

Ces critères sont également cohérents avec la recommandation de la Commission Européenne publiée au Journal officiel de l'Union Européenne le 15 février 2005, concernant « *le rôle des administrateurs non exécutifs et des membres du conseil de surveillance des sociétés cotées et les comités du conseil d'administration ou de surveillance* ».

L'administrateur peut être qualifié d'indépendant s'il ne se trouve pas dans l'une ou plusieurs des situations suivantes, susceptibles d'altérer son indépendance de jugement ou de le placer dans une situation de conflit d'intérêt réel ou potentiel.

1. Relation salariale ou fonction dirigeante

- Avoir ou avoir eu une relation salariale ou une fonction exécutive au sein de la société ou de l'une des sociétés constitutives du groupe.

Etre non-exécutif est la première condition formelle nécessaire à la qualification d'administrateur indépendant.

La plupart des codes préconisent de ne pas avoir ou n'avoir pas eu de fonctions exécutives au cours des cinq dernières années dans la société.

2. Lien capitalistique ou mandats croisés

- Détenir un ou plusieurs mandats croisés.
- Etre ou représenter un actionnaire détenant une part substantielle du capital ou des droits de vote.

Le rapport AFEP-MEDEF préconise qu' « *au-delà d'un seuil de 10% en droits de vote ou en capital, il convient que le conseil, sur rapport du comité des nominations, s'interroge systématiquement sur la qualification d'indépendant en tenant compte de la composition du capital de la société et de l'existence d'un conflit d'intérêts potentiel* ».

Toutefois, dans les cas d'une détention inférieure à 10% et en particulier en présence de pacte d'actionnaires, l'IFA estime que la question de l'indépendance de l'administrateur doit également être examinée par le conseil.

3. Relation d'affaires

- Etre ou représenter un partenaire commercial ou financier significatif de la société ou d'une société du groupe, ou pour lequel cette société représente une part significative de l'activité.
- Etre ou devenir un consultant de la société et recevoir, à ce titre, une rémunération ou des honoraires substantiels de la société.
- Etre ou représenter une « partie prenante » significative de la société (fournisseur, client, Etat, banquier d'affaire, banquier de financement).

Il appartient à chaque société de déterminer si les modalités et l'importance des rémunérations en cause sont de nature à créer un lien de dépendance de l'administrateur concerné.

- Conformément à la pratique anglo-saxonne et à la recommandation européenne, l'IFA considère qu'il serait utile de prendre en compte ces situations afférentes non seulement à l'exercice en cours, mais aussi à l'année ou aux deux années précédentes.
- Avoir été auditeur signataire de la société au cours des cinq années précédentes conformément à l'article L.822-12 du Code de Commerce.

4. Lien familial ou personnel

- Avoir un lien de parenté proche avec un actionnaire important ou un membre dirigeant de la société.
- Avoir des relations privilégiées avec ces derniers, appartenir à des réseaux d'influence communs ou avoir des intérêts dans des opérations communes en dehors de l'entreprise, ces situations pouvant, dans certaines circonstances, être perçues comme susceptibles d'affecter l'indépendance.

5. Ancienneté du mandat

- Siéger dans le même conseil d'administration au-delà d'un certain nombre d'années.

Le rapport AFEP-MEDEF précise que pour être qualifié d'indépendant, un administrateur « *ne doit pas être administrateur de l'entreprise depuis plus de douze ans* ». Le rapport Higgs prévoit quant à lui une limite de dix ans.

A l'inverse, certaines sociétés considèrent l'ancienneté comme un facteur de stabilité et de compétence supplémentaire, donc, selon elles, d'indépendance.

- L'IFA se prononce en faveur du principe général de limitation dans le temps du mandat pour un administrateur indépendant, d'ailleurs recommandé par la Commission Européenne. Il n'est que la simple application aux administrateurs du principe fondamental de rotation comme facteur d'indépendance.

Il appartient à la société qui déroge à ce principe général de limitation dans le temps du mandat d'en expliciter les raisons particulières.

Le respect de l'ensemble de ces critères que l'on trouve dans la plupart des rapports de gouvernement d'entreprise est soumis à la règle « appliquer ou s'expliquer » (« *comply or explain* »).

Or, de nombreuses sociétés donnent dans leur rapport annuel une information insuffisante sur la manière dont elles mettent en œuvre ces critères pour qualifier chacun de leurs administrateurs d'indépendants. De surcroît, certaines sociétés n'expliquent pas toujours de façon précise la nature et les raisons des écarts existant par rapport au référentiel utilisé.

Cette situation peut conduire à créer une confusion entre les notions d'administrateur indépendant et d'administrateur extérieur ou administrateur non-exécutif.

- L'IFA recommande que cette règle, « appliquer ou s'expliquer », soit très rigoureusement suivie, et que notamment il soit rendu compte précisément dans le rapport annuel de la situation de chaque administrateur indépendant au regard du référentiel retenu.

B/ Autres critères de choix de l'administrateur indépendant :

Le respect des critères formels est, bien entendu, une condition nécessaire pour permettre à un administrateur d'être qualifié d'indépendant mais ce n'est pas une condition suffisante.

En effet, l'accent mis sur les critères formels ne doit pas éclipser d'autres impératifs de fond, tels que, notamment, les aspects comportementaux, bien que ces derniers soient plus difficiles à évaluer du fait de leur caractère subjectif.

1. Qualification professionnelle : Compétence et expérience

L'administrateur indépendant, dont la compétence peut être recherchée en dehors des métiers de l'entreprise ou de son secteur d'activité, doit tout d'abord s'appuyer dans l'exercice de sa fonction sur les compétences spécifiques pour lesquelles il a été choisi. Pour autant, si le secteur d'expérience de l'administrateur est éloigné de celui de l'entreprise, il doit le plus rapidement possible acquérir une connaissance des activités de l'entreprise.

Le vade-mecum de l'administrateur réalisé par l'IFA consacre plusieurs pages (chapitre « S'informer ») à la formation du nouvel administrateur.

Ainsi l'administrateur indépendant doit notamment :

- Connaître le fonctionnement du Conseil d'Administration et les règles de gouvernance de l'entreprise.
- Apprendre à connaître le secteur d'activité dans lequel l'entreprise opère pour se familiariser avec les enjeux spécifiques auxquels celle-ci doit faire face.
- Développer ses compétences dans les domaines où elles seront les plus sollicitées grâce à la possibilité de suivre des programmes de formation.
- Apporter une expérience professionnelle ou personnelle offrant un éclairage extérieur et utile à l'entreprise : le fait que l'administrateur soit extérieur à l'entreprise doit permettre au conseil d'administration de bénéficier d'une ouverture intellectuelle plus importante.
- Pouvoir consacrer à l'accomplissement de sa fonction tout le temps nécessaire et ne pas avoir de responsabilités exécutives trop prenantes dans d'autres sociétés, et ceci d'autant plus lorsque l'administrateur indépendant est amené à participer aux travaux des comités spécialisés du conseil.

2. Critères comportementaux

La force de caractère et l'indépendance d'esprit sont difficiles à évaluer lors de la sélection des candidats bien qu'il s'agisse de critères essentiels d'indépendance.

Doit être prise en compte la capacité à résister à certaines formes de pression de type psychologique qui peuvent s'exercer consciemment ou inconsciemment au sein du Conseil d'administration.

Ainsi l'administrateur doit :

- Avoir une liberté de pensée et de jugement reconnue, en particulier à l'égard du Président.
- Savoir exprimer son désaccord dans un groupe favorable à une décision et maintenir sa position lorsque le groupe y devient hostile.
- Être prêt à renoncer à son mandat pour manifester son désaccord sur une décision dont les enjeux le justifierait.
- Savoir demander, s'il se juge insuffisamment informé, des études complémentaires ou des expertises extérieures.
- Ne pas laisser son indépendance être entravée par une appartenance trop forte aux mêmes réseaux d'influence qu'un ou plusieurs administrateurs de l'entreprise.
- Être attentif aux biais qui peuvent altérer la qualité des décisions prises par le Conseil ¹. En effet, ces biais peuvent conduire soit à une prise de risque excessive, soit à une frilosité ou à un suivisme qui ne sont pas souhaitables.

C/ Conditions de travail de l'administrateur indépendant :

L'environnement dans lequel l'administrateur indépendant travaille n'est pas indifférent. Le Président de l'entreprise doit lui-même être convaincu des avantages pour l'entreprise de l'établissement d'une bonne gouvernance et d'un Conseil d'administration travaillant efficacement, dans les meilleures conditions d'information et avec une totale liberté de pensée et de parole.

L'IFA recommande à ce titre que le fonctionnement du Conseil d'administration et/ou des comités spécialisés fasse l'objet d'un règlement intérieur.

Trois questions méritent de retenir plus particulièrement l'attention de l'administrateur indépendant :

1. La disponibilité de moyens propres au conseil d'administration

Le Conseil doit disposer d'un secrétaire de Conseil disponible et rattaché si possible directement au Président.

- L'IFA se prononce en faveur d'une telle organisation, lorsque la taille et les moyens de l'entreprise le permettent. En effet, la pratique montre que cette organisation favorise une plus grande indépendance et un meilleur fonctionnement du Conseil.

Le Conseil d'administration et les comités spécialisés doivent pouvoir disposer :

- D'un budget autonome et révisable

¹ Cf. Page 43 du Vade-mecum de l'administrateur – IFA, en collaboration avec Ernst&Young

- De modes transparents d'allocation et d'utilisation du budget
- De la possibilité de recourir à des audits ou expertises ponctuelles externes, choisis de préférence parmi les Cabinets ne travaillant pas déjà pour la Direction de l'entreprise.

2. Les facilités d'accès à l'information

Le droit à l'information est reconnu au 3^e alinéa de l'article L 225-35 du code de Commerce qui dispose que « le Président ou le Directeur Général de la société est tenu de communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission».

Ce droit revêt une acuité toute particulière pour l'administrateur indépendant du fait de sa situation extérieure à la société. Ainsi, ce dernier doit porter attention aux éléments suivants :

- La contribution effective du Président ou du Directeur Général au libre accès à l'information.
- Des délais d'études suffisants : les documents examinés en séance doivent être envoyés à l'avance aux administrateurs.
- La bonne lisibilité de l'information.
- La symétrie de l'information à la fois entre la Direction et les administrateurs et entre les différentes catégories d'administrateurs.
- Une quantité d'information en rapport avec l'importance du sujet traité.
- La qualité de l'information qui doit être complète, pertinente, utile, et le cas échéant, pré-analysée et identifiant les risques liés à une situation ou à une décision à prendre.
- La faculté de rencontrer les directions opérationnelles de la société et des sociétés contrôlées, voire de visiter des sites industriels.
- L'accès aux directions fonctionnelles, comptables et financières ainsi qu'aux services d'audit et de contrôle interne.
- L'accès aux services de la communication interne et externe.

3. L'organisation des débats

L'indépendance de l'administrateur ne se manifestera pleinement que si certaines conditions d'organisation des débats sont respectées. Ces conditions seront différentes selon que la société est dans un régime moniste avec ou sans dissociation, ou encore dans un régime dual.

Avant les réunions du Conseil d'administration

Il est souhaitable de prendre en compte les réactions des administrateurs sur l'ordre du jour.

- L'IFA recommande que les administrateurs soient informés de l'ordre du jour du Conseil d'administration dans un délai suffisant pour pouvoir formuler le cas échéant leurs observations et leurs propositions.

Pendant les réunions du Conseil d'administration

Il convient que :

- le Président ait une attitude constructive (directivité, écoute)
- la liberté de parole soit préservée au cours des débats

- le temps consacré aux différents sujets abordés soit en adéquation avec leur importance
- un administrateur indépendant chef de file ("Lead Director") soit désigné dans les cas où les fonctions de Président et Directeur Général sont exercées par une seule et même personne², ou lorsque le Président du Conseil est l'ancien Président Directeur Général.
- les projets de procès-verbaux des réunions du Conseil d'administration soient soumis aux administrateurs pour approbation, rapidement après la tenue du Conseil et en tout état de cause avant le Conseil suivant. Les procès-verbaux doivent reprendre de façon exhaustive et fidèle l'intégralité des débats en citant nominativement les administrateurs intervenus, ceci avec une acuité plus particulière dans les cas de désaccord.

En outre, avec l'accord ou à l'initiative du Président, ou après l'en avoir dûment informé, les administrateurs doivent pouvoir se réunir en l'absence de ce dernier, sur le modèle des « executive sessions » américaines.

En dehors des réunions du Conseil d'administration :

Il est souhaitable que :

- les administrateurs puissent se réunir pour des travaux hors des réunions du Conseil d'administration.
- lorsque le Président est amené à rencontrer certains administrateurs de manière individuelle ou en groupe restreint, un compte rendu du contenu de ces entretiens soit communiqué aux autres administrateurs dans des délais appropriés.
- les comités spécialisés rendent régulièrement compte de leurs travaux au Conseil d'administration.

D/ Modalités de nomination et de rémunération de l'administrateur indépendant :

Il est impératif de s'enquérir de l'existence et de la bonne application des procédures de nomination, d'évaluation et de rémunération de l'administrateur indépendant.

1. Procédure de nomination

De façon générale, pour tous les administrateurs mais plus particulièrement pour l'administrateur indépendant, les aspects suivants méritent attention :

- Lorsqu'il existe un Comité de nomination, il doit être composé majoritairement d'administrateurs indépendants et fonctionner en liaison avec le Président du Conseil. Ce comité doit se livrer à une analyse approfondie de la situation individuelle de chacun des candidats à la fonction d'administrateur indépendant, au regard à la fois des différents critères cités plus haut et de la composition souhaitée du Conseil.
- Le Comité de nomination doit s'efforcer d'écarter les candidatures qui auraient pour origine ou pour motivation la mise en jeu de systèmes de réseaux d'influence. Il convient aussi d'éviter les situations dans lesquelles les conflits d'intérêt pourraient éventuellement exister entre l'un des membres du Comité de nomination et un candidat.

² proposition 10 du document – « Partager les meilleures pratiques du gouvernement d'entreprise : Les propositions de l'IFA », Octobre 2005.

- Le recours à un Guide d'entretien tel que celui proposé par l'IFA est recommandé dans le processus de candidature et de sélection des administrateurs indépendants.
- Les résolutions présentées à l'assemblée générale des actionnaires portant sur la nomination et le renouvellement des mandats d'administrateurs indépendants doivent être accompagnées de leurs motivations. Le rapport du Président aux actionnaires sur les travaux du Conseil doit rendre compte du bon déroulement et des conclusions des travaux de sélection des candidats aux fonctions d'administrateur.

2. Procédure d'évaluation périodique

L'administrateur indépendant doit s'assurer qu'un processus d'évaluation de la performance existe et soit de qualité.

Il est souhaitable qu'une évaluation du Conseil d'administration soit réalisée périodiquement, ce qui permet que le fonctionnement du Conseil fasse régulièrement l'objet d'une réflexion en vue de son amélioration.

L'évaluation individuelle des administrateurs doit être encouragée : elle permet aux membres du Conseil de s'interroger sur la validité de la qualification d'administrateur indépendant et éventuellement d'identifier les obstacles à l'exercice d'une pleine indépendance. Le recours à un intervenant extérieur peut aider à préserver l'anonymat et la confidentialité de l'évaluation.

3. Procédure de rémunération

La rémunération de l'administrateur indépendant est régie par les règles générales de répartition de jetons de présence propres à chaque société sur la base du budget annuel voté par l'assemblée générale des actionnaires.

Deux aspects doivent être pris en compte en vue de s'assurer de l'indépendance de l'administrateur :

- le premier concerne l'autonomie financière. La rémunération de l'administrateur indépendant dans le cadre de son mandat ne doit pas représenter une part trop importante de l'ensemble de ses différents revenus. Elle doit néanmoins être suffisamment conséquente pour garantir un revenu en adéquation avec le temps exigé et les compétences recherchées.
 - L'IFA considère que cette double condition est nécessaire pour que l'administrateur indépendant puisse exercer son rôle en toute liberté.
- le second est relatif aux missions exceptionnelles qui peuvent être confiées par le Conseil à certains administrateurs. En effet la loi, dans le cadre du régime des conventions réglementées, permet à un administrateur d'effectuer directement ou indirectement des prestations à titre onéreux pour le compte de la société dans laquelle il exerce un mandat.
 - L'IFA estime que ces missions, lorsqu'elles n'ont pas un caractère exceptionnel ni une durée bien définie doivent conduire le Conseil (ou son comité de sélection) à réexaminer le statut d'indépendant des administrateurs concernés.

L'administrateur indépendant

Quelques propositions de l'IFA

1. Conformément à la pratique anglo-saxonne et à la recommandation européenne, il serait utile pour apprécier l'indépendance de l'administrateur de prendre en compte les situations de relation d'affaires afférentes non seulement à l'exercice en cours mais aussi à l'année ou aux deux années précédentes.
2. Lorsque les sociétés n'appliquent pas le principe de rotation, les administrateurs siégeant depuis plus d'un certain nombre d'années (durée maximum de douze ans) ne doivent plus être considérés comme administrateurs indépendants. Lorsque la société déroge au principe de limitation de durée maximum, il lui appartient d'en expliquer les raisons particulières.
3. Les sociétés doivent décrire dans leur rapport annuel le référentiel retenu pour apprécier l'indépendance de l'administrateur et s'expliquer sur la nature et les raisons des écarts entre leur pratique et leur référentiel sur le fondement de la règle "appliquer ou s'expliquer" et justifier la qualification de chaque administrateur indépendant au regard des critères du référentiel retenu.
4. Lorsque la taille de l'entreprise le permet, il est utile de nommer un Secrétaire du Conseil disponible et directement rattaché au Président. Cette organisation facilite l'exercice par l'administrateur indépendant de sa mission et notamment son accès à l'information tout en permettant davantage d'indépendance dans le fonctionnement du Conseil.
5. La rémunération de l'administrateur indépendant dans le cadre de son mandat ne doit pas représenter une part trop importante de l'ensemble de ses différents revenus tout en maintenant un niveau suffisamment conséquent en rapport avec le temps passé et les compétences apportées. Cette double condition d'autonomie financière doit lui permettre d'exercer librement son rôle.
6. La loi, dans le cadre du régime des Conventions réglementées, permet à un administrateur d'effectuer directement ou indirectement des prestations à titre onéreux pour le compte de la société dans laquelle il exerce un mandat. Ces missions, notamment lorsqu'elles n'ont pas un caractère exceptionnel ni une durée bien définie, devraient conduire le Conseil à réexaminer le statut d'indépendant des administrateurs concernés.